

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



თბილისი
TBILISI
2020

კრებული მომზადებულია ქართულ-გერმანული სამართლის დიალოგის ფარგლებში, 2019 წლის 12-13 აპრილს გამართული კონფერენციის მასალების საფუძველზე, რომელიც სისხლის სამართალსა და ადამიანის უფლებებს ეხებოდა. კონფერენცია ორგანიზებული იყო საქართველოს უნივერსიტეტის ქართული, გერმანული და საერთაშორისო სისხლის სამართლის ინსტიტუტისა (ხელმძღვ. ასოც. პროფ. ბაჩანა ჯიშკარიანი) და კიოლნის უნივერსიტეტის სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის ინსტიტუტის (პროფ. მარტინ პაულ ვასმერი) მიერ.

პროექტი განხორციელდა ფრიდრიხ ნუმანის ფონდის სამხრეთ კავკასიაში წარმომადგენლობის ფინანსური მხარდაჭერით.

Diese Band wurde aufgrund der Materialien vorbereitet, die im Rahmen der am 12-13. April 2019 durchgeführten Tagung über das Strafrecht und Menschenrechte bearbeitet wurden. Die Tagung fand in Zusammenarbeit zwischen dem Institut für georgisches, deutsches und internationales Strafrecht (Leiter: Assoc. 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, deutsch-georgischer Rechtsdialog, wurde mit finanzieller Unterstützung der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, Büro Südkaukasus, verwirklicht.

დამკვლავლებელი: თამარ ქიტუაშვილი

მთარგმნელი: თამარ ასათიანი, პასაუს უნივერსიტეტის დოქტორანტი

Übersetzt von Tamar Asatiani, Doktorandin, Universität Passau

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, 2020



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 978-9941-9648-5-5

კრეზულის ავტორები

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

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

ვერნერ შრიოდერი, LL.M. (Berkeley), სამართლის დოქტორი, პროფესორი, ინსტრუქსი უნივერსიტეტის ევროპული და საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტის ხელმძღვანელი

მუსტაფა თემუზ ოღლაკჩოღლუ, სამართლის დოქტორი, აკადემიური მრჩეველი, ერლანგენ-ნიურნბერგის უნივერსიტეტი

გიორგი მახარაძე, ადვოკატი

კაი კორნელიუსი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის კათედრა, შაიდელბერგის უნივერსიტეტი

ინგვე გიოკენიანი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის კათედრა, ბოხუმის უნივერსიტეტი

ნონა თოდუა, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი

ბენო ცაბელი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, სისხლის სამართლის კათედრა, ბონის უნივერსიტეტი.

AUTORENVERZEICHNIS

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

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

Prof. Dr. Werner Schroeder LL.M. (Berkeley), Leiter des Instituts für Europarecht und Völkerrecht, Universität Innsbruck

Dr. Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu, Akademischer Rat a. Z., Universität Erlangen-Nürnberg

Giorgi Makharadze, Rechtsanwalt

Prof. Dr. Kai Cornelius, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Heidelberg

Prof. Dr. Ingke Goeckenjan, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Bochum

Prof. Dr. Nona Todua, Staatliche Universität Tbilissi

Prof. Dr. Prof. Benno Zabel, Lehrstuhl für Strafrecht, Universität Bonn

წინასიტყვაობა

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

2018 წლის მსგავსად, 2019 წელსაც ფრიდრიხ ნაუმანის ფონდის სამხრეთ კავკასიაში წარმომადგენლობის მხარდაჭერით, ჩატარდა ორდღიანი ღონისძიება სისხლის სამართლისა და ადამიანის უფლებების შესახებ საქართველოს უნივერსიტეტსა და კიოლნის უნივერსიტეტთან თანამშრომლობით. აღნიშნულის მიზანი იყო შედარებითსამართლებრივი ანალიზის ფარგლებში სისხლის სამართალსა და ადამიანის უფლებებთან დაკავშირებული სხვადასხვა საკითხის დამუშავება და შესაბამისი რეკომენდაციების შემუშავება, მათ შორის ევროკავშირთან ასოცირების ხელშეკრულებისა და სამართლებრივი სახელმწიფოს განვითარების ქრილში.

შემუშავებულ იქნა სხვადასხვა რეკომენდაციები, მათ შორის:

- სიძულვილის მოტივით ჩადენილი დანაშაულების გამომწვევი სოციალური ფაქტორების გამოკვლევის აუცილებლობის თაობაზე;
- დანაშაულის სუბიექტთა წრის შემლუდვის საჭიროების (მაგ. სამოხელეო დანაშაულების ჩადენისას) თაობაზე;
- საპროცესო უფლების დარღვევის ან შელახვისას შიდაპროცესუალური კომპენსაციის სხვადასხვა მოდელის თაობაზე.

აღნიშნული პუბლიკაციის ფარგლებში გვინდა წარმოდგენა შეგიქმნათ

იმ საკითხებზე, რომლებიც განხილულ იქნა 2019 წლის კონფერენციის ფარგლებში. ფრიდრიხ ნაუმანის ფონდი მომავალშიც შეუწყობს ხელს ქართველ და გერმანულ ექსპერტებსა და პრაქტიკოსებს შორის დიალოგს.

განსაკუთრებული მადლობა გვინდა გადავუხადოთ კიოლნის უნივერსიტეტის სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის ინსტიტუტის დირექტორს, პროფ. დოქტ. მარტინ ვასმერს, ასევე ქართული, გერმანული და საერთაშორისო სისხლის სამართლის ინსტიტუტის ხელმძღვანელს, პროფ. დოქტ. ბაჩანა ჯიშკარიანს, ფრიდრიხ ნაუმანის ფონდის ყოფილ სტიპენდიანტს, რომლებმაც მნიშვნელოვანი წვლილი შეიტანეს აღნიშნული დიალოგის ინიცირებასა და ორგანიზებაში.

პეტერ-ანდრეას ბოხმანი

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

VORWORT

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

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

Wie schon 2018 hat die Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit im Südkaukasus auch 2019 eine zweitägige Veranstaltung „Strafrecht und Menschenrechte“, gemeinsam mit der University of Georgia und der Universität Köln durchgeführt, die zum Ziel hatte in vergleichenden Analysen des Strafrechts in Georgien und in Deutschland Vorschläge für die Entwicklung des Strafrechts mit Fokus Menschenrechte unter dem Gesichtspunkt der weiteren Entwicklung des Rechtsstaates in Georgien hinsichtlich des Assoziierungsabkommens zwischen Georgien und der EU zu entwickeln.

So wurden unter anderem folgende Vorschläge unterbreitet:

- Die Notwendigkeit der Untersuchung der sozialen Gründe der sog. „hate crimes“;
- Die Notwendigkeit der Begrenzung der Strafrechtssubjekte (z.B. bei der Begehung der Amtsdelikte);
- Verschiedene Modelle der innerprozessualen Kompensation der Verletzung oder Beeinträchtigung eines Verfahrensrechts.

Mit der vorliegenden Publikation wollen wir einen Überblick über die verschiedensten Themen geben, die auf der Tagung im April 2019 erörtert und diskutiert wurden. Die Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit wird auch in

Zukunft den Austausch zwischen georgischen und deutschen Rechtsexperten und Rechtspolitikern unterstützen.

Wir danken insbesondere Herrn Prof. Dr. Martin Waßmer, Direktor des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität zu Köln und Prof. Dr. Bachana Jishkariani, Leiter des Instituts für georgisches, deutsches und internationales Strafrecht, Altstipendiat der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, die diese Dialogveranstaltung initiiert und maßgeblich organisiert haben.

Peter-Andreas Bochmann

Head of South Caucasus Office

Armenia, Azerbaijan, Georgia

Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit

სარჩევი

INHALTSVERZEICHNIS

კრებულის ავტორები	3
AUTORENVERZEICHNIS	4
წინასიტყვაობა	5
VORWORT.....	7
ევროკავშირის სამართლის დაახლოების ფარგლები	11
ნარკოტიკული საშუალებების მოხმარების სისხლისსამართლებრივი შეფასება	26
ნარკოტიკების მოხმარების სისხლისსამართლებრივი შეფასება საქართველოში	41
პირადი სფეროს სისხლისსამართლებრივი დაცვა გერმანიაში	50
საარჩევნო სისხლის სამართალი, როგორც დემოკრატიის ევაკუთხედი	64
სატრანსპორტო დანაშაულები და ბრალის კრინციკი გერმანიაში	81
უმოქმედობის მიზეზობრიობის ზოგიერთი სადავო საკითხი სატრანსპორტო დანაშაულში	97
ხელოვნება, საზოგადოება, სისხლის სამართალი - კონფლიქტური ურთიერთობის ესკიზი	112
სისხლის სამართალი და ხელოვნება	130
GRENZEN DER EUROPÄISCHEN RECHTSANGLEICHUNG	141
DIE STRAFRECHTLICHE BEWERTUNG DES DROGENKONSUMS	152

DIE STRAFRECHTLICHE BEURTEILUNG DES DROGENKONSUMS IN GEORGIEN	164
DER STRAFRECHTLICHE SCHUTZ DER PRIVATSPHÄRE IN DEUTSCHLAND	171
DAS WAHLSTRAFRECHT ALS GRUNDPFEILER DER DEMOKRATIE	181
VERKEHRSDELIKTE UND SCHULDPRINZIP IN DEUTSCHLAND	193
EINIGE UMSTRITTENE ASPEKTE DER KAUSALITÄT DES UNTERLASSENS BEI VERKEHRSDELIKTEN	206
KUNST, GESELLSCHAFT, STRAFRECHT – SKIZZE EINER KONFLIKTTRÄCHTIGEN BEZIEHUNG	215
STRAFRECHT UND KUNST	229

ევროკავშირის სამართლის დაახლოების ფარგლები

პროფ. დოქტ. ვერნერ შრიოდერი, ინსბრუკის უნივერსიტეტი

I. ევროკავშირში სამართლის დაახლოების საფუძვლები

ევროკავშირის სამართალში ცნებები „სამართლის დაახლოება“ და „ჰარმონიზაცია“ ერთი და იმავე მნიშვნელობით გამოიყენება. ისინი ემსახურებიან ევროკავშირის სამართლით დადგენილ სტანდარტებთან ეროვნული სამართლებრივი ნორმების დაახლოების მიზნებს¹.

ევროკავშირში სისხლის სამართლის დაახლოების, გათანაბრების პროცესი სათავეს იღებს ჯერ კიდევ ლისაბონის ხელშეკრულებით „თავისუფლების, უსაფრთხოებისა და სამართლის სივრცისათვის“ სუპრანაციონალური ფარგლების დადგენიდან (ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების (AEUV) 67-ე მუხლი და შემდგომი). შესაბამისად, აღნიშნული ხორციელდება იმ ზოგადი წესების დაცვით, რომლებიც ევროკავშირის სამართლის სხვა სფეროებზეც ვრცელდება (მაგ. ევროკავშირის შიდა ბაზარზე). თუმცა, აქ შეიმჩნევა ცალკეული თავისებურებებიც.

II. ევროკავშირში სისხლის სამართლის დაახლოების მიზანი

სამართლის დაახლოება ევროკავშირში თვითმიზანს არ წარმოადგენს. მას უმეტესად ფუნქციონალური დატვირთვა გააჩნია. იგი არა მხოლოდ წევრ ქვეყნებს შორის არსებული სამართლებრივი სხვადასხვაობის აღმოფხვრას ემსახურება, არამედ მიზნად ისახავს განსაზღვრული პოლიტიკური შედეგების მიღწევას და მთლიანობაში „ევროპული საზოგადოებრივი კეთილდღეობის“ გარანტირებას².

1 *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 2001, S. 18 f.

2 Begriff in EuGH – Internationale Handelsgesellschaft, Rs. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 16.

ამგვარად, ევროკავშირის მხრიდან წვერი ქვეყნების სისხლის სამართლის დაახლოება (ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 67-ე მუხლის მე-3 აბზაცის და 82-ე და შემდგომი მუხლების მიხედვით), უპირველეს ყოვლისა, შეგვიძლია შევაფასოთ, როგორც თავისუფლების, უსაფრთხოებისა და სამართლის სივრცის ფუნდამენტი. აღნიშნულ სივრცეში „უსაფრთხოების მაღალი ხარისხია“ გარანტირებული. ცხადია, რომ ამგვარ ევროპულ სივრცეში გვხვდება საერთაშორისო ხასიათის სამართლებრივი შემთხვევები, რომლებიც სისხლისსამართლებრივ პრობლემებს წარმოქმნიან.

თავისუფლების, უსაფრთხოებისა და სამართლის ერთიანი სივრცის პროექტის იდეას მნიშვნელოვანი ფუნქცია აკისრია ევროკავშირისათვის, რომელიც ევროპული ეკონომიკური სივრციდან, სუპრანაციონალურ საცხოვრებელ სივრცედ ჩამოყალიბდა. ევროკავშირის შესახებ ხელშეკრულების (EUV) მე-2 მუხლის და მე-3 მუხლის მე-2 აბზაცით დადგენილი ევროკავშირის ღირებულებები და მიზნები აღნიშნულს ნათელს ჰფენს.³ სისხლის სამართლის ჰარმონიზაციაც წვერი ქვეყნების საერთო ღირებულებების გამოხატულებას წარმოადგენს.

III. ევროკავშირში სისხლის სამართლის დაახლოების გზები

ჰარმონიზაციის ფარგლები, პირველ რიგში, განსაზღვრულია თავად ევროკავშირის კომპეტენციის საფუძველზე. ერთი შეხედვით, შესაძლოა ბანალურად ჟღერდეს ის განაცხადი, რომლის მიხედვითაც ევროკავშირის კანონმდებელს მხოლოდ იმ უფლებამოსილების ფარგლებში შეუძლია სამართლებრივი დაახლოების განხორციელება, რომელიც მას ხელშეკრულებების საფუძველზე აქვს მინიჭებული. თუმცა, როგორც ცნობილია, ევროკავშირის კანონმდებელი ცდილობს საკუთარი საკანონმდებლო და ჰარმონიზაციის კომპეტენციის საკმაოდ დიდი მასშტაბით გაფართოებას. მაგ. ევროკავშირის დირექტივას (2015/849) ფულის გათეთრებისა და ტერორიზმის დაფინანსების შესახებ,⁴ შიდა

3 *Schroeder, Grundkurs Europarecht, 5. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1 ff.*

4 *ABI. EU L 141 v. 5.6.2015, S. 73.*

ბაზრის კომპეტენციის საფუძველზე დაეჭირა მხარი, რაც სრულიად მისაღებია, ვინაიდან აქ კაპიტალის მიმოქცევის თავისუფლებასთან კავშირი ნათლად ჩანს. თუმცა, ამასთანავე, ამ შემთხვევაში საქმე ეხება თანამდევ კანონს სისხლისსამართლებრივი აკრძალვების ეფექტიანი განხორციელებისათვის, რომლისთვისაც ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 83-ე მუხლი სპეციალურ კომპეტენციას ითვალისწინებს.

წესისამებრ, ევროკავშირში სამართლის დაახლოება ხორციელდება მინიმალური ჰარმონიზაციის გზით. დირექტივებში ან დადგენილებებში მხოლოდ ევროკავშირის სამართლის მინიმალური სტანდარტების ფორმულირებას ვხვდებით⁵. აღნიშნული წევრ სახელმწიფოებს დისკრეციულ უფლებამოსილებებს ანიჭებს. მაგ. ევროკავშირის სურსათის შესახებ დადგენილების (178/2002) მე-17 მუხლი ავალდებულებს წევრ სახელმწიფოებს⁶ შექმნან ქმედითი, შემაკავებელი და თანაზომიერი სანქციები ამ სფეროში სამართალდარღვევების აღსაკვეთად⁷. თუმცა, აღსანიშნავია, რომ რეგულაცია ღიად ტოვებს იმ საკითხს, თუ კონკრეტულად რა ფორმა უნდა ჰქონდეს ამ სანქციებს.

ევროკავშირში სამართლის ცალკეულ სფეროებში გამონაკლისის სახით სრული ჰარმონიზაციის შემთხვევებსაც ვხვდებით. ამ შემთხვევაში სამართლის დაახლოებისათვის დადგენილი მოთხოვნები თავად ევროკავშირის სათანადო სამართლებრივი აქტიდან გამომდინარეობს. წევრ სახელმწიფოებს ამ დროს არ აქვთ უფლებამოსილება თავიანთ სამართალში მიიღონ ან შეინარჩუნონ ევროკავშირის სათანადო სამართლებრივ აქტებში მოცემული მოთხოვნებისაგან განსხვავებული რეგულაციები⁸.

ევროკავშირის სისხლის სამართლის პროცესისა და მატერიალური სისხლის სამართლის სფეროში (ლისაბონის ხელშეკრულებიდან გამომდინარე) არ გააჩნია ამგვარი სამართლის ყოვლისმომცველი დაახლოების კომპეტენცია. ფრაგმენტული ჰარმონიზაციის კომპეტენცია

5 *Wagner* (Fn. 1), S. 53.

6 ABl. EU L 31 v. 1.2.2002, S. 1.

7 შეად. EuGH – Reindl, Rs. C-443/13, ECLI:EU:C:2014:2370, Rn. 37 f.

8 EuGH – Europamur Alimentación, Rs. C-295/16, ECLI:EU:C:2017:782, Rn. 38 ff.

ეყრდნობა ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 82-ე და 83-ე მუხლებს, რომლებიც ეროვნული სამართლის დაახლოების მინიმალურ სტანდარტებს ადგენენ (მხოლოდ ღირექტივების მეშვეობით).

IV. ევროკავშირში სისხლის სამართლის დაახლოების პოზიტიური და ნეგატიური სტრატეგია

იმისათვის, რათა გავიაზროთ ევროკავშირის სამართლის დაახლოების მნიშვნელობა, აუცილებელია იმის ცოდნა, რომ აღნიშნული მეთოდი ერთგვარ კონფორმაციაშია ევროპული სამართლის ინტეგრაციის სხვაგვარ სტრატეგიებთან.

1. ორმხრივი აღიარების პრინციპი

სამართლის დაახლოებას პოზიტიური ინტეგრაციის ინსტრუმენტადაც მოიხსენიებენ. იგი ეროვნულ კანონმდებლობებში არსებული განსხვავებების აღმოფხვრას ემსახურება. ევროკავშირის კანონმდებელი მეორადი კანონმდებლობის გამოცემით ქმნის (პოზიტიურ) ერთიან სტანდარტს მთლიანი ევროკავშირისთვის.

აღნიშნულის საპირისპიროდ, ნეგატიური ინტეგრაციის მეთოდი ეფუძნება იმ ფაქტს, რომ ევროკავშირში არსებული ეროვნული სამართლებრივი სხვადასხვაობის აღმოფხვრა ორმხრივი აღიარების საფუძველზე ხორციელდება⁹. ეს კონცეფცია წარმოიშვა ევროკავშირის შიდა ბაზარზე დაყრდნობით და მოქმედებს იმ სფეროების მიმართ, რომელთა ჰარმონიზებაც ევროკავშირის მეორადი კანონმდებლობის მეშვეობით ჯერ კიდევ არ განხორციელებულა. ის მოითხოვს, რომ საქონლის, მომსახურების ან კონკრეტული პირის წარმოშობის ქვეყნის სუვერენული გადაწყვეტილებები სამართლებრივი ძალის მქონე იყოს დანიშნულების ქვეყანაშიც. შესაბამისად, აღნიშნული გადაწყვეტილებების შემდგომი სამართლებრივი გადამოწმება ზედმეტია. მაშასადამე, საქონელი, მომ-

9 *Schroeder* (Fn. 3), § 18 Rn. 5.

სახურება ან პროფესიული საქმიანობა, რომელიც ბრუნვაუნარიანია და დაიშვება ევროკავშირის ერთ წევრ ქვეყანაში, პრინციპულად ბრუნვაუნარიანად და დასაშვებად მიიჩნევა ევროკავშირის სხვა წევრ ქვეყნებშიც.

მაგალითი: საფრანგეთში დამზადებული ხილის ლიქიორის (Creme de Cassis) გერმანიაში გაყიდვა მაშინაც არის დასაშვები, როდესაც ლიქიორის შემადგენლობასთან დაკავშირებული სამართლებრივი მოთხოვნები ორივე ქვეყანაში ერთმანეთისგან განსხვავდება¹⁰. აუცილებელია აღინიშნოს, რომ, ფაქტობრივად, ეს მექანიზმიც სამართლის დაახლოების ნაწილს შეადგენს. კერძოდ, იგი განეკუთვნება სამართლის ნეგატიური დაახლოების ფორმას, რომელიც მოქმედებს ევროკავშირში ყველაზე დაბალ, ეროვნულ დონეზე.

თუმცა, ორმხრივ აღიარებას განსამზღვრული ფარგლებიც გააჩნია. ევროკავშირის შიდა ბაზრის მოთხოვნაა, რომ სამართლებრივი სტანდარტები ორივე ქვეყანაში, მაშასადამე, წარმოშობისა და დანიშნულების ქვეყნებში დაახლოებით ერთნაირი იყოს. სხვაგვარ შემთხვევაში შესაძლოა დანიშნულების ქვეყანამ უარი თქვას აღიარებაზე გამამართლებელ მიზეზზე მითითებით, მაგ. ეროვნული საჭარო წესრიგის დაცვაზე მითითებით.

2. ევროკავშირში სამართლის დაახლოება სისხლის სამართლის სფეროში და მისი მიმართება ორმხრივ აღიარებასთან

ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების თავში სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სფეროში ერთობლივი საქმიანობის შესახებ ვხვდებით შემოთნახსენებ ორივე სტრატეგიას. თუმცა, სწორედ ევროკავშირის შიდა ბაზრის სამართალთან შედარებით, აუცილებელად უნდა აღინიშნოს, რომ ეროვნული სამართლის ნორმების დაახლოებაზე მეტი პრიორიტეტი ევროკავშირის მეორადი სამართლის მეშვეობით განხორციელებულ ორმხრივ აღიარებას ენიჭება. სისხლის სამართლის პოზიტიური ჰარმონიზაცია მხოლოდ სუბსიდიურ

10 EuGH – Rewe-Zentral AG (Cassis de Dijon), Rs. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 13 f.

საშუალებას უნდა წარმოადგენდეს ორმხრივი აღიარების პრინციპის განსახორციელებლად¹¹. ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 67-ე მუხლი („საჭიროების შემთხვევაში“) და 82-ე მუხლის მე-2 აბზაცი („რამდენადაც საჭიროება არსებობს“) აღნიშნულს ნათლად უსვამენ ხაზს სისხლის სამართლის პროცესთან მიმართებით.

როგორც ეს უკვე შიდა ბაზრის მაგალითზე გამოჩნდა, ორმხრივი აღიარება არაპირდაპირი გზებით ასევე მოიცავს ევროპული სამართლის დაახლოებასაც. თუმცა, აღნიშნული გარკვეულწილად პრობლემურიცაა, ვინაიდან შესაძლოა ევროკავშირის წევრ ქვეყანაში მოქმედებდეს სამართლის შედარებით დაბალი სტანდარტები და ამ ქვეყნის გადაწყვეტილებები სხვა სახელმწიფოებმაც უნდა აღიარონ.

იმ შემთხვევაში, თუკი ორმხრივი აღიარების ინსტრუმენტს სისხლის სამართლის ინტეგრაციის შესაფერის ინსტრუმენტად მივიჩნევთ, ჩვენი მოსაზრებით, ორი არსებითი პუნქტი უნდა გავითვალისწინოთ:

(1) პირველ რიგში, სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების აქტების ორმხრივი აღიარება - შიდა ბაზრისაგან განსხვავებით - ავტომატურად არ ხორციელდება. აღიარების პრინციპი ჯერ ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 83-ე მუხლის პირველი აბზაცის მეორე ქვეაბზაცის „ა“ ქვეპუნქტის შესაბამისად ევროკავშირის მეორადი სამართლის გამოყენების მეშვეობით უნდა იქნას იმპლემენტირებული. ამგვარი წესის ყველაზე მნიშვნელოვან მაგალითს წარმოადგენს ევროკავშირის ჩარჩო-გადაწყვეტილება დაპატიმრების ბრძანების შესახებ 2002/584/JI¹², რომლითაც განსაზღვრულია კონკრეტული წინაპირობები დაპატიმრების ბრძანების აღიარების შესახებ.

(2) სასამართლო გადაწყვეტილებების ორმხრივი აღიარების პრინციპის განხორციელება გადამწყვეტად არის დამოკიდებული წევრ სახელმწიფოებს შორის არსებულ ორმხრივ ნდობაზე სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების ხარისხსა და სამართლიანობასთან მიმართებაში¹³.

11 *Satzger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 82 AEUV Rn. 10,.

12 ABl. EU L 190 v. 18.7.2002, S. 1.

13 EuGH – Gözütok u.a., verb. Rs. C-187/01 u. C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87, Rn. 33; *Satzger* (Fn. 11), Art 82 AEUV Rn. 19.

3. ორმხრივი აღიარების ფარგლები

საკითხავია, არის თუ არა ამგვარი ნდობა გამართლებული, ვინაიდან წევრ ქვეყნებში არსებული სისხლის სამართლის მართლმსაჯულება, დღეის მდგომარეობით, ევროკავშირში დადგენილ მინიმალურ სტანდარტს ჯერ მაინც ვერ მიუახლოვდა. ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 82-ე მუხლის პირველი აბზაცი თვალს არ უსწორებს ამ ფაქტს და ითხოვს სასამართლო გადაწყვეტილებების ორმხრივ აღიარებას სამართლის წინმსწრები ჰარმონიზაციის გარეშე. აღნიშნული კარგად ჩანს ევროკავშირის დაპატიმრების ბრძანების შესახებ ჩარჩო-გადაწყვეტილებაში, რომლის მიხედვითაც ევროკავშირის წევრი ერთი სახელმწიფო ვალდებულია აღასრულოს მომთხოვნი წევრი სახელმწიფოს მიერ შედგენილი ევროკავშირის დაპატიმრების ბრძანება (პირველი მუხლის მე-2 აბზაცი). აღნიშნული მკაცრი რეგულირება მართლდება იმით, რომ ევროკავშირის წევრი ყველა ქვეყანა სამართლებრივ სახელმწიფოს წარმოადგენს, რაც მათი ევროკავშირში შესვლისას გამომწვევს იქნა (შეად. ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების მე-2 მუხლი ევროკავშირის ხელშეკრულების 49-ე მუხლთან ერთობლიობაში).

ფაქტობრივად, აღნიშნული დანაწესის შეუზღუდავად შენარჩუნება შეუძლებელია¹⁴. ისეთ წევრ ქვეყნებში, როგორცაა უნგრეთი, პოლონეთი და რუმინეთი, არსებობს მასობრივი სამართლებრივსახელმწიფოებრივი პრობლემები, განსაკუთრებით მართლმსაჯულების სფეროში¹⁵. სწორედ ამიტომ, ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ ორმხრივი აღიარების პრინციპი სისხლის სამართალწარმოების სფეროში ერთგვარად შეზღუდა და ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 82-ე და მომდევნო მუხლები სამართლებრივი სახელმწიფოსა და ძირითადი უფლებების შესახებ ევროპული სტანდარტებით განავრცო. თუკი წევრ ქვეყანაში სამართლებრივი სახელმწი-

14 ob. *Schroeder*, *The European Union and the Rule of Law – State of Affairs and Ways of Strengthening*, in: ders. (Hrsg.), *Strengthening the Rule of Law in Europe – From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, Oxford 2016, S. 3.

15 ახლა ასევე ob. *EuGH – Kommission/Polen*, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 60 ff.

ფოს ან ძირითადი უფლებების სერიოზული დეფიციტი არსებობს, სხვა წევრ სახელმწიფოებს ენიჭებათ უფლებამოსილება, აღარ აღიარონ ამ სახელმწიფოს სასამართლო გადაწყვეტილებები. ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ აღნიშნული გადაწყვეტილება ევროკავშირის დაპატიმრების ბრძანებასთან მიმართებაში მიიღო¹⁶. იგივე დანაწესი მოქმედებს სისხლის სამართლის საქმეებზე ევროკავშირის საგამოძიებო განკარგულების შესახებ დირექტივაზეც (2014/41/EU)¹⁷. აღნიშნული დირექტივის მე-11 მუხლის პირველი აბზაცის მიხედვით, „შესაძლებელია“ (!) უარი ითქვას გამოძიების დაწყების განკარგულებაზე აღსრულების ქვეყანაში, როცა არსებობს იმის საფრთხე, რომ ამით დაირღვევა სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპი ან ძირითადი უფლებები. აღნიშნული განსაზღვრება ძირითად უფლებებთან შესაბამისობაში იმგვარად უნდა განიხილოს, რომ ამგვარ შემთხვევებში უარი „უნდა“ ითქვას აღიარებაზე.

V. ევროკავშირში სისხლის სამართლის დაახლოების ფარგლები

1. ევროკავშირში სისხლის სამართლის დაახლოების საავარიო მუხრუჭი

სისხლის სამართლის ჰარმონიზაციისას ნებისმიერ წევრ სახელმწიფოს აქვს შესაძლებლობა გამოიყენოს ე.წ. „მუხრუჭი“ (ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 82-ე მუხლის მე-3 აბზაცი და 83-ე მუხლის მე-3 აბზაცი). აღნიშნული უფლებების გამოყენებით მას შეუძლია შეაჩეროს საბჭოში მიმდინარე საკანონმდებლო პროცესი, თუკი არსებობს იმის ალბათობა, რომ დაგეგმილი ღონისძიება საფრთხეს შეუქმნის „მისი სისხლის სამართლის ფუნქციონირების ასპექტებს“. ამგვარი შემთხვევებისთვის გათვალისწინებული პროცედურა მოიცავს ევროპული საბჭოსათვის მიმართვას, რომელიც ვალდებულია საკითხის გადასაწყვეტად ურთიერთშეთანხმებული გამოსავალი იპოვოს.

16 EuGH – Aranyosi u.a., verb. Rs. C-404/15 u. C-659/15 PPU, EU:ECLI:C:2016:198, Rn. 82 ff.; EuGH – LM, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 43 ff.

17 ABI. EU L 130 v. 1.5.2014, S. 1.

ამგვარი „ფუძემდებლური ასპექტების“ განმარტება თითოეული წევრი სახელმწიფოს მიერ უნდა მოხდეს. გერმანული ხედვით, მათში სავარაუდოდ მოიაზრება ბრალეულობის პრინციპი ან კანონის უკუძალის აკრძალვა. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო მკაცრ წინაპირობებს ადგენს იმისათვის, რომ გერმანიის წარმომადგენელმა ამგვარი უფლებამოსილება გამოიყენოს და ევროკავშირში მიმდინარე საკანონმდებლო პროცესი შეაჩეროს¹⁸.

2. ევროკავშირში სისხლის სამართლის ე.წ. „ფრთხილი“ დაახლოება?

ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 67-ე მუხლის პირველი აბზაცი და 82-ე მუხლის მე-2 აბზაცი არაერთგზის უსვამენ ხაზს იმ ფაქტს, რომ ეროვნული სისხლის სამართლის დაახლოება „საჭირო“ და „აუცილებელი“ უნდა იყოს. ამასთან, ისინი მოითხოვენ, რომ „წევრი ქვეყნების სამართლებრივი წესრიგები და ტრადიციები“ გათვალისწინებულ უნდა იქნას.

ზოგიერთი გერმანელი სისხლის სამართლის სპეციალისტი¹⁹ ამ მითითებაზე დაყრდნობით მიიჩნევს, რომ ევროკავშირის სამართლით სპეციალური ე.წ. „სიფრთხილის პრინციპი“ არის აღიარებული, რომლის მიხედვითაც ევროკავშირს ეროვნულ სისხლის სამართლის სისტემებში მხოლოდ ფრთხილი ჩარევის უფლება გააჩნია.

ჩემი მოსაზრებით, ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულება არავითარ შემთხვევაში არ მოითხოვს, რომ ევროკავშირის სისხლის სამართლის ნებისმიერი აქტი განსაკუთრებულ შემზღუდავ შემოწმებას უნდა დაექვემდებაროს. ლისაბონის ხელშეკრულება სისხლის სამართლის სრულ ევროპულ ჰარმონიზებაზე ისედაც უარს აცხადებს. აქედან გამომდინარე, აღნიშნული განაცხადები შეგვიძლია გავიგოთ, როგორც მხოლოდ სუბსიდიარობისა და თანაზომიერების პრინციპების სისხლისამართლებრივ-პოლიტიკური დაზუსტება.

18 შუად. BVerfGE 123, 267, 413 f – Lissabon.

19 Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. 2015, S. 296 f.; Heger, ZIS 2009, 406, 410; Satzger (Fn. 11), Art. 82 AEUV Rn. 3.

ევროკავშირში სისხლის სამართლის ჰარმონიზაციის ღონისძიებები ევროკავშირის შესახებ ხელშეკრულების მე-5 მუხლის მე-3 აბზაცში მოცემული სუბსიდიარობის პრინციპის გამო, რა თქმა უნდა, უნდა ემსახურებოდნენ იმ ერთიან ევროპულ მიზნებს, რომელთა ეფექტურად მიღწევა წევრი ქვეყნების დონეზე შეუძლებელია. გარდა ამისა, ევროკავშირის შესახებ ხელშეკრულების მე-5 მუხლის მე-4 აბზაცში მოცემული თანაბრობის პრინციპიდან გამომდინარე, აღნიშნული ღონისძიებები არ უნდა აჭარბებდნენ „აუცილებელი საჭიროების ფარგლებს“. აღნიშნულის ქვეშ მოიაზრება შემდეგი: რაც უფრო მასობრივად ერევა ევროკავშირის ჰარმონიზაციის ღონისძიებები ეროვნულ სისხლის სამართლის სისტემებში, მით უფრო დიდი უნდა იყოს მათი მნიშვნელობა კავშირის მიზნების მისაღწევად.

თუმცა, აღნიშნულზე დაფუძნებული მოსაზრებები ეროვნული სისხლის სამართლის სუვერენობის თაობაზე - ე.წ. „სიფრთხილის პრინციპის“ გამოყენებით, გადაჭარბებულად მიმაჩნია. მსგავსი პრინციპის არსებობა ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს პრაქტიკითაც არ მტკიცდება²⁰, როგორც ამას ამავე სასამართლოს გადაწყვეტილება გარემოს დაცვის შესახებ სისხლის სამართლის თაობაზე ჩარჩო-გადაწყვეტილების (2003/80/JI) ბათილად ცნობის შესახებ²¹ ნათლად გვიჩვენებს: „თუმცა, აღნიშნული ევროკავშირის კანონმდებელს ხელს არ უშლის წევრი ქვეყნების სისხლის სამართლის იმ ღონისძიებების გამოყენებაში, რომლებიც, მისი მოსაზრებით, აუცილებელია მის მიერ მიღებული სამართლებრივი ნორმების სრული მოქმედების გარანტირებისათვის“²².

3. ძირითად უფლებებთან შესაბამისობაში მყოფი სისხლის სამართლის დაახლოება ევროკავშირში

ევროპული სისხლის სამართლის ჰარმონიზაციისათვის მნიშვნელოვანი სტანდარტები, ჩემი მოსაზრებით, ევროკავშირის ძირითად უფლებათა

20 შეად. *Folz*, ZIS 2009, 427, 428.

21 ABI. EU L 29 v. 5.2.2003, S. 55.

22 EuGH – Kommission/Rat, Rs C-176/03, ECLI:EU:C:2005:542, Rn. 48.

ქარტიაში (GRCh) უნდა ვეძებოთ. აღნიშნული ჯერ კიდევ ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 67-ე მუხლის პირველ აბზაცშია ხაზგასმული: ევროკავშირის სამართლის გაგებით, სისხლის სამართალი ყველა სხვა დარგის მსგავს სფეროს არ განეკუთვნება. ევროკავშირის მეორადი სამართლის დონეზე სისხლის სამართლის ნებისმიერი სახის ჰარმონიზაცია შესაბამისობაში უნდა იყოს ევროკავშირის ძირითად უფლებათა ქარტიასთან (ევროკავშირის შესახებ ხელშეკრულების მე-6 მუხლი ევროკავშირის ძირითად უფლებათა ქარტიის 51-ე მუხლის პირველ აბზაცსა და 52-ე მუხლის პირველ აბზაცთან ერთობლიობაში). აღნიშნული, უპირველეს ყოვლისა, ეხება მაგ. ძირითად უფლებათა ქარტიის 48-ე მუხლში მოცემულ უდანაშაულობის პრემუმფციას და 49-ე მუხლში მოცემულ თანაზომიერების პრინციპს სასჯელებთან მიმართებით.

თუკი ადრე ეჭვქვეშ იდგა ის საკითხი, სისხლის სამართლის სფეროში ევროკავშირში არსებული ძირითადი უფლებების დაცვის სტანდარტი იძლეოდა თუ არა ინდივიდის სათანადო ხარისხით დაცვის გარანტიას, ძირითად უფლებათა ქარტიის ძალაში შესვლამ აღნიშნული სურათი შეცვალა. ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს ცნობიერება ძირითადი უფლებების თაობაზე ამ ფაქტის შემდეგ მნიშვნელოვნად გაიზარდა. თუმცა, ხაზგასასმელია ის, რომ მისი სტრატეგია სისხლის სამართლის სფეროში ევროკავშირის სისხლის სამართლის აქტების ძირითად უფლებებთან შეუსაბამობის გამო ბათილად ცნობას ჯერ კიდევ არ მოიაზრებს. იგი ბათილობის ნაცვლად უპირატესობას ანიჭებს ევროკავშირის აქტების ძირითად უფლებებთან შესაბამისობაში განმარტების მეთოდს. ამგვარად, ის მაგ. ეროვნულ ორგანოებსა და სასამართლოებს უთითებს, არ აღასრულონ ევროკავშირის დაპატიმრების ბრძანება, თუკი პირის მიმართ ბრძანების გამომცემი სახელმწიფოში არსებობს არაადამიანური ან დამამცირებელი მოპყრობის საფრთხე ძირითად უფლებათა ქარტიის მე-4 მუხლის გაგებით²³ ან არსებობს საფრთხე, რომ ბრძანების გამომცემი ქვეყნის სასამართლოები დაარღვევენ ძირითად უფლებათა ქარტიის 47-ე მუხლის მე-2 აბზაცში მოცემულ სამართლიანი სასამართლოს ძირითად უფლებას²⁴.

23 EuGH – Aranyosi u.a. (Fn. 15), Rn. 98, 104.

24 EuGH – LM (Fn. 15), Rn. 44 ff.

4. ევროკავშირში სისხლის სამართლის დაახლოების შიდასახელმწიფოებრივი ფარგლები

ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო ლისაბონის ხელშეკრულების რატიფიცირების შესახებ თავის გადანწყვეტილებაში სისხლის სამართალს ყველაზე მნიშვნელოვან სფეროდ ასახელებს, რომელიც წევრი ქვეყნების მთავარ ბირთვად უნდა დარჩეს. ამიტომ, ევროკავშირის სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის ჰარმონიზაციის კომპეტენციები შეზღუდულად უნდა განიმარტოს²⁵. ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო მოითხოვს, რომ ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 83-ე მუხლის პირველი აბზაცის პირველ ქვეაბზაცში მოცემული აუცილებლობა მატერიალური სისხლის სამართლის ჰარმონიზაციის თაობაზე სერიოზულად უნდა მივიღოთ. ამგვარი საჭიროება არ იქნებოდა სახეზე, თუკი მხოლოდ ევროკავშირის ორგანოები ამის სურვილს გამოხატავდნენ²⁶. შესაბამისად, ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 83-ე მუხლის პირველი აბზაცის მე-2 ქვეაბზაცში მოცემული დანაშაულთა ჩამონათვალიც შეზღუდულად უნდა განიმარტოს. ყურადღება უნდა მიექცეს იმ ფაქტს, რომ ევროპული ჩარჩო-ნორმები მხოლოდ საერთაშორისო ხასიათის დანაშაულებს ეხება²⁷. იგივე მოქმედებს ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 83-ე მუხლის მე-2 აბზაცის პირველი წინადადების მიმართაც. ამ კომპეტენციის გამოყენებისათვის აშკარად უნდა იყოს დადგენილი, რომ აღსრულების მნიშვნელოვანი დეფიციტი რეალურად არსებობს²⁸.

ამასთანავე, ევროკავშირის სისხლის სამართალში დაცული უნდა იქნას ბრალის პრინციპი, რომელიც ხელუხლებელ გერმანულ საკონსტიტუციო იდენტობას განეკუთვნება. აქედან გამომდინარე, ყოველ შემთხვევაში, გერმანული გადმოსახედიდან, ევროკავშირის სისხლის სამართალში პასუხისმგებლობის დანესება, მხოლოდ შედეგისათვის

25 BVerfGE 123, 267, 410 – Lissabon.

26 BVerfGE 123, 267, 410 f. – Lissabon.

27 BVerfGE 123, 267, 412 f. – Lissabon.

28 BVerfGE 123, 267, 411 f. – Lissabon.

ბრალის გარეშე, გამორიცხულია²⁹.

სასამართლომ ჯერ კიდევ თავის გადაწყვეტილებაში ევროპული დაპატიმრების ბრძანების შესახებ მოითხოვა, რომ ევროპული სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში ერთგვარი „ერთხილი მიდგომის გზის“ პოვნა უნდა განხორციელდებოდა, „რათა ევროკავშირის ერთიან სამართლებრივ სივრცეში შენარჩუნებულიყო ეროვნული იდენტობა და სახელმწიფოებრიობა“³⁰. შესაბამისად, ზემოთ განხილული ე.წ. „სიფრთხილის პრინციპი“ ეფუძნება არა ევროკავშირის სამართალს, არამედ ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკას.

თუმცა, საკითხავია, ევროკავშირის სამართალში რამდენად წარმატებული იქნება ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს ეს დანაწესები ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 82-ე და მომდევნო მუხლების ინტერპრეტაციისთვის. ჩემი მოსაზრებით, საქმე არ ეხება იმას, რომ ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო სისხლის სამართლის განსაზღვრულ სფეროებს გერმანული თვალთახედვით ხელშეუხებლად მიიჩნევს. აღნიშნული ისედაც მოქმედებს ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 83-ე მუხლის პირველ აბზაცში მოცემული დანაშაულის ჩამონათვალის მიმართ. ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 83-ე მუხლის პირველი აბზაცის მე-2 ქვეაბზაცის საკმაოდ ნათელი ფორმულირება, ამ შემთხვევაში, ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს დანაწესებზე შორს მიდის და ევროპული სამართლის გაგებით ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ განხორციელებული ნორმის ტელეოლოგიური რედუქცია არავითარ შემთხვევაში არ არის სავალდებულო. იგივე მოქმედებს ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს იმ შეხედულების მიმართ, რომლის თანახმადაც ევროკავშირის კანონმდებელი ვალდებულია ემპირიულად დაასაბუთოს რეგულირების აუცილებლობა. და ბოლოს, ევროპული მოსაზრებით, აღნიშნული საკანონმდებლო დისკრეციის საკითხს წარმოადგენს.

უფრო დამაჭერებელი იქნება, თუკი ფედერალური საკონსტიტუციო

29 BVerfGE 123, 267, 412. – Lissabon.

30 BVerfGE 113, 273, 299 – Europäischer Haftbefehl.

სასამართლო ევროპული ძირითადი უფლებების მინიმალური სტანდარტების დამცველად მოგვევლინება და ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოსთან დიალოგში შევა. აღნიშნული ნაწილობრივ უკვე მოხდა კიდევ. სასამართლომ ჯერ კიდევ 2015 წელს ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს 2016 წლის არანიოსის გადაწყვეტილებაზე ადრე დაადგინა, რომ გერმანული სასამართლოები არ არიან ვალდებული განახორციელონ პირის გადაცემა ევროპული დაპატიმრების ბრძანების საფუძველზე, თუკი აღნიშნული გამოიწვევს ადამიანის ღირსების შელახვას, ვინაიდან, მაგ. დაუსწრებლად განსჯის შემთხვევაში, ბრალეულობის პრინციპი დაირღვეოდა³¹. დისკუსიის ამგვარი პროცესი შესაძლოა სასარგებლო იყოს, თუმცა, აუცილებელია მისი სხვა წევრ ქვეყნებზე გავრცელება.

V. დასკვნა

ევროკავშირში სისხლის სამართლის დაახლოება ხელს უწყობს არა მხოლოდ უსაფრთხოებას, არამედ ეს მნიშვნელოვან როლს ასრულებს ევროპული ინტეგრაციის პროცესში. ჩემი მოსაზრებით, ე.წ. „სიფრთხილის პრინციპი“-ს მომხრეები აღნიშნულს სათანადოდ არ აფასებენ.

სისხლის სამართლის ჰარმონიზების ფარგლები უფრო მეტად ეფუძნება ძირითადი უფლებებიდან გამომდინარე სტანდარტებს, რომლებიც ამგვარ სენსიტიურ სამართლებრივ მატერიასთან მიმართებით განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია და არა კომპეტენციურ-სამართლებრივ ფარგლებს თუ ეროვნულ სუვერენულ დათქმებს.

თუკი ევროკავშირის ცალკეული წევრი ქვეყნების სამართლებრივსახელმწიფოებრიობისადმი რეალური ეჭვი იარსებებს, განსაკუთრებით კი მათ მართლმსაჯულების სისტემასთან მიმართებით, მაშინ მთლიანად ევროკავშირის პროექტის „თავისუფლების, უსაფრთხოებისა და სამართლის“ სივრცის გარანტირების მთავარი დანაპირები დადგება კითხვის ნიშნის ქვეშ. ამ შემთხვევაში, ჩვენ ვალდებული ვიქნებით არა მხოლოდ სასამართლო გადაწყვეტილებების ორმხრივი აღიარება შევაჩეროთ,

31 BVerfG NJW 2016, 1149.

არამედ დავსვათ კითხვა, სისხლის სამართლის პროცესისა და სისხლის სამართლის შემდგომი პუნქტობრივი დაახლოება ევროკავშირის დირექტივებით საერთოდ კვლავ იქნება თუ არა შესაძლებელი.

ნარკოტიკული საშუალებების მოხმარების სისხლისსამართლებრივი შეფასება

დოქტ. მუსტაფა თემუზ ოგლაჯიოღლუ, ფრიდრიხ-ალექსანდერის
ერლანგენის/ნიურნბერგის უნივერსიტეტი

წინამდებარე ნაშრომი მიზნად ისახავს მიმოიხილოს, თუ რა ადგილი უკავია გერმანულ სისხლის სამართალში ნარკოტიკული საშუალებების მოხმარებას. „მოხმარება“, როგორც ასეთი, გერმანულ სისხლის სამართალში დასჯადი ქმედების სახით არ გვხვდება. მიუხედავად ამისა, გერმანული საკანონმდებლო რეგულაციების უკეთ გაცნობისას, დავინახავთ, რომ მოხმარების კონტექსტის ქმედებები სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ფარგლებში შესაძლოა მაინც მოექცეს. ნაშრომში თავდაპირველად განვიხილავთ მოხმარების მსგავს ქმედებებს და მათ სამართლებრივ მოწესრიგებას. შემდგომ კი ნარკოტიკული საშუალებების მოხმარებასთან დაკავშირებით არსებულ სათანადო პროცესუალურ მექანიზმებს. ბოლოს ანალიზს დღეისათვის არსებული კონსტიტუციურსამართლებრივი ასპექტების შეფასებით დავასრულებთ.

I. ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ გერმანული სისხლის სამართლის ზოგადი მიმოხილვა

ნარკოტიკულ საშუალებებთან დაკავშირებით გერმანული სისხლის სამართლის მთავარ საკანონმდებლო წყაროს ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ კანონი წარმოადგენს. აღნიშნული კანონის § 1-ით განსაზღვრულია კონკრეტული ნივთიერებები, რომლებიც განეკუთვნება ნარკოტიკულ საშუალებათა რიცხვს. ამავე კანონის § 2 აკონკრეტებს ნარკოტიკული საშუალებების ზოგად ცნებას. § 3 ეხება მათი გამოყენების აკრძალვას, სხვაგვარად რომ ვთქვათ, სათანადო ნებართვის არსებობის ვალდებულებას ნარკოტიკული საშუალებების ნებისმიერი სახის გამოყენებისთვის. § 4 კი არეგულირებს გამონაკლისებს, რომელთა არსებობის დროსაც სათანადო ნებართვის ქონის ვალდებულება იხსნება. თუკი პირები არღვე-

ვენ შესაბამისი ნებართვის ქონის ან სხვა სახის ვალდებულებებს, ისინი არალეგალურად მოქმედებენ. თუკი სახეზეა ვალდებულების მხოლოდ მსუბუქი დარღვევები, § 32-ის მიხედვით მიიჩნევა, რომ საქმე გვაქვს მართლ-საწინააღმდეგო (ადმინისტრაციულ) გადაცდომებთან. რაც შეეხება მძიმე დარღვევებს, ამავე კანონის § 32-ს და მის შემდგომ პარაგრაფებს, სის-ხლისსამართლებრივ დასჯადობამდე მივყავართ¹.

გემოხსენებულ კანონში დანაშაულის ძირითად შემადგენლობას წარმოადგენს § 29, რომელსაც შემდგომ მოჰყვება მაკვალიფიცირებული ნორმები (დანაშაული გსსკ-ის § 12-ის პირველი აბზაცის გაგებით) 29a, 30, 30a პარაგრაფების სახით. ძირითადი შემადგენლობა პირველ აბზაცშივე შეიცავს ქმედების ფორმების ფართო ჩამონათვალს (§ 29 პირველი აბზაცი, 1-14 პუნქტები). აღნიშნულ ჩამონათვალში ვხვდებით ნარკოტიკულ საშუალებებთან დაკავშირებით არსებულ ჩვენთვის წარმოსადგენ ნებისმიერ დაუშვებელ ქმედებას, რათა კანონის მიზანი ეფექტურად განხორციელდეს. სასჯელის ფარგლები მოიცავს ხუთ წლამდე ვადით თავისუფლების აღკვეთას ან ფულად ჯარიმას, მაშასადამე, საქმე ეხება დანაშაულის ჩადენას და არა გადაცდომას (გსსკ-ის § 12-ის მეორე აბზაცი). ჩამოთვლილი ქმედებების მცდელობაც, უმეტეს შემთხვევაში, დასჯადია, ასევე მათი გაუფრთხილებლობით ჩადენაც (ხსენებული კანონის § 29-ის მეორე და მეოთხე აბზაცები).

§ 3-ში წარმოდგენილი ნარკოტიკული საშუალებების გამოყენების აკრძალვა შეეხება იმ ნივთიერებებს, რომლებიც ამავე კანონის § 1-ის პირველ აბზაცში არის ჩამოთვლილი. მოცემული „პოზიტიური ჩამონათვალი“ (არალეგალურ) ნარკოტიკულ საშუალებებს განასხვავებს სხვა სახის ნარკოტიკული საშუალებებისგან². დანართები სამ ნაწილად არის დაყოფილი და ანბანურად დალაგებული. დანართებში ცვლილებები შესაძლოა განხორციელოს ფედერალურმა მთავრობამ ბუნდესრატის თანხმობით, სათანადო განკარგულების გამოცემის გზით (აღნიშნული კანონის § 1-ის მეორე აბზაცი, საჭიროებისამებრ შესაძლოა გამოიცეს ე.წ. „სასწრაფო წესის განკარგულება“, შეად. § 1-ის მესამე აბზაცი). სწორედ ნარკოტიკული

1 შესავალი ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ გერმანულ სამართალში, იხ. Exner, JuS 2019, 211, ასევე Heinrich/van Bergen, JA 2019, 321.

2 Oğlakcıoğlu, in: MüKo StGB, Bd. 8. 3. Aufl. 2018, § 1 BtMG Rn. 1 ff.

საშუალებების ბაზარზე მიმდინარე ცვლილებებზე სწრაფი და მყისიერი რეაგირების მიღწევს მიზნით გადაეცა რეგულირების სათანადო უფლებამოსილება მთავრობას³. დანართის პირველადი ვერსია ეფუძნება ერთიანი კონვენციის დანართს, რომელიც თავის მხრივ, მსოფლიო ჯანდაცვის ორგანიზაციის ზედამხედველობით იქნა მიღებული. თუმცა, მას შემდეგ, დანართი მუდმივად ფართოვდებოდა (როგორც სხვა საერთაშორისო კონვენციების, ასევე სხვა კანონებისა და გამოცემული განკარგულებების გავლენით). პირველი დანართი შეიცავს არაბრუნვადიან ნარკოტიკულ საშუალებებს. აღნიშნული საშუალებები ჯანმრთელობისათვის საშიშად და სამედიცინო მიზნებისათვის შეუსაბამოდ მიიჩნევა (ჰეროინი, კანაბისი და LSD). მეორე დანართი შეიცავს ბრუნვადიან, მაგრამ არაგამოწერად ნარკოტიკულ საშუალებებს. მათი, როგორც ცალკეული ნივთიერებებისა და სათანადო პროდუქტების გამოყენება, დაიშვება მხოლოდ ფარმანდუსტრიაში. აღნიშნულს განეკუთვნება, მაგალითად, კოკას ფოთლები და კოდეინი (გარდა იმ შემთხვევისა, როცა მომზადებისას მხოლოდ ინგრედიენტად ხდება მათი სრულიად უმნიშვნელო ოდენობით გამოყენება). მესამე დანართი მოიცავს ბრუნვადიან ნარკოტიკულ საშუალებებს და ასევე საშუალებებს, რომელთა გამოწერაც დასაშვებია.

პოზიტიური ჩამონათვალი არანაირ კონკრეტულ სქემას ან კლასიფიკაციის მეთოდს არ ექვემდებარება. არც ნივთიერებების ქიმიური კლასების (განსაკუთრებით ალკალიოიდებისა და ტერპენოიდების) და არც მათი წარმოშობის მიხედვით (ბიოგენური, ნახევრად სინთეზური, სრულად სინთეზური) დანაწილება არ გვაქვს სახეზე. შეიძლება ითქვას, რომ დაჯგუფებისას გარკვეულ როლს პოტენციურად მხოლოდ თერაპიული გამოყენება - ნივთიერებების „გამოწერის შესაძლებლობის მქონედ“ დაყოფა - თამაშობს (მაშასადამე, მესამე დანართში მოცემული ნივთიერებები). შესაბამისად, სიაში მოცემული ნივთიერებები მოიცავენ დისოციატიური, ნარკოტიკული, სედატიური საშუალებების მოქმედების მთლიან სპექტრს და ფსიქოდელურ, სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ჰალუცინაციების გამომწვევ ნივთიერებებსა (ლიბერგინის მჟავა, ფსილოციბინი) და სტიმულანტებს (კოკაინი).

3 შუად. ასევე: BT-Drs. 8/3551, 26.

თუმცა, ამასთანავე აღსანიშნავია, რომ განკარგულების გამოცემის უფლებამოსილება (§ 1 მეორე აბზაცი) მოიცავს ბუნდოვან კრიტერიუმებს, რომლებიც კონკრეტული ნივთიერების სიაში შეტანისას უნდა იქნას გათვალისწინებული. კერძოდ, ეს კრიტერიუმებია: „ნივთიერების ზემოქმედება, განსაკუთრებით კი ზემოქმედება, რომელიც იწვევს დამოკიდებულებას“; „საზიანო გამოყენების“ ფარგლები და „ჭანმრთელობისათვის პირდაპირ ან არაპირდაპირ საფრთხის შექმნა“. კონკრეტული ნივთიერების სიაში შეტანა ან მისი, როგორც საფრთხის შემქმნელ ნივთიერებად კლასიფიკაცია მართლმსაჯულების გზით (თუნდაც ექსპერტების დახმარებით) გადასინჯვას არ ექვემდებარება. შესაბამისად, შეუძლებელი იყო განსაზღვრული სახის კრიტერიუმების სასამართლო პრაქტიკის მეშვეობით დადგენაც. ამასთანავე, ეს საკმაოდ რთულიც იქნებოდა, ვინაიდან, გააჩნია თუ არა ამა თუ იმ ნივთიერებას სახიფათო ხასიათი, დამოკიდებულია მის კონცენტრაციაზე, სახეობაზე ან დამზადების წესზე, ასევე მომხმარებლების მიერ გამოყენებასა და მათ ინდივიდუალურ ჩვევებზე (Drug/Set/Setting)⁴. სწორედ ამით შეიძლება მოეძებნოს ახსნა იმ ფაქტს, რომ დღემდე, ნივთიერებები, რომელთაც საფრთხისა და დამოკიდებულების შექმნის საკმაოდ ცვალებადი პოტენციალი აქვთ, ერთ რეგულაციას ექვემდებარებიან, მაშინ, როცა სხვა უამრავი ნივთიერება, რომელიც ასევე ნარკოტიკისა და დელირიუმის ფართო ცნებების ქვეშ მოიაზრება, არ გვხვდება წარმოდგენილ სიაში (ალკოჰოლი, კეტამინი). ჯერ კიდევ პროპიბიციის დასაწყისში წარმოქმნილი ლეგიტიმაციის აღნიშნული პრობლემა დღემდე კვლავ გადაუჭრელი რჩება. უფრო მეტიც, შეგვიძლია ბევრად უფრო შორს წავიდეთ და დავსვათ კითხვა, თუ რატომ შეიძლება კანაბისი არალეგალური იყოს, ალკოჰოლი კი - ლეგალური⁵?

4 აღნიშნულს ეხება *Böllinger*, HFR 2015, 23, 30.

5 აღნიშნულთან დაკავშირებით იხ. დეტალურად *Kinzig*, FS Kargl, 2015, S. 273, 274, 278, რომელიც ასევე მიუთითებს სხვა ავტორზე *Nutt*, *Drugs – without the hot air: minimising the harms of legal and illegal drugs*, 2012.

II. არდასჯადი მოხმარება და მოხმარების მსგავსი დელიქტები

თუკი დამნაშავის ქმედება უკავშირდება ნარკოტიკულ საშუალებებს და იგი არ არის უფლებამოსილი ეს საშუალებები ლეგალურად განკარგოს, მაშინ, შეგვიძლია ვთქვათ, რომ სახეზეა ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ კანონის § 29-ის პირველი აბზაცის შემადგენლობა. აღნიშნული ნორმა - როგორც ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ გერმანული სამართლის „ბირთვი“ - პირველივე აბზაცის პირველივე პუნქტში ყურადღებას ამახვილებს ქმედების ათ შესაძლო ალტერნატივაზე. ხსენებულ ფორმებს წინამდებარე ნაშრომში, მისი შეზღუდული ფორმატიდან გამომდინარე, დეტალურად არ განვიხილავთ. თუმცა, ამის აუცილებლობა დღის წესრიგში ისედაც არ დგას, ვინაიდან, ზოგიერთი მათგანი სხვებთან შედარებით ნაკლებად რელევანტურია. ჩვენს მიერ განსახილველი თემეტიკისთვის სრულიად საკმარისია გასაღებასა და მოხმარებასთან დაკავშირებულ დანაშაულებს შორის არსებული განსხვავებების წარმოჩენა. ჩვენი ყურადღების ცენტრში უფრო მოხმარებასთან დაკავშირებული საკითხები მოექცევა, ვინაიდან, მათი პრაქტიკული მნიშვნელობა არსებითად უფრო დიდია (რაც ასევე დასტურდება ფედერაციაში ნარკოტიკულ ნივთიერებებთან დაკავშირებით არსებული საერთო სურათით)⁶. სისხლისსამართლებრივად ისინი, თავის მხრივ, ყველაზე მეტადაა ნარკოტიკული საშუალებების შეძენასთან, გასაღებასთან და ფლობასთან დაკავშირებული.

მოხმარებასთან დაკავშირებული დანაშაულების უმეტესობის შემთხვევაში, შემადგენლობის განხორციელების მთავარ ნიშანს ნარკოტიკული საშუალებების განკარგვის შესაძლებლობა წარმოადგენს⁷. აკრძალულია როგორც ფლობა, ისე შეძენა და გასაღება. განკარგვა გულისხმობს ნივთზე ფაქტობრივ ბატონობას და ამით ნარკოტიკულ საშუალებებზე სასურველი ზემოქმედების განხორციელების შესაძლებლობას. ყოველივე ეს

6 აღნიშნული ხელმისაწვდომია: <https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Rauschgiftkriminalitaet/2017RauschgiftBundeslagebildZ.html> (ნანახია 1.6.2019).

7 შეაღ. BGH StV 1989, 201; BGH NSZ 1997, 383; NSZ-RR 1999, 89, ასევე BayObLGSt 2003, 116 = NSZ 2004, 401.

უნდა ხორციელდებოდეს სხვებისგან დამოუკიდებლად. მათი ნება-სურვილი არავითარ გავლენას არ უნდა ახდენდეს ამ ბატონობაზე. განკარგვითი ხასიათის დანაშაულების სისტემატიზაცია შემდეგნაირად უნდა განხორციელდეს: განკარგვის ძალაუფლების მატარებელ პირს, როგორც წესი, იმავდროულად აქვს მფლობელობა ნარკოტიკულ საშუალებაზე (და პირიქით, არ შეიძლება ჩაითვალოს, რომ ნებისმიერ პირს, რომელიც ფლობს ნარკოტიკულ საშუალებას, იმავდროულად აქვს მისი განკარგვის უფლებამოსილება). იმ შემთხვევაში, თუ მესამე პირს (ნებაყოფლობით და უსასყიდლოდ) გადაეცემა განკარგვის უფლებამოსილება, მაშინ სახეზე გვექნება ნარკოტიკული საშუალების გასაღება. აღნიშნულისაგან განსხვავებით, თუკი ნარკოტიკული საშუალებები განკარგვის უფლებამოსილების მქონე პირის ნების გარეშე გავა მისი მფლობელობიდან ან იგი მათ სხვაგვარად, მისი სურვილის საწინააღმდეგოდ დაკარგავს, მაშინ ეს გასაღებად არ ჩაითვლება. განკარგვის უფლებამოსილების მოპოვებისას, ვსაუბრობთ შეძენაზე ან - თუკი გადაცემა თანხმობის გარეშე განხორციელდა - სხვაგვარი სახით მოპოვებაზე. თუკი მოპოვებას თან არ სდევს განკარგვის უფლებამოსილება, მაშინ მხოლოდ (სისხლისსამართლებრივად არადასჯად) მოხმარებასთან გვექნება საქმე.

კვალიფიკაციისთვის არარელევანტურია ის ფაქტი, პირმა მსჯავრდებულს უკვე გამზადებული, ე.წ. შეხვეული მარიხუანა გადასცა თუ მხოლოდ ე.წ. შეუხვეველი შემდგომი მოხმარების მიზნით. გასათვალისწინებელია ისიც, რომ თუკი ეს პირი უშუალოდ მსჯავრდებულთან ერთად იმყოფება, მაშინ ის არ კარგავს ნებას პირდაპირ მფლობელობაზე და ასევე განკარგვის უფლებამოსილებას. შესაბამისად, მომხმარებელს ავტომატურად ვერ დავსჯით ნარკოტიკული საშუალების ფლობისთვის (ის სხვა პირია ისევე მფლობელი). იგი შესაძლოა მხოლოდ სტუმარს წარმოადგენდეს, სადაც მასაც გაუმასპინძლდნენ აკრძალული ნივთიერებით. თუმცა, თუკი ნარკოტიკული საშუალებების სხვა პირისგან გადმოცემასა და მათ მოხმარებას შორის გარკვეული დრო გავა, ან თუკი ნივთიერების გამცემი და მიმღები ერთმანეთს მოხმარებამდე დაშორდებიან, მაშინ ნარკოტიკული საშუალების მიმღებს წარმოეშობა განკარგვის შესაძლებლობა (მაგალითად, ნარკოტიკული საშუალება შარვლის ჯიბეში ჩაიდო).

დამნაშავე, რომელიც სხვას აძლევს ნარკოტიკული საშუალებების მოხმარების შესაძლებლობას და ამავდროულად უარს არ ამბობს

განკარგვის უფლებაზე, არ ჩაითვლება სხვისთვის გადამცემად. ამ შემთხვევაში იგულისხმება დაუყოვნებლივი გამოყენებისათვის გადაცემა ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ კანონის § 13-ის პირველი აბზაცის დარღვევით. გადაცემა სხვადასხვა ფორმით შეიძლება განხორციელდეს, იქნება ეს მომხმარებლისთვის სხეულში შეყვანის (ინექცირება, შებვლა, შესხმა), რაც იგივე ჯანმრთელობის დაზიანებაა, თუ უბრალოდ მეორე პირისთვის დაუყოვნებლივ, ადგილზევე მოსახმარად გადაცემის გზით, მასზე ბატონობის წარმოშობის უფლების გარეშე.

III. საქმის წარმოების შეწყვეტა ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ კანონის § 31a-ში მოცემული უმნიშვნელო ოდენობის საფუძველზე

ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ სისხლის სამართალი და სისხლის სამართლის პროცესი ერთმანეთში იკვეთება ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ კანონის § 31a-ს პირველ აბზაცში. საუბარია საქმის წარმოების შეწყვეტის შესახებ სპეციალურ ნორმაზე, რომელიც გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 153-სა და სხვა ზოგად ნორმებებთან შედარებით უფრო სპეციალურია და საშუალებას იძლევა საქმის წარმოება შეწყდეს, თუკი დამნაშავე ნარკოტიკულ საშუალებებს იყენებს „მხოლოდ უმნიშვნელო ოდენობით პირადი გამოყენების მიზნით“, მისი ბრალი უმნიშვნელოა და არ არსებობს სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელების საჭარო ინტერესი⁸. ნორმის გამოყენების დისკრეციულობა თავისთავად ხელს უშლის ცალკეული მახასიათებელი ნიშნების პრაქტიკაში დაკონკრეტებას. გარდა ამისა, საქმის შეწყვეტა-არშეწყვეტა დამოკიდებულია კონკრეტულ ფედერალურ მიწაზე მოქმედ ნარკოპოლიტიკასა და მართლმსაჯულების განხორციელების რესურსებზე, რაც ხელს უშლის ერთიანი მიდგომების ჩამოყალიბებას. ამას კი, საბოლოოდ, როგორც გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ დაიჩივლა, ე.წ. „ჩრდილოეთ-სამხრეთის სხვაობამდე“ მიყვავართ⁹.

8 იხ. ინსტრუქციულად: *Wettley*, in: BeckOK BtMG, 2. Edition 15.03.2019, § 31a Rn. 14 ff.

9 *Oğlakcıoğlu* (Fn. 2), § 31a Rn. 9 f.; *Patzak*, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 9. Aufl. 2019, § 31a Rn. 40. f.

აღნიშნული სათავეს ჯერ კიდევ ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ კანონის § 31a-დან იღებს. ნორმის ფორმულირება არ შემოიფარგლება მხოლოდ განსაზღვრული ან „მსუბუქი“ ნარკოტიკული საშუალებებით. მიუხედავად ამისა, პრაქტიკაში უმნიშვნელო ოდენობების გამო საქმის წარმოების შეწყვეტა (ზოგიერთ მიწაზე თითქმის) მხოლოდ კანაბისის შეძენის ან მფლობელობის შემთხვევებში გამოიყენება. უფრო მეტიც, ბუნდოვანია, თუ როდის გვაქვს სახეზე უმნიშვნელო ოდენობა, იმის მიუხედავადაც კი, რომ ფედერალური მიწების უმეტესობა შეთანხმდა 6 გრამის ოდენობაზე.

IV. კონსტიტუცურსამართლებრივი შეფასება

გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ დღემდე მოქმედი პრაქტიკა უკვე განმარტა მის მიერ მიღებულ დეტალურად დასაბუთებულ „კანაბისის შესახებ გადაწყვეტილებაში“ ნარკოტიკული საშუალებების მოხმარების სისხლისსამართლებრივი რეგულირების თანაზომიერების თაობაზე¹⁰. აღნიშნული საქმე წარმოადგენს პირველ გადაწყვეტილებას ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ კანონის 1982 წლის რეფორმის შემდეგ. ხსენებული რეფორმის ფარგლებში კიდევ ერთხელ გაფართოვდა ნარკოტიკულ საშუალებებთან მოპყრობის სისხლისსამართლებრივი დასჯადობა. თუმცა, უნდა ითქვას, რომ რეფორმა, თავის მხრივ, ლიბერალურ ტენდენციებსაც მოიცავდა.

1. კანაბისის შესახებ გადაწყვეტილება

თავიდანვე უნდა აღინიშნოს, რომ გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო გადაწყვეტილებაში სრულიად სამართლიანად ადგენს ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ გერმანიის კანონის § 3-ში მოცემული აკრძალვით ძირითად უფლებებში ჩარევას, განსაკუთრებით კი, ჩარევას მოქმედების ზოგად თავისუფლებაში, რომელსაც მოიცავს საკონსტიტუციო დონეზე გარანტირებული პიროვნული თვითგამორკვევის

10 BVerfGE 90, 145 ff. = NJW 1994, 1577 ff.

უფლება (გერმანიის ძირითადი კანონის მე-2 მუხლის პირველი აბზაცი პირველ მუხლთან ერთობლიობაში). იმავდროულად, სასამართლო შედარებით უფრო აკონკრეტებს აქამდე მოქმედ ლეგიტიმურობის კონცეფციას, რომლის მიხედვითაც, ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ სამართალი იცავს, როგორც ცალკეული ინდივიდების, ისე მთლიანად მთელი ერის ჯანმრთელობას, კერძოდ იმით, რომ „საზოგადოებრივი ჯანმრთელობის“ პრობლემებს უფრო ფართოდ განმარტავს. სხვა დანარჩენთან ერთად, სენატი ასახელებს „არალეგალური ნარკოტიკული საშუალებების ზემოქმედების ფარგლებს გარეთ არსებულ სოციალურ თანაცხოვრებას“, ახალგაზრდების დაცვას, ორგანიზებულ დანაშაულთან ბრძოლას და ნარკოტიკული საშუალებების კონტროლის თაობაზე საერთაშორისო ურთიერთთანამშრომლობის გარანტირების აუცილებლობას. იმავდროულად, სასამართლო უკუვადებს ნარკოტიკული საშუალების მოხმარების უფლების კონცეფციის არსებობას¹¹. დასასრულ, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო უბრალო უმრავლესობით (და გამოქვეყნებული ორი განსხვავებული აზრით) ასევე მხარს უჭერს საბოლოო მომხმარებელთან მიმართებაში სისხლისსამართლებრივი ნორმების არსებობის აუცილებლობასა და მათ თანაზომიერებას¹². სასამართლოს განმარტებით, თანაზომიერება გამოიხატება იმაში, რომ ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ კანონის § 31a-სა და სხვების მიხედვით, პროკურატურას გააჩნია პროცესუალური ინსტრუმენტი, რომლითაც მას შეუძლია უმართლობის მცირე ხარისხის მატარებელ დანაშაულებზე სათანადო რეაგირება მოახდინოს.

2. ნარკოტიკული საშუალების მიღება, როგორც ადამიანის ძირითადი უფლება?

გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო აკრძალვის კონსტიტუციურობას ამოწმებს სათანადო ძირითადი უფლებების, როგორც

11 BVerfGE 90, 145 ff. = NJW 1994, 1577 ff.

12 დღესათვის არსებულ კონსტიტუციურსამართლებრივ მდგომარეობასთან მიმართებაში შეად. ასევე: *Enzensperger*, HFR 2014, 48.

დამცავი უფლებების განხილვით (status negativus). იმ შემთხვევაში, თუ ნარკოტიკული საშუალების მიღებას ადამიანის ძირითად უფლებად ვაღიარებდით, მაშინ დაცულ სფეროში ჩარევის ინტენსივობის შეფასება სხვაგვარად მოგვიწევდა, ვინაიდან სამართალი არამხოლოდ ხელს შეუშლიდა მის გამოყენებას, არამედ ამას სრულიად შეუძლებელს გახდიდა. შესაბამისად, ამ შემთხვევაში, ჩვენს წინაშე დგას საკითხი, რომელიც ნარკოპოლიტიკას, როგორც ასეთს და საკანონმდებლო პოლიტიკურ დონეზე ნარკოტიკების თაობაზე მისაღებ გადაწყვეტილებებს ეხება. აღსანიშნავია, რომ როდესაც ვსაუბრობთ ნარკოტიკული საშუალების მიღების უფლებაზე, იმავდროულად განვიხილავთ, თუ როგორ უნდა მოვეპყროთ კონკრეტულ მანიას; ადამიანებს, რომელთაც არ გააჩნიათ გონივრული გადაწყვეტილებების მიღების უნარი ან სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ადამიანებს, რომლებმაც აღნიშნული შესაძლებლობა (სხვა ინდივიდებისაგან განსხვავებით) ოდესღაც დაკარგეს.

აღნიშნული თემა დეტალურად ბოლოს მათიას კაუფმანმა განიხილა¹³. ნარკოტიკული საშუალების მიღების უფლების კონცეფციის განვითარების შესახებ მის მიერ განხორციელებულ მცდელობაში კაუფმანი აპელირებს ნუსბაუმისა და სენის ე.წ. capability-approach-ზე, რომელიც თავისთავად სხვა კუთხით ცდილობს უნივერსალურად მოქმედი ძირითადი ღირებულებების აღწერას. კერძოდ, იმ ღირებულებებისა, რომელთა არსებობაც აუცილებელია იმისათვის, რომ ადამიანმა ფასეული (flourishing) ცხოვრებით იცხოვროს. ის სვამს კითხვას, საერთოდ შესაძლებელია თუ არა და თუ კი, მაშინ როგორ - ნარკოტიკული საშუალებებით თრობის, როგორც ადამიანად ყოფნის მნიშვნელოვან ნაწილად განმარტება. ამ კითხვაზე პასუხის გასაცემად შეგვიძლია ამოსავალ წერტილად „საკუთარი თავის თრობის/გაბრუნების“ მოტივი დავასახელოთ. ამასთანავე, პირველ რიგში, დამაფიქრებელია თერაპიული მიზნებით მოხმარება, რა დროსაც, თავისთავად, ერთმანეთისგან უნდა განვასხვავოთ უშუალოდ მკურნალობის მიზნებისათვის გამოყენებული ნარკოტიკული საშუალებების შემცველი მედიკამენტები და თრობის გამომწვევი ნარკოტიკული საშუალებები (პირველ შემთხვევაში საქმე ეხება არა ნარკოტიკული თრობის

13 *Kaufmann*, in: Duttge/Holm-Hadulla/Müller/Steuer (Hrsg.), Verantwortungsvoller Umgang mit Cannabis, 2017, S. 135 ff.

ძირითად უფლებას, არამედ სამედიცინო უზრუნველყოფის უფლებას). ე.წ. „გართობის მიზნით გამოყენებასთან“ ერთად, როგორცაა, მაგ. განტვირთვა, სტრესის მოხსნა, მოქმედების უნარის ამაღლებისთვის ხელის შეწყობა და ა.შ., თრობა შესაძლოა ემსახურებოდეს ე.წ. შეცნობით მიზნებს ან მხოლოდ თრობის სურვილის დაკმაყოფილებას. თუმცა, სამივე მოტივიდან სამოგადოებაში „ნარკოტიკული საშუალებების მოხმარების“ ანთროპოლოგიური მუდმივობის მიუხედავად, არც ერთი შეიძლება მივაკუთვნოთ ადამიანის არსებობისათვის მახასიათებელ მოტივს¹⁴. აღნიშნული ჯერ კიდევ იქიდან გამომდინარეობს, რომ ბევრი ადამიანი არსებობს, ვინც სრულიად კმაყოფილია ნარკოტიკული საშუალებების გამოყენების გარეშე. მინიმალური კონსენსუსიც კი არ არსებობს ნარკოტიკების მოხმარების მიზნობრიობის რაიმე მოტივით გამართლებაზე. ამასთანავე, ობიექტურად რომ შევხედოთ, ნარკოტიკული საშუალებების მოხმარების დადებითი მხარეები (სიახლეების შეცნობა, სურვილის დაკმაყოფილება) მოსალოდნელ უარყოფით შედეგებს (გვერდითი ეფექტები, დამოკიდებულება და ა.შ.) ვერ გადაწონის¹⁵.

თუკი საბოლოოდ დავასკვნით, რომ, ფაქტობრივად, შეუძლებელია ნარკოტიკული საშუალებით თრობისთვის ძირითადი უფლების სტატუსის მიცემა, ეს არ ნიშნავს ავტომატურად იმის დაშვებას, რომ ცალკეული პირების უფლებებში ჩარევა ლეგიტიმიურია¹⁶. ნარკოტიკული საშუალებით თრობის უფლების არარსებობამ არ შეიძლება მიგვიყვანოს მტკიცების ტვირთის შებრუნებასთან დასჯადი ქმედების ლეგიტიმურობასთან მიმართებაში, მაგ. იმ სახით, რომ მოქალაქე ცდილობდეს იმის დამტკიცებას, რომ მისი ქმედება „არ არის საშიში“ ან აკრძალვა არათანაზომიერია, ვინაიდან მის უფლებებს ზღუდავს¹⁷. თუმცა, მტკიცების ტვირთის შებრუნების ეს საფრთხე ნარკოტიკული საშუალებების მოხმარების შესახებ სამართალში უკვე ჩანს იმაში, რომ კანონმდებლის მხრიდან შეფასების უფლებაზე მითითებით მკვეთრი ღონისძიებები აუცილებლად და თანაზომიერად მიიჩნევა, რადგან თითქოსდა ითვლება, რომ შედარებით ნაკ-

14 Kaufmann (Fn. 13), S. 135, 140 f.

15 Kaufmann (Fn. 13), S. 135, 141 f.

16 საბოლოოდ ამ დასკვნამდე მიდის ასევე: Kaufmann (Fn. 13), S. 135, 144 f.

17 Oğlakcıoğlu (Fn. 2), Vor § 29 Rn. 23 ff.

ლებად მძაფრი ღონისძიებების - იხ. ზემოთ - დასაბუთება შეუძლებელია. არგუმენტაციის ეს მაგალითი საკმაოდ ხშირად გვხვდება ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ სისხლის სამართალში.

დასჯადობის სხვადასხვა არგუმენტიდან შეგვიძლია ერთ-ერთი განვიხილოთ,¹⁸ კერძოდ, არგუმენტი შავი ბაზრის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ. აკრძალვის მოწინააღმდეგეები კი აღნიშნულთან დაკავშირებით ხშირად უსვამენ ხაზს იმ ფაქტს, რომ სწორედ აკრძალვა უწყობს ხელს შავი ბაზრის წარმოქმნას და ორგანიზებული დანაშაულისათვის ნიადაგის შექმნას¹⁹. თავისთავად, იმის მტკიცება, რომ თითქოსდა შავ ბაზარს ლეგალიზაცია გააქრობს, საკმაოდ შორს წაგვიყვანს (შავი ბაზრები ასევე არსებობს ლეგალურად შექმნად ნივთიერებებსა და საგნებზე სავაჭროდ). ბაზარზე არსებულ სიტუაციასთან მიმართებით მხოლოდ წმინდა დეკრიმინალიზაცია არაფერს შეცვლის, პირიქით, შესაძლოა მომხმარებლების ოდენობა გაზარდოს კიდევ, რასაც თან მოჰყვება მოთხოვნის პროპორციული ზრდაც. აღნიშნულის საპირისპიროდ, ვერ უარვყოფთ იმ ფაქტს, რომ შავი ბაზრის შესუსტება, მინიმუმ, დამაჯერებელად შეიძლება მოგვეჩვენოს, თუკი ლეგალური (და უსაფრთხო) შექმნის ადგილები იარსებებს. მსოფლიო მასშტაბით ნარკოტიკული საშუალებებით ვაჭრობა ორგანიზებულ დანაშაულთა შემხებლობის მთავარ წერტილს წარმოადგენს. თუკი მის წინააღმდეგაც იმ არგუმენტს გამოვიყენებთ, რომ აკრძალვის დაწესება შავ ბაზარს არ გააქრობს, მაშინ აქაც ჩვეულ არგუმენტაციას უნდა მივმართოთ. მოსაზრებები, რომლებიც ნაწილობრივ ლეგალიზაციას უჭერენ მხარს, მათი სავარაუდო სუსტი მხარეების გამო უკუგდებულ იქნა (შავი ბაზარი, რომელსაც დასუსტებული სახითაც კი შეუძლია იარსებოს, მაინც ბევრად „უკეთესია“, ვიდრე საერთოდ ხელშეუხებელი შავი ბაზარი).

ამგვარად, ჩარევის ადრესატმა „ემპირიულად უსაფრთხოდ“ ალტერნატივა უნდა წარმოადგინოს, რათა კონსტიტუციურსამართლებრივი თვალსაზრისით გაგონილ იქნას მისი პოზიცია. თუმცა, ეს პრობლემატურია ხელისუფლების დანაწილების პრინციპის გათვალისწინების პირობებშიც კი და მიუხედავად კონსტიტუციურსამართლებრივი ზოგადი პოსტულატისა

18 იხ. დეტალურად: *Böllinger*, HFR 2015, 23; *Oğlakcioğlu* (Fn. 2), Vor § 29 Rn. 23 ff.
19 შავი ბაზრის სავარაუდო რეაქციის შესახებ აკრძალვის გაუქმების შემდეგ იხ. დეტალურად: *Nadelmann*, *Daedalus* 1994, 87 ff.

- „in dubio pro libertate“ - თუკი ადრესატს საერთოდ არ აქვს შესაძლებლობა „საწინააღმდეგო მტკიცებულების წარმოჩენისა“ (აქ შეიძლება მოიაზრობოდეს საველე ცდები და ა.შ.²⁰). არსებული აკრძალვებიც სწორედ იმ ვარაუდზე დაყრდნობით საბუთდება, რომ სხვა სახის კონცეფციებს არ შეუძლიათ იმავენაირად ეფექტურად დაუპირისპირდნენ ნარკოტიკული საშუალებების გავრცელებას. ეს მიდგომა, თავის მხრივ, პრობლემატურია კონსტიტუციურსამართლებრივი მეთოდის თვალსაზრისით, ვინაიდან სხვადასხვა ალტერნატივის გათვალისწინება უნდა ხდებოდეს, წინააღმდეგ შემთხვევაში შესაძლებელი იქნებოდა უკვე არსებული ნებისმიერი კანონის ლეგიტიმაცია. რაც უფრო ნაკლებად დამაჯერებელია ღონისძიების უკუქმედების უნარი და მისი მეშვეობით მიზნის მიღწევის შესაძლებლობა, მით უფრო მაღალი სტანდარტით უნდა გაიზომოს მისი „დასაბუთება“. თუკი ემპირიულად გამყარებული დასაბუთება არ გაგვანჩნია, მაშინ ამის დაბალანსება უნდა განხორციელდეს პროპორციულობის მასშტაბის შედარებით უფრო მკაცრად შეფასებით. აღნიშნულთან დაკავშირებით, საპროცესო კომპენსაცია, რომელიც ზომერის განსხვავებულ აზრში იქნა წარმოდგენილი (მარიხუანის შესახებ გადაწყვეტილებაში), ჩემი აზრით, არავითარ შემთხვევაში არ არის საკმარისი პროპორციულობის სტანდარტის დასაკმაყოფილებლად²¹:

„სენატის მიერ მიღებული „პროცესუალური გადაწყვეტის“ საწინააღმდეგოდ მეტყველებს (თავად გადაწყვეტილებაში წარმოდგენილ ფედერალური მიზნების მიხედვით დადგენილ ერთმანეთისაგან განსხვავებულ პრაქტიკასთან ერთად) გერმანიის ძირითადი კანონის 103-ე მუხლის მეორე აბზაცი. აღნიშნულის მიხედვით, კანონმდებელი ვალდებულია კონკრეტულად აღწეროს სისხლისსამართლებრივი დასჯადობის წინაპირობები, რათა შესაძლებელი იყოს სისხლისსამართლებრივი შემადგენლობების მოქმედების და გამოყენების ფარგლების განსაზღვრა. თუკი ეს კომპეტენცია გადაეცემა აღმასრულებელ ან სასამართლო ხელისუფლებას, მაშინ იგი წინააღმდეგობაში მოვა კონსტიტუციურსამართლებრივ ძი-

20 შეად. *Scheffold/Ambos/Böllinger*, ZRP 2016, 81; ასევე Global Commission on drug policy საუბრობს ნარკოტიკებთან დაკავშირებული მდგომარეობის გაუმჯობესებაზე, შეად. 2014 წლის ანგარიში, 31.

21 BVerfGE 90, 145 ff. = NJW 1994, 1577, 1590.

რითად პრინციპთან, რომლის თანახმადაც, ძირითადი უფლებების შეზღუდვაზე გადაწყვეტილების მიღება (...) კანონმდებლის პრეროგატივას წარმოადგენს. სენატის მითითება ნორმებზე, რომლებიც პროკურატურასა და სასამართლოს სისხლისსამართლებრივი დევნის ან პროცესის შეჩერების ან სასჯელის ყურადღებაში არმიღების უფლებამოსილებას ანიჭებენ, არასრულად ითვალისწინებს იმ გარემოებას, რომ სახელმწიფო სასჯელის დადგენა და აღსრულება თავისუფლების უფლებების წინაშე განსაკუთრებულ გამართლებას მოითხოვს. ქმედების დასჯადად მოხსენიება და ამასთან, საგამოძიებო პროცესის გახსნა, უკვე ეხება ძირითად უფლებებს.“ ეს მოსაზრება აღარაფრის დამატებას საჭიროებს.

V. დასკვნა

ნარკოტიკული საშუალებების შესახებ მატერიალური სისხლის სამართლის განხილვის შედეგად შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ გერმანულ სამართალში არა მხოლოდ ნარკოტიკული საშუალებებით ვაჭრობა, არამედ მასთან დაკავშირებული სიამოვნების მიღებისაკენ მიმართული, ჩვენს მიერ წარმოდგენილი ნებისმიერი ქმედება, დასჯადია. დასჯადია ასევე თავად მოხმარების აქტი. სწორედ ამგვარი კონსტრუქციის არსებობის გამო, ნარკოტიკული საშუალებების პირველადი მომხმარებლები და ასევე მასზე დამოკიდებული პირები უფრო ხშირად ექცევიან სისხლისსამართლებრივი დევნის ყურადღების ცენტრში, ვიდრე აღნიშნული საშუალებებით მოვაჭრეები. ასევე, თუკი იმასაც გავითვალისწინებთ, რომ მოთხოვნა მოხმარებლების მიერ განისაზღვრება და შესაბამისად, ისინი კრიმინალურ-პოლიტიკური გაგებით სხვაგვარ მოპყრობას არ იმსახურებენ, იმავდროულად, ისიც უნდა მივიღოთ მხედველობაში, რომ ისინი - განსხვავებით მოვაჭრეებისაგან - „სტანდარტულ შემთხვევებში“ საკუთარი თავის დაზიანებისთვის აგებენ პასუხს. ლეგალიზაციის წინააღმდეგ მოყვანილ არგუმენტებს დღეისათვის არსებული სამართლებრივი მდგომარეობის გასამყარებლად საკმარისი ძალა არ გააჩნიათ. ეს საკმარის მიზეზს უნდა წარმოადგენდეს იმისათვის, რომ დასაშვებად მივიჩნიოთ, თუნდაც ერთგვარი გადამოწმების მიზნით, ნაკლებად რადიკალური საშუალების გამოყენება სისხლის სამართალზე უარის თქმის „სოციალუ-

რი ექსპერიმენტის“ სახით. ამით შესაძლებელი იქნებოდა მოქალაქეებისათვის არა მხოლოდ თავისუფლების გარკვეული ნაწილის უკან დაბრუნება და იურიდიულ საზოგადოებაში ნდობის წარმოქმნა, არამედ უკვე შესაძლებელი გახდებოდა მცირე დროით (მტკიცებულებაზე დამყარებული) კვლევის განხორციელება. რა თქმა უნდა, თავის შეზღუდვა არ შეიძლება იმით, რომ თითქოსდა საკანონმდებლო ნაბიჯები შეუქცევადია. ნაწილობრივი ლეგალიზაცია ან დეკრიმინალიზაცია მხოლოდ ცალმხრივ გზას არ წარმოადგენს: თუკი საზოგადოება ნდობას ბოროტად გამოიყენებს, მაშინ კვლავ არსებობს აკრძალვის ხელახლა დაწესების შესაძლებლობა. საკანონმდებლო ჩარევის გავლენა შესამჩნევი მხოლოდ გრძელვადიან პერსპექტივაში რომ იქნება, ამგვარი სახის დარღვევების საპირისპიროდ კი არ მეტყველებს, არამედ, ნათელს ხდის, რომ ხანმოკლე დროის განმავლობაში მაინც არ არის მოსალოდნელი საზოგადოების ან იურიდიული საზოგადოებისათვის მნიშვნელოვანი საფრთხეების შექმნა.

ნარკოტიკების მოხმარების სისხლისსამართლებრივი შეფასება საქართველოში

გიორგი მახარაძე, ადვოკატი

I. შესავალი

აღნიშნულ სტატიაში განვიხილავთ ქართულ სამართალში ნარკოტიკული საშუალების მოხმარების დასჯადობას და მასთან დაკავშირებულ პრობლემათიკას, ასევე, შევხებით საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებას მარიხუანას მოხმარების დეკრიმინალიზაციასთან დაკავშირებით, რომელმაც პრაქტიკულად გახსნა ასპარეზი ნარკოტიკების მოხმარების საკითხზე სხვაგვარი, ქართული სამართლებრივი სივრცისთვის უჩვეულო და საინტერესო მსჯელობების განვითარებისათვის.

სტატიაში ძირითადად ვისაუბრებთ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 273-ე (ნარკოტიკული საშუალების, მისი ანალოგის ან პრეკურსორის მცირე ოდენობით უკანონო დამზადება, შექმნა, შენახვა, გადაზიდვა, გადაგზავნა ან/და ექიმის დანიშნულების გარეშე უკანონო მოხმარება), 273¹ (მცენარე კანაფის ან მარიხუანის უკანონო შექმნა, შენახვა, გადაზიდვა, გადაგზავნა ან/და გასაღება) და 260-ე (ნარკოტიკული საშუალების, მისი ანალოგის, პრეკურსორის ან ახალი ფსიქოაქტიური ნივთიერების უკანონო დამზადება, წარმოება, შექმნა, შენახვა, გადაზიდვა, გადაგზავნა ან გასაღება) მუხლებზე და საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსის 45-ე (ნარკოტიკული საშუალების, მისი ანალოგის ან პრეკურსორის მცირე ოდენობით უკანონო დამზადება, შექმნა, შენახვა, გადაზიდვა, გადაგზავნა ან/და ექიმის დანიშნულების გარეშე მოხმარება) მუხლებზე. ასევე, შევხებით რამდენიმე კანონქვემდებარე აქტს, რომელიც პირდაპირ კავშირშია ნარკოტიკების მოხმარების კრიმინალიზების საკითხთან.

II. ნარკოტიკების მოხმარების სამართლებრივი შეფასება

ნარკოტიკული საშუალების მოხმარება კანონიერია, თუ ეს ხდება ექიმის დანიშნულებით¹. კანონმდებელი ნარკოტიკების მოხმარებას ადმინისტრაციულად და სისხლისსამართლებრივად დასჯად ქმედებად აცხადებს მხოლოდ მაშინ, თუ ეს ხდება ექიმის დანიშნულების გარეშე. ნარკოტიკების მოხმარების პირველი შემთხვევა წარმოადგენს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევას და ისჯება საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსის 45-ე მუხლით, ხოლო ნარკოტიკების მოხმარება დანაშაულია (საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 273-ე მუხლი), თუ ადმინისტრაციული სამართალდარღვევისთვის სახდელდადებული პირის მიერ ერთი წლის განმავლობაში ხდება იგივე ქმედების განმეორებით ჩადენა, ანუ ნარკოტიკების მოხმარების სისხლისსამართლებრივ დასჯადობას წინ უნდა უსწრებდეს ადმინისტრაციული პრეიუდიცია, ან პირი ამ დანაშაულისთვის წარსულში უნდა იყოს ნასამართლევ. შესაბამისად, ქართული კანონმდებლობით, ნარკოტიკების მოხმარება არ მიიჩნევა იმდენად მნიშვნელოვან კანონდარღვევად, რომ პირველივე შემთხვევისას სისხლისსამართლებრივი მექანიზმები ამოქმედდეს და კანონმდებელი მხოლოდ ადმინისტრაციულ სახდელს სჯერდება. ამ შემთხვევაში, პრობლემურია, რომ ნასამართლობა ან ადმინისტრაციულ სახდელდადებულობა წარმოადგენს ქმედების დამაფუძნებელ გარემოებას, რადგან თანამედროვე სისხლის სამართალი, რომელიც ქმედების სამართალია, ემყარება კლასიკური სკოლის პრინციპებს, რომლის მიხედვითაც კრიმინალიზაციის საგანი შეიძლება იყოს მხოლოდ ქმედება, პიროვნებას და მის მახასიათებელ თვისებებს კი მხოლოდ სასჯელის დანიშვნის დროს ენიჭება მნიშვნელობა², ამ შემთხვევაში კი, ნასამართლობა ან ადმინისტრაციულ სახდელდადებულობა არის დანაშაულის შემადგენლობის განმსაზღვრელი.

1 ნარკოტიკული საშუალებების, ფსიქოტროპული ნივთიერებების, პრეკურსორებისა და ნარკოლოგიური დახმარების შესახებ საქართველოს კანონის მე-3 მუხლის „ჭ“ ქვეპუნქტი.

2 ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მეცხრე გამოცემა, 2013, 350.

რაც შეეხება, ზოგადად, მოხმარების ფაქტის დადგენას, პროცედურა შემდეგია: საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრების 2006 წლის 24 ოქტომბრის №1244–№278/ნ ერთობლივი ბრძანების მე-2 მუხლით განსაზღვრულია ნარკოტიკული და ფსიქოტროპული საშუალებების მოხმარებასთან დაკავშირებული ადმინისტრაციული სამართალდარღვევების დადგენის წესი, რომლის მიხედვით: „ექიმის დანიშნულების გარეშე ნარკოტიკული საშუალების მოხმარების ფაქტის დადგენა ხდება კლინიკური ან/და ლაბორატორიული (ქიმიო-ტოქსიკოლოგიური) გამოკვლევის გზით; პირს საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსის 45-ე მუხლით გათვალისწინებული პასუხისმგებლობა დაეკისრება იმ შემთხვევაში, თუ კლინიკური ან/და ლაბორატორიული (ქიმიო-ტოქსიკოლოგიური) გამოკვლევით დადასტურდება მის მიერ ნარკოტიკული საშუალების მოხმარების ფაქტი.“

საერთო სასამართლოები ნარკოტიკული საშუალების მოხმარებას განმარტავენ, როგორც პირის ბიოლოგიურ მასალაში აღმოჩენილი კვალის არსებობას და არა მოხმარების პროცესს (მოწვევას და სხვა). ამ საკითხთან მიმართებით ძალიან საინტერესო აღმოჩნდა საკონსტიტუციო სასამართლოს მსჯელობა, რომლის მიხედვითაც, სასამართლომ თავის გადაწყვეტილებაში, საქმეზე გივი შანიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ³, „მოხმარებად“ უშუალოდ მოწვევის პროცესიც მიიჩნია, რაც, ცხადია, ლოგიკური და სამართლიანია.

სისხლისსამართლებრივი, კერძოდ პროცედურული პრობლემატიკა სწორედ მოხმარების ფაქტის დადგენის მექანიზმიდან იწყება, კერძოდ, საქართველოს კონსტიტუციის 31-ე მუხლის მე-11 ნაწილის⁴ თანახმად, არავინ არის ვალდებული მისცეს თავისი ან იმ ახლობელთა საწინააღმდეგო ჩვენება, რომელთა წრეც განისაზღვრება კანონით. ამ კონსტიტუციური ნორმის თანახმად, ნებისმიერ პირს უფლება აქვს, უარი თქვას ნარკოლოგიური კვლევის კაბინეტში, როგორც ბიოლოგიური მასალის ჩაბარებაზე, ისე კლინიკურ დათვალიერებაზე. ანუ პრაქტიკაში, თუ პირმა კარგად იცის თავისი უფლებების შესახებ, გამოძიება უძღურია დაადგი-

3 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3875278?publication=0> (ნანახია 6.5.19).

4 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346?publication=35> (ნანახია 6.5.19).

ნოს მოიხმარა თუ არა მან ნარკოტიკული საშუალება, შესაბამისად, გამოძიება შედეგის დადგომისთვის მხოლოდ პირის საკუთარი უფლებების არცოდნის ანაბარაა დარჩენილი, რაც ბუნებრივად წარმოშობს მსჯელობის დაწყების აუცილებლობას, ზოგადად ყველა ნარკოტიკული საშუალების მოხმარების დეკრიმინალიზების მიზნით, მით უფრო, რომ არსებობს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილება მარიხუანის მოხმარების დეკრიმინალიზების თაობაზე.

მართალია, სახელმწიფოს უფლება აქვს გამოიყენოს გარკვეული იძულებითი ღონისძიებები, თუმცა, პრობლემას სწორედ ის ფაქტი ქმნის, რომ ასეთი ღონისძიებების გამოიყენების თანაზომიერებასთან დაკავშირებით მყარი პრაქტიკა არ არსებობს, რამაც საბოლოო ჯამში, შესაძლოა დამამცირებელ და არაადამიანურ მოპყრობამდეც კი მიგვიყვანოს.

ყველაზე მნიშვნელოვანი პრობლემა, რომელიც ეხება ნარკოტიკულ დანაშაულს ზოგადად, და მათ შორის, ყველაზე მძაფრად, წარმოადგენს ნარკოტიკული საშუალებების ოდენობების უმეტეს შემთხვევაში განუსაზღვრელობა, ხოლო იშვიათ შემთხვევაში, არასამართლიანი განსაზღვრა. საქმე იმაშია, რომ საქართველოს კანონმდებლობით ნარკოტიკული საშუალებები და მათი ადმინისტრაციული, დიდი და განსაკუთრებით დიდი ოდენობები განსაზღვრულია საქართველოს კანონით ნარკოტიკული საშუალებების, ფსიქოტროპული ნივთიერებების, პრეკურსორებისა და ნარკოლოგიური დახმარების შესახებ. აღნიშნულ კანონში ასევე მოცემულია უკანონო მფლობელობიდან ან ბრუნვიდან ამოღებული ნარკოტიკული საშუალებებისა და ფსიქოტროპული ნივთიერებების მცირე, დიდი და განსაკუთრებით დიდი ოდენობების ნუსხა (დანართი 2), რომლითაც განსაზღვრულია 228 ნარკოტიკული საშუალება, რომელთაგან მხოლოდ 58-ს გააჩნია მცირე (ადმინისტრაციული) ოდენობა. შესაბამისად, მაგალითად ამფეტამინის (რომელსაც არ აქვს განსაზღვრული მცირე ოდენობა) მოლეკულის აღმოჩენაც კი ავტომატურად მიიჩნევა მის დიდ ოდენობად და ისჯება თავისუფლების აღკვეთით 5-დან 8 წლამდე ვადით სსკ-ის 260-ე მუხლის მე-3 ნაწილის შესაბამისად.

აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ნარკოტიკული საშუალების მიღებისათვის გამოყენებულ ჭურჭელზე (სამედიცინო შპრიცი, შესაყნოსი მილები და ა.შ.)

რჩება ამა თუ იმ ნარკოტიკული საშუალების კვალი, რაც ქართული კანონმდებლობითა და სასამართლო პრაქტიკით წარმოადგენს ნარკოტიკული საშუალების უკანონოდ შექენა/შენახვას და თუ გავითვალისწინებთ ოდენობების დაურეგულირებლობას, მაგალითად, ცარიელი სამედიცინო შპრიცის აღმოჩენის შემთხვევაში, რომლითაც პირმა ინტრავენურად მოიხმარა ამფეტამინი და ქიმიური ექსპერტიზით დადგინდა ამფეტამინის მიკროსკოპული ოდენობაც კი, პირს დაეკისრება პასუხისმგებლობა დიდი ოდენობით ნარკოტიკული საშუალების უკანონო შექენა/შენახვისათვის (სსკ-ის 260-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტით) და არა მოხმარებისთვის. ამ კონტექსტში აუცილებლად უნდა აღინიშნოს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 13 ივლისის #1/8/696 გადაწყვეტილება საქმეზე ლაშა ბახუტაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, რომელშიც პირი გასამართლებული იყო 0.00009 (გამოყენებულ საინექციო შპრიცზე არსებული დებომორფინის კვალი) გრამი დებომორფინის შექენა-შენახვისათვის და სასჯელის სახით განსაზღვრული ჰქონდა თავისუფლების აღკვეთა 5 წლის ვადით, ხოლო დამატებით სასჯელად საზოგადოებისთვის სასარგებლო შრომა 400 საათის ოდენობით (სსკ-ის 260-ე მუხლის მე-3 ნაწილი). მოქალაქე მიუთითებდა აღნიშნული სანქციის არაკონსტიტუციურობაზე, ვინაიდან ის ეწინააღმდეგებოდა მაშინ მოქმედი კონსტიტუციის მე-17 მუხლს: დაუშვებელია ადამიანის წამება, არაჰუმანური, სასტიკი ან პატივისა და ღირსების შემლახველი მოპყრობა და სასჯელის გამოყენება. საკონსტიტუციო სასამართლომ გაიზიარა მისი არგუმენტები და არაკონსტიტუციურად სცნო სასჯელის სახით თავისუფლების აღკვეთის დანიშნვა ზემოხსენებული ოდენობის ნარკოტიკული საშუალების შექენა-შენახვისათვის.

ერთ-ერთი მთავარი გასარკვევი საკითხი აღნიშნულ კაზუსში არის ასევე ის, წარმოადგენს თუ არა გამოყენებულ საინექციო შპრიცში არსებული მიკროსკოპული კვალი ნარკოტიკული საშუალების შექენა-შენახვის, თუ მოხმარების შემადგენლობას?

თუ ზემოხსენებულ ქმედებას მივიჩნევთ შექენა-შენახვად, მაშინ უნდა გავითვალისწინოთ, რომ გამოყენებისათვის უვარგისი ოდენობის შემთხვევაში, დანაშაულს არ გააჩნია მიზანი, ვინაიდან, როგორც საქმეში

ლაშა ბახუტაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ⁵, სასამართლოში გამოცხადებულმა ექსპერტმა განმარტა, მიკროსკოპული ოდენობით ნარკოტიკული საშუალებები, ძირითადად მოხმარებისთვის უგარგისია, შესაბამისად, ობიექტურად, მისი შენახვით, არც ერთ სისხლის სამართლის კოდექსით დაცულ სიკეთეს არ ექმნება საფრთხე.

თუ მოხმარებულ სამედიცინო შპრიცს განვიხილავთ როგორც მოხმარებას, მაშინ წინააღმდეგობაში მოვალთ დღეს მოქმედ საკანონმდებლო რეგულაციებთან, რადგან როგორც ზემოთ აღვნიშნე, მოხმარება განიმარტება, როგორც ბიოლოგიურ მასალაში ნარკოტიკული საშუალების კვალის აღმოჩენად, ლაბორატორიული კვლევის შედეგად.

შესაბამისად, ზემოხსენებულ შემთხვევაში, საკითხი უნდა გადაწყდეს პირის სასარგებლოდ და უნდა მივიღეთ დასკვნამდე, რომ აღნიშნულ შემთხვევაში, დანაშაულის ჩადენას არ აქვს ადგილი, ვინაიდან საფრთხე არ და ვერ დაემუქრება ვერც ერთ კანონით დაცულ სიკეთეს. ამ პრობლემების თავიდან ასარიდებლად, სასიცოცხლოდ აუცილებელია, ადეკვატურად განისაზღვროს ნარკოტიკული საშუალებების მცირე ოდენობები.

ნარკოტიკული საშუალებების მოხმარების ნაწილში, ასევე მნიშვნელოვანია განვიხილოთ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2018 წლის 30 ივლისის #1/3/282 გადაწყვეტილება⁶, რომელიც მარიხუანის მოხმარების ადმინისტრაციული დასჯადობის გაუქმებას ეხება. აღნიშნულ გადაწყვეტილებაში სასამართლო აღნიშნავს, რომ: „35. თუმცა, სასამართლო არ გამოიციხავს სხვათა მიმართ გარკვეულ საფრთხეს მარიხუანის განსაზღვრულ გარემოებებში მოხმარების დროს, მაგალითად, სკოლებში მარიხუანის მოხმარებისას ან სხვა ვითარებაში, კერძოდ, არასრულწლოვანთათვის განკუთვნილ დაწესებულებებში და/ან მათი თანდასწრებით, რამაც შეიძლება გავლენა იქონიოს მოზარდზე, გააღვიძოს მასში მარიხუანის მიმართ ინტერესი და მოახდინოს მარიხუანის მოხმარების ერთგვარი პროვოცირება. შესაბამისად, გამართლებულია მარიხუანის მოხმარების შეზღუდვა მისი მაგნე ზეგავლენისაგან არასრულწლოვანთა

5 იქვე.

6 <http://constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/1-3-1282-saqartvelos-moqalaeqeebi-zurab-djafaridze-da-vaxtang-megrelishvili-saqartvelos-parlamentis-winaagmddeg.page> (ნანახია 10.5.2019).

დასაცავად, მათი ჯანსაღი განვითარების ინტერესების უზრუნველსაყოფად. ასევე, გამართლებულია მარიხუანის მოხმარების შეზღუდვა სხვა სასწავლო, სააღმზრდელო თუ საგანმანათლებლო დაწესებულებებში, არმიაში, სამედიცინო, სახელმწიფო (საჯარო) დაწესებულებებში, აგრეთვე, სამოგადოებრივი თავშეყრის ზოგიერთ ადგილას (მაგალითად, საზოგადოებრივ ტრანსპორტში), სამოგადოებრივი ჯანდაცვისა და საჯარო წესრიგის ინტერესების დასაცავად.“

აქ მნიშვნელოვანია, დავინახოთ თუ როგორ ხედავს საკონსტიტუციო სასამართლო ნარკოტიკული საშუალების (ამ შემთხვევაში მარიხუანის) მოხმარებას. ზემოთ მოყვანილი ციტატიდან ცხადია, რომ საკონსტიტუციო სასამართლო განიხილავს მოხმარებას როგორც პროცესს, ამ შემთხვევაში მოწვევას, რადგან ახსენებს მოხმარებას სამოგადოებრივი თავშეყრის ადგილებში, სამოგადოებრივ ტრანსპორტში, არასრულწლოვანთა თანდასწრებით და სხვა. ეს განმარტება აფართოებს ზოგადად მოხმარების დეფინიციას და მას წარმოადგენს როგორც კონკრეტული სუბსტანციის მოხმარების პროცესს და არა მხოლოდ ბიოლოგიურ მასალაში მის აღმოჩენას, რაც ლოგიკურია. სამწუხაროდ, საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილებებში ახალ სტანდარტს განმარტებისათვის ჯერ არ მიუცია ბიძგი, რათა მომხდარიყო მოხმარების ამგვარი გაგება. უფრო მეტიც, საკონსტიტუციო სასამართლოს მოხმარების ამგვარი განმარტების მიუხედავად, არც საკანონმდებლო ორგანოს მიუღია ხელშესახები ზომები, განესაზღვრა და განემართა მოხმარების ახლებური რეგულაცია. ეს გარემოება შესაძლოა პრობლემური აღმოჩნდეს ზოგიერთ სიტუაციაში, მაგალითად, თუ პირი მოიხმარს სიგარეტში გახვეულ მარიხუანას, რომლის წონაც 5 გრამს აღემატება (მცირე (ადმინისტრაციულ) ოდენობას). ამ შემთხვევაში, მოქმედი კანონმდებლობით, მოხმარებას ადგილი არ აქვს, ვინაიდან დღეს მოქმედი კანონი მოხმარების პროცესს (მოწვევას) არ მიიჩნევს მოხმარებად და ამას აღიქვამს, როგორც შექენა-შენახვას. შესაბამისად, შეიქმნება სამართლებრივი ვაკუუმი, რომლისგან გამოსვლაც მხოლოდ ზოგადი სისხლისსამართლებრივი პრინციპების გამოყენებით მოხერხდება ან/და სასამართლო განმარტავს ნორმას, საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილების შესაბამისად.

ასევე საინტერესო საკითხი 273-ე მუხლთან (ნარკოტიკული საშუალე-

ბის ექიმის დანიშნულების გარეშე მოხმარება) მიმართებით არის ის, რომ მუხლის დისპოზიციაში (განსხვავებით სსკ-ის 260-ე მუხლისგან (ნარკოტიკული საშუალების შეძენა-შენახვა)) არ გვხვდება გასაღება და, ზოგადად, 273-ე მუხლის ამოქმედების საფუძველი, ადსკ-ის 45-ე მუხლიც, არ განიხილავს აკრძალული ნივთიერების მცირე ოდენობით გასაღებას ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევად. გასაღება მხოლოდ 260-ე მუხლით გათვალისწინებული ოდენობებისთვის არის დასჯადი.

მოცემულობა შემდეგია - 260-ე მუხლის ამოქმედებისთვის საჭიროა ე.წ. სისხლის სამართლის საწყისი ოდენობა, ხოლო ადსკ-ის 45-ე მუხლით დასჯადია მცირე ოდენობით ნარკოტიკული საშუალების შეძენა-შენახვა-გადაზიდვა-გადაგზავნა-დამზადება და არა გასაღება. შესაბამისად, თუ პირი გაასაღებს ადმინისტრაციულ ოდენობა ნარკოტიკულ საშუალებას, მას ვერ დაეკისრება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობა, ვინაიდან სახეზე არ არის სისხლის სამართლის საწყისი ოდენობა. ამავდროულად, ადმინისტრაციული სახდელის დაკისრებაც ვერ მოხდება, ვინაიდან ადმინისტრაციული ოდენობის ნარკოტიკული საშუალების გასაღება არ ისჯება.

ამგვარად, კანონმდებლობაში არის ხარვეზი, რომლის მიხედვითაც, ერთი მხრივ, ლეგალიზებულია მცირე ოდენობით ნარკოტიკული საშუალებების გასაღება, ხოლო მეორე მხრივ დასჯადია მოხმარება, რომელიც ზემოხსენებული საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებებზე დაყრდნობით, არ უქმნის საფრთხეს სისხლის სამართლით დაცულ რომელიმე სიკეთეს.

III. დასკვნა

რაც შეეხება ზოგადად ნარკოტიკული საშუალებების მოხმარების კრიმინალიზებას, ამასთან მიმართებით, აუცილებლად უნდა ითქვას, რომ თანამედროვე სისხლის სამართლის ტენდენციების გათვალისწინებით, იმგვარი ქმედება, რომელიც არ წარმოადგენს საფრთხეს სხვა პირისათვის და ამით ზიანი ადგება მხოლოდ ნარკოტიკული საშუალების მომხმარებელ პირს, გაუგებარია, რა მიზნით არის კრიმინალიზებული

ზემოხსენებული ქმედება, მით უფრო, როცა საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ საქმეზე საქართველოს მოქალაქე გივი შანიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ განიმარტა, რომ „პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლება ნებას რთავს ადამიანს, სახელმწიფოს ჩარევის გარეშე, გადაწყვიტოს, თუ რომელი ტიპის გასართობი თუ რეკრეაციული აქტივობით დაკავდება იგი. ეჭვგარეშეა, რომ ადამიანის გასართობი აქტივობები მიეკუთვნება მისი პირადი ავტონომიის სფეროს. შესაბამისად, პიროვნების ზემოქმედება საკუთარ თავზე და ამგვარად გართობის ან სიამოვნების მიღება თავისთავად ხდება მისი თავისუფალი განვითარების სფეროში. საკონსტიტუციო სასამართლო მიიჩნევს, რომ პირის უფლება, თავად შეარჩიოს მისთვის სასურველი განტვირთვის სახე და განახორციელოს შესაბამისი აქტივობა, მათ შორის, მოიხმაროს მარიხუანა, წარმოადგენს პიროვნების პირადი ავტონომიით დაცულ სფეროს“⁷. მართალია, ზემოხსენებული ციტატა ეხება მხოლოდ მარიხუანას, თუმცა, თუ არ არსებობს აკრძალული ნივთიერების გავრცელების რისკი და შესაბამისად, სხვისთვის ზიანის მიყენების შესაძლებლობა, რა მნიშვნელობა აქვს ნივთიერების სახეობას?! კანონმდებლის გაცხადებული მიზანი, ნარკოტიკების მოხმარების კრიმინალიზებით, სწორედ პირისა და საზოგადოების ჯანმრთელობის დაცვაა. ამ მიზნის სისხლისსამართლებრივი დაცვის საკითხი კი დიდი კითხვის ნიშნის ქვეშ დგას საკონსტიტუციო სასამართლოს ზემოხსენებული გადაწყვეტილებებით.

7 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3875278?publication=0> (ნანახია 15.5.2019).

პირადი სფეროს სისხლისსამართლებრივი დაცვა გერმანიაში

პროფ. დოქტ. კაი კორნელიუსი, ჰაიდელბერგის უნივერსიტეტი

I. შესავალი

პირადი სფერო წარმოადგენს საკმაოდ ფართო და გერმანულ იურიდიულ მეცნიერებაში ჯერ კიდევ ბოლომდე განუმარტებელ ცნებას. აღნიშნული ცნება არც გერმანიის ძირითად კანონსა და არც ჩვეულებრივ კანონებში გამოიყენება¹. „პირადი სფეროს“ დაცვა ხდება ძირითადი უფლებების შესახებ რამდენიმე ნორმის ერთობლივი მოქმედებით. ეს ნორმებია: პიროვნული უფლება-გერმანიის ძირითადი კანონის მე-2 მუხლის პირველი აბზაცი პირველი მუხლის პირველ აბზაცთან ერთობლიობაში, საფოსტო და სატელეკომუნიკაციო მიმონწერის საიდუმლოება - გერმანიის ძირითადი კანონის მე-10 მუხლი და ბინის ხელშეუხებლობა - გერმანიის ძირითადი კანონის მე-13 მუხლი². ამგვარად, სისხლისსამართლებრივად აკრძალულია „სხვა პირის მშვიდ ცხოვრებაში“ ჩარევა (შეად. გსსკ-ის § 123 ბინის ხელშეუხებლობის დარღვევის შესახებ)³. თუმცა, წინამდებარე ნაშრომი აღნიშნულ საკითხს არ ეხება. ჩვენი ყურადღების ცენტრში მოექცევა გსსკ-ის მე-15 თავი. ჯერ კიდევ ხსენებული თავის სახელწოდება გვიჩვენებს, რომ საქმე ეხება „ადამიანის პირადი ცხოვრებისა და საიდუმლო სფეროს დარღვევას“, საიდანაც გამომდინარეობს, რომ დანაშაულის მსხვერპლის პირადი სფერო ნებისმიერ შემთხვევაში დაცულია⁴.

მიუხედავად ამისა, კანონმდებლის მიერ შერჩეული სახელწოდება „ადამიანის პირადი ცხოვრებისა და საიდუმლო სფეროს დარღვევა“ სრუ-

1 *Geminn/Roßnagel*, JZ 2015, 703 კანონის კონკრეტული მაგალითებით ახალი, მაგრამ ნაკლებად მნიშვნელოვანი ნორმების თაობაზე Fn. 6 bis 8.

2 *Geminn/Roßnagel*, JZ 2015, 703.

3 *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 8 Rn. 1.

4 *Kargl*, in: NK StGB, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 201 ff. Rn. 4; *Hoyer*, in: SK StGB, 9. Aufl. 2017, Vor § 201 Rn. 1.

ლიად ზუსტი არ არის, ვინაიდან დაცვის ქვეშ მხოლოდ ინდივიდუალური პირადი სფერო არ მოიაზრება⁵. დაცვის ქვეშ ასევე ექცევა საუბრის კონფიდენციალურობის დარღვევა (გსსკ-ის § 201) და საქმიანი ან პროფესიული ინტერვოების გადაღება ან ფარული მიყურადება, საფოსტო მიმოწერის საიდუმლოების დაცვა გსსკ-ის § 202-ის შესაბამისად, ასევე სამთავრობო ფოსტის ან საქმიანი წერილების გახსნა და პირად სფეროს მიუკუთვნებელი მონაცემების მოპოვება გსსკ-ის § 202a შესაბამისად; გსსკ-ის § 203 - მიუხედავად იმისა, რომ ნორმა უშუალოდ პირადი საიდუმლოს დარღვევას უსვამს ხაზს - ცხადად ეხება „საწარმოო და საქმიანი საიდუმლოების დაცვას“, რაც მას „პირადი ცხოვრების დაცვის სფეროთი მოცულ საიდუმლოდ“ აქცევს⁶. თუმცა, გერმანიის ძირითადი კანონის პირველ და მეორე მუხლებსა და ძირითადი უფლების სახით ჩამოყალიბებულ საფოსტო და სატელეკომუნიკაციო საიდუმლოების დაცვის შესახებ ძირითადი კანონის მე-10 მუხლს, ასევე ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლით გარანტირებულ პირადი სფეროს დაცვას შორის კავშირის საფუძველზე, ცალსახად შესამჩნევია, რომ ფოკუსი პირად სფეროზე გაკეთებული⁷. პერსონალური გამოხატვისათვის თავისუფალი სივრცე მაშინ გვევლინება სათანადოდ დაცულად, როდესაც არსებობს პირად სფეროში ჩარევისაგან დაცვის სხვადასხვა სახის სისხლისსამართლებრივი მექანიზმები⁸.

წინამდებარე ნაშრომში სისხლისსამართლებრივი დაცვის სხვადასხვა მექანიზმს განვიხილავთ შემდეგ ნორმებზე დაყრდნობით: სატელეფონო კომუნიკაციის ფარული მიყურადება და სატელეფონო კომუნიკაციისათვის ხელის შეშლა (გსსკ-ის § 201), პირადი სფეროს დარღვევა განსაკუთრებით დაცული სივრცეების ვიდეოგადაღებითა და უბედური შემთხვევის მსხვერპლის ფოტოგადაღებით (გსსკ-ის § 201a), მიმოწერის საიდუმლოების დარღვევა (გსსკ-ის § 202) და ელექტრონული მიმოწერის ფარული კონტროლი (განსაკუთრებით გსსკ-ის § 206), ასევე მონაცემთა მოპოვება

5 *Häger*, Der formalisierte Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch das Strafrecht, 2018, S. 17.

6 *Hoyer* (Fn. 4), Vor § 201 Rn. 1.

7 *Kargl* (Fn. 4), Vor §§ 201 ff. Rn. 4.

8 *Kargl* (Fn. 4), Vor §§ 201 ff. Rn. 4.

(გსსკ-ის § 202d). თითქმის იმავე მნიშვნელობის მატარებელ ნორმებს წარმოადგენს გსსკ-ის § 202a - მონაცემთა შპიონაჟი, გსსკ-ის § 202b - მონაცემთა ხელში ჩაგდება და პროფესიული საიდუმლოს შენახვამე ვალდებული პირის მხრიდან პირადი საიდუმლოების დარღვევა გსსკ-ის § 203-ის მიხედვით. აღნიშნულ ნორმებს სტატიაში დეტალურად არ შევხებით.

II. სატელეფონო კომუნიკაციის ფარული მიყურადება და მისთვის ხელის შეშლა (გსსკ-ის § 201)

სატელეფონო კომუნიკაციის ფარული მიყურადებისას (როგორცაა მაგ. რეალურ დროში მოსმენა ან სათანადო ჩანაწერების გაკეთება) საქმე გვაქვს ნათქვამის კონფიდენციალურობის დარღვევასთან გსსკ-ის § 201-ის მიხედვით. დანაშაულის აღნიშნული შემადგენლობა მოიცავს სატელეფონო კომუნიკაციის რეალურ დროში მოსმენას ან ჩანწერას სატელეფონო კომუნიკაციის მონაწილეთა მხრიდან თანხმობის გარეშე. მნიშვნელობა არ აქვს იმას, თუ კონკრეტულად რა სახით და როგორ ხორციელდება სატელეფონო კავშირი (მაგ. გამოიყენება ჩვეულებრივი ტელეფონი, მობილური ტელეფონი თუ ინტერნეტ მომსახურების ისეთი საშუალება, როგორცაა, მაგ. WhatsApp). კვალიფიკაციისთვის არაა აუცილებელი რაიმე სახით განსაზღვრული ერთგულების ვალდებულების დარღვევის ფაქტი (როგორც ეს გვხვდება მაგ. ტელეფონის პროვაიდერის შემთხვევაში - ასეთ შემთხვევაში გამოიყენება გსსკ-ის § 206). გსსკ-ის § 201-ის პირველი აბზაცის პირველ ნაწილში წარმოდგენილი დანაშაულის შემადგენლობის მიხედვით დასჯადია სხვა პირის არასაჯარო საუბრის ხმისჩამწერი საშუალებით ჩანწერა. დანაშაულის შემადგენლობა განხორციელებულად ითვლება ხმისჩამწერ (მათ შორის ციფრულ) ხელსაწყოზე ჩანწერისთანავე⁹. ამასთანავე, არანაირი მნიშვნელობა არ ენიჭება იმ ფაქტს, თუ კონკრეტულად გამოხატული აზრები რა მნიშვნელობას ატარებენ. დანაშაულის შემადგენლობა მოიცავს ნებისმიერ არასაჯაროდ წარმოქმულ (გაცხადებულ) სიტყვას. აღნიშნული წინაპირობა მაშინ ითვლება შესრულებულად, როდესაც ნათქვამი არ იყო განკუთვნილი ფართო საზოგადოებისთვის და

9 შეად. *Kargl* (Fn. 4), § 201 Rn. 10.

პირადი თუ საქმიანი ურთიერთობებით შემოსაზღვრულ პირთა წრის გარეთ მისი გასვლა ამგვარად არ უნდა განხორციელდებულყო¹⁰. აღნიშნულისაგან განსხვავებით, გსსკ-ის § 201-ის მეორე აბზაცის პირველი ნაწილი მოიცავს კერძო საუბრის ფარულ მიყურადებას, რომლის დროსაც გასათვალისწინებელია, რომ საკანონმდებლო ნორმის ერთმნიშვნელოვნად ფორმულირებულ ტექსტზე დაყრდნობით, საქმე ეხება არა მონაცემების მოსმენას, არამედ მხოლოდ და მხოლოდ სიტყვების მოსმენას. მაშასადამე, ნორმის მიხედვით, უბრალო მიყურადებაც კი საკმარისია დასჯადობისთვის, თუკი ამისათვის ტექნიკური საშუალებები გამოიყენება (მაგ. ხმის ჩამწერი მოწყობილობა)¹¹.

III. პირადი ცხოვრების უმნიშვნელოვანესი სფეროს დარღვევა გადაღების მეშვეობით (გსსკ-ის § 201a)

ვიდეოგადაღებისას მნიშვნელოვანია იმის გათვალისწინება, რომ კადრების გადაღებისას პირადი ცხოვრების ხელყოფა თავიდან იქნას აცილებული¹². გსსკ-ის § 201a-ს პირველი აბზაცის პირველ ნაწილში მოცემულ სისხლისსამართლებრივ დასჯადობასთან გვაქვს საქმე, როდესაც სათანადო უფლებამოსილების გარეშე ხორციელდება საცხოვრებელ ბინაში ან სხვაგვარად გარეშე თვალთახედვიდან განსაკუთრებით დაცულ სივრცეში მყოფი პირის გადაღება ან გადაღებული ჩანაწერების გავრცელება და ამგვარად პირადი ცხოვრების უმნიშვნელოვანესი პიროვნული სფეროს დარღვევა. შესაბამისად, დანაშაულის შემადგენლობიდან გამოირიცხება საჯაროდ ხელმისაწვდომი მომსახურების და სამუშაო სივრცეები, რომელთა ნახვაც ნებისმიერ პირს შეუძლია¹³. თუმცა, განსაკუთრებით დაცულ სივრცეებს განეკუთვნება, მაგ. ტანსაცმლის გამოსაცვლელი ადგილები და საპირფარეშოები¹⁴. გსსკ-ის § 201a-ში მოცემული დანაშაულის

10 *Beck*, MMR 2008, 77, 78 f.

11 *Heuchemer*, in: BeckOK StGB, 42. Edition 01.05.2019, § 201 StGB Rn. 2.1.

12 შეად. BGH NStZ 2015, 391.

13 *Eisele*, Datenschutzstrafrecht, 2012, S. 98.

14 ამ ცნებების მნიშვნელობის განსაზღვრის თაობაზე იხ.: *Kargl*, ZStW 117 (2005),

შემადგენლობის განხორციელება მოითხოვს ჩანერილი პირის „პირადი ცხოვრების უმნიშვნელოვანესი სფეროს“ დარღვევის ფაქტის არსებობას. ამასთან, მთავარი ფოკუსი მიმართულია ინტიმური სფეროსკენ. როგორც წესი, ნორმა ეხება ავადმყოფობას, სიკვდილსა და სქესობრივ სფეროს, მაშინ, როდესაც ადამიანის პირად ცხოვრებასთან დაკავშირებული ისეთი ფაქტები, როგორცაა რელიგიური შეხედულება ან ოჯახური მდგომარეობა, დანაშაულის შემადგენლობაში არ შედის¹⁵. სწორედ ამიტომ, აღნიშნული ნორმით სისხლისსამართლებრივად დასჯადი არ არის პირის უტაქტო გადაღება მისთვის სამარცხვინო სიტუაციაში¹⁶.

გარდა ამისა, გსსკ-ის § 201-ის მიხედვით, დამატებით საუბრის კონფიდენციალურობის დარღვევასთანაც გვექნება საქმე, თუკი ვიდეოჩანანერი, მაგ., შეიცავს სათანადო ხმოვან კვალს. ამგვარი სახის ჩანერა დასჯადია გსსკ-ის § 201-ის პირველი აბზაცის პირველი ნაწილის მიხედვით (აღნიშნულთან დაკავშირებით შეად. სტატიის წინა თავი).

სულ უფრო და უფრო სწრაფად პროგრესირებადი დიგიტალიზაცია, მისი თანამდევი მინიატურიზაცია და კადრების ცხოვრების ნებისმიერ სიტუაციაში გადაღებისა და გავრცელების შესაძლებლობების საოცარი სისწრაფით გამარტივება სათანადო საკანონმდებლო ბაზის შექმნის აუცილებლობას აყენებს დღის წესრიგში. კანონმდებელმა სწორედ აღნიშნულზე სათანადო პასუხის გაცემის მიზნით, ახლახან, გსსკ-ის § 201a-ს პირველი აბზაცის მეორე ნაწილის სახით ახალი ნორმა შემოიღო, რომელიც სხვა მიზნებთან ერთად, ემსახურება უკვე არსებული (და აღმოჩენილი) სისხლისსამართლებრივი დასჯადობის ხარვეზების ამოვსებას პირადი უფლებების დაცვის გარანტირებისათვის¹⁷. აღსანიშნავია, რომ მაგ. კამერის შემცველი სმარტფონების ყოვლისმომცველი გავრცელების საფუძველზე განსაკუთრებით გაიზარდა უბედური შემთხვევის მსხვერპლთათვის გადაღებული ფოტოების გავრცელების შემთხვევები. სწორედ ამიტომ, გსსკ-ის § 201a-ს პირველი აბზაცის მეორე ნაწილი ითვალისწინებს იმ პირის სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას, რომელიც სათანადო უფლებამოსილების გარეშე საჯაროდ ხელმისაწვდომს ხდის

324, 330 ff.

15 *Eisele*, JR 2005, 6, 9.

16 *Koch*, GA 2005, 589, 597.

17 შეად. *Bosch*, in: SSW StGB, 4. Aufl. 2019, § 201a, Rn. 1.

ფოტოჩანაწერს, რომელზეც ჩანს სხვა პირის უმწეობა ან ამგვარ ჩანაწერს სხვას გადასცემს, რასაც შედეგად ჩანაწერზე ასახული პირის პირადი ცხოვრების უმნიშვნელოვანესი პიროვნული სფეროს დარღვევა მოჰყვება.

IV. საფოსტო მიმონერის ფარული თვალთვალი

პირადი ფოსტის საიდუმლოება დაცულია გსსკ-ის § 202-ის მიხედვით. მესამე პირი არ არის უფლებამოსილი გახსნას პირადი წერილები ან დალუქული დოკუმენტები ან ტექნიკური საშუალებების გამოყენებით მიიღოს ინფორმაცია მათი შინაარსის შესახებ, თუ ისინი არ არის განკუთვნილი მისთვის გასაცნობად. ამგვარი ქმედების განხორციელებისას დგება გსსკ-ის § 202-ით დადგენილი სისხლისსამართლებრივი დასჯადობის საკითხი. გსსკ-ის § 202 მისი სიტყვასიტყვითი შინაარსიდან გამომდინარე, არ მოიცავს ელექტრონულ შეტყობინებებს¹⁸. პირველი აბზაცის ბოლოს მოცემული სუბსიდიარობის დათქმის თანახმად, გსსკ-ის § 202-ით გათვალისწინებული სისხლისსამართლებრივი დასჯადობა ზედმეტია, როდესაც დანაშაულის მიმართ უკვე შესაძლებელია დადგეს გსსკ-ის § 206-ით გათვალისწინებული პასუხისმგებლობა საფოსტო და სატელეკომუნიკაციო მიმონერის საიდუმლოების დარღვევის საფუძველზე.

V. ელექტრონული მიმონერის ფარული თვალთვალი

1. ჩარევა სატელეკომუნიკაციო საუბრის კონფიდენციალურობაში

ელექტრონულ მიმონერაზე ფარული მედამხედველობისას დღის წესრიგში დგება სისხლისსამართლებრივი დასჯადობა გერმანიის ტელეკომუნიკაციების შესახებ კანონის §§ 89, 148-ის და/ან გსსკ-ის § 206-ის მიხედვით¹⁹. თუკი საქმე ეხება ელექტრონული შეტყობინების შინაარსის გაცნობას, მაშინ უნდა შემოწმდეს გერმანიის ტელეკომუნიკაციების შესახებ კანონ-

18 *Kargl* (Fn. 4), § 202 Rn. 6.

19 აღნიშნულთან დაკავშირებით ასევე შეად.: *Cornelius/Tschoepe*, K&R 2005, 269 ff.; *Heidrich/Tschoepe*, MMR 2004, 75; *Hoeren*, NJW 2004, 3513; *Spindler/Ernst*, CR 2004, 437.

ნის შემდეგი პარაგრაფები: 89, 148. აღნიშნულის საპირისპიროდ, თუკი ინფორმაციის სხვაზე გადაცემა განხორციელდა ან ინფორმაციის გაგზავნისთვის ხელის შეშლასთან გვაქვს საქმე, მაშინ სისხლისსამართლებრივი დასჯადობა ხორციელდება გსსკ-ის § 206-ის მიხედვით²⁰. სატელეკომუნიკაციო საიდუმლოების დაცვა, სწორად გამოთქმული მოსამრების თანახმად, ასევე ეხება ელექტრონული შეტყობინებების ურთიერთგაცვლას²¹. ასე რომ E-Mail-ებით განხორციელებული მიმოწერის შემთხვევაშიც სატელეკომუნიკაციო საიდუმლოების დაცვა ხორციელდება²². გსსკ-ის § 201-ის შემადგენლობა ამ შემთხვევაში არ გამოიყენება, ვინაიდან ამ შემადგენლობით მხოლოდ და მხოლოდ არასაჯარო ნათქვამის კონფიდენციალურობაა დაცული²³ და სწორედ ამიტომ ისეთი წარმოუთქმელი ტელეკომუნიკაცია, როგორცაა წაკითხული E-Mail-ები, არ ექცევა ამ მუხლით დაცულ სფეროში²⁴. ელექტრონული მიმოწერის თვალთვალით გსსკ-ის § 202b-ს შემადგენლობაც ხორციელდება (მონაცემების გაცნობა), თუმცა, ფორმალური სუბსიდიარულობის დათქმიდან გამომდინარე, სისხლისსამართლებრივი სხვა მუხლის შემადგენლობის განხორციელების გამო, მისი გამოყენება გამოირიცხება.

2. სპეციალური შემადგენლობა სატელეკომუნიკაციო მომსახურების მიმწოდებელთან მიმართებაში გსსკ-ის § 206-ის მიხედვით და მიმღებ ოპერატორთან მიმართებაში გერმანიის ტელეკომუნიკაციების შესახებ კანონის § 89-ის მიხედვით

გსსკ-ის § 206-ის შემადგენლობა დასჯადობისთვის მოითხოვს, რომ სუბიექტი კომპანია სამეწარმეო საქმიანობის ფორმით ახორციელებდეს საფოსტო და სატელეკომუნიკაციო მომსახურებას. გერმანიის ფოსტის შესახებ კანონის § 4-ის მეოთხე ნაწილისა და გერმანიის ტელეკომუნიკაციების

20 *Eisele* (Fn. 13), S. 97; დაკავშირების მონაცემების გაცემის დასჯადობის თაობაზე იხ. BGH NJW 2013, 402.

21 *Cornelius/Tschoepe*, K&R 2005, 269, 270; *Altenhain*, in: MüKo StGB, Bd. 6/1, 2. Aufl. 2015, § 148 TKG Rn. 9; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 206 Rn. 20; OLG Karlsruhe K&R 2005, 181, 183; a.A. *Kargl* (Fn. 4), § 206 Rn. 31.

22 BVerfGE 120, 274, 306 f.; BVerfG NJW 2009, 2431, 2432.

23 *Kargl* (Fn. 4), § 201 Rn. 2, 5; *Eisele* (Fn. 21), § 201 Rn. 5.

24 *Cornelius*, JZ 2015, 693, 695.

შესახებ კანონის § 3-ის მე-10 ნაწილის შესაბამისად, აღნიშნული სახეზეა მაშინ, როდესაც იგი მესამე პირს სთავაზობს სატელეკომუნიკაციო და ასევე ინფორმაციის გადაცემის სხვაგვარი გზებით განგრძობადი ვადით მომსახურების განხორციელებას. აღსანიშნავია, რომ მოგების მიღების მიზანს მნიშვნელობა არ აქვს²⁵.

ასეთ კომპანიებში მოიაზრებიან, როგორც ტიპური საფოსტო და სატელეკომუნიკაციო მომსახურების განმახორციელებელი კომპანიები, ასევე სხვა საწარმოები, საადვოკატო ფირმები ან საავადმყოფოები, Over-the-top (OTT) მომსახურებების მიმწოდებლები (მაგ. როგორცაა Facebook და WhatsApp)²⁶. ამასთანავე, საჯარო ფორმით მოქმედი ისეთი დაწესებულებები, როგორცაა უნივერსიტეტები (საჯარო-სამართლებრივი კორპორაციები), გსკ-ის § 206-ის გაგებით საწარმოებად გვევლინებიან მაშინ, როდესაც ისინი თავიანთ სატელეკომუნიკაციო მოწყობილობებს მხოლოდ მათთვის დაკისრებული ამოცანების შესასრულებლად კი არ იყენებენ, არამედ როდესაც ისინი სამეცნიერო, სამოხელეო, სტუდენტური, პირადი ან ასევე ეკონომიკური მიზნებისათვის მათ სხვადასხვა მომხმარებელთა ჯგუფებისათვის ხელმისაწვდომს ხდიან²⁷.

3. საფოსტო მიმწერისა და სატელეკომუნიკაციო საიდუმლოებაში ჩარევისას წარმოქმნილი ფაქტობრივი მდგომარეობა

გერმანიის ტელეკომუნიკაციების შესახებ კანონის § 148-ის პირველი აბზაცის პირველი ნაწილი ამავე კანონის § 89-თან ერთობლიობაში მიზნად ისახავს საფოსტო მიმწერისა და სატელეკომუნიკაციო საიდუმლოებაში ჩარევისაგან დაცვას და ზოგადი პირადი უფლების უზრუნველყოფას. თუმცა, გსკ-ის § 202b-სგან განსხვავებით, აქ საქმე ეხება მხოლოდ უკაბელო გზით გადაცემულ შეტყობინებებს²⁸. აღნიშნული გამომდინარეობს

25 *Cornelius*, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 10 Rn. 282; *Wuermeling/Felixberger*, CR 1997, 230 f.

26 *Altenhain*, in: MüKo StGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 206 StGB Rn. 13; *Sassenberg/Lammer*, DuD 2008, 461, 461 f.

27 OLG Karlsruhe MMR 2005, 178, 180; *Altenhain* (Fn. 26), § 206 StGB Rn. 13; *Cornelius/Tschoepe*, K&R 2005, 269; a.A. *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 206 Rn. 2; *Weidemann*, in: BeckOK StGB, 42. Edition 01.05.2019, § 206 StGB Rn. 6.

28 *Altenhain* (Fn. 21), § 148 TKG Rn. 6.

გერმანიის ტელეკომუნიკაციების შესახებ კანონის § 89-იდან, რომელიც კრძალავს უკაბელო სისტემის გამოყენებით შეტყობინებების მოსმენას ან შეტყობინების თაობაზე ამგვარად მოპოვებული ინფორმაციის გადაცემას ან მის მიღებას. ეს ნორმები არ მოიცავს ე.წ. კაბელზე მიბმული საზედა-ხედველო მოწყობილობის გამოყენების შემთხვევას²⁹.

მიუხედავად ამისა, კომპანია, როგორც ოპერატორი, მაინც არ უნდა გაეცნოს იმ ელექტრონული შეტყობინების შინაარსს, რომელიც მისთვის არ არის განკუთვნილი. ამით უკვე გსსკ-ის § 202b-ში მოცემული დანაშაულის შემადგენლობა ხორციელდება. ამასთანავე, არ აქვს მნიშვნელობა ელექტრონული შეტყობინებების უნებართვოდ ნახვა ფარულად მოხდება თუ გსსკ-ის § 202a-ით გათვალისწინებული კოდის მოხსნის გზით.

გარდა ამისა, დასჯადია გსსკ-ის § 206-ის მეორე აბზაცის მეორე ნაწილით გათვალისწინებული შეტყობინების გაგზავნისთვის ხელის შეშლა. აღნიშნულის წინაპირობას წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ კომპანიას შეტყობინებების გაგზავნის უზრუნველყოფა წინასწარ უნდა ჰქონდეს მინდობილი. E-Mail-ების შემთხვევაში გაგზავნისათვის ხელის შეშლის არსებობა შესაძლოა სახეზე გქონდეს, როდესაც შეტყობინებების გაგზავნის, გადაცემის ან მიღების ტექნიკურ პროცესში ხდება ჩარევა სატელეკომუნიკაციო მოწყობილობების გამოყენებით. უფრო ზუსტად თუ ვიტყვით, როდესაც აღნიშნული ქმედებით შეტყობინება სრულყოფილად და დაზიანების გარეშე ვერ აღწევს ადრესატამდე³⁰.

4. ონლაინ-ჩხრეკა და ფარული სატელეკომუნიკაციო თვალთვალი

ინფორმაციას, რომელსაც სისხლისსამართლებრივი დევნის განმახორციელებელი ორგანოები გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 100b-ს შესაბამისად ჩატარებული ონლაინ-ჩხრეკის შედეგად იღებენ, შესაძლოა ასევე გსსკ-ის § 206-ის მეოთხე აბზაცე ეხებოდეს, თუკი ღონისძიების საფუძველზე საფოსტო მიმონერისა და სატელეკომუნიკაციო საიდუმლოებაში ხორციელდება ჩარევა³¹. ონლაინ-ჩხრეკის მეშვე-

29 *Altenhain* (Fn. 21), § 148 TKG Rn. 29 f.; *Cornelius*, JZ 2015, 693, 695; *Graf*, in: BeckOK StPO, 33. Edition 01.04.2019, § 148 TKG Rn. 3; a.A. *Eisele* (Fn. 13), S. 63.

30 *Eisele* (Fn. 21), § 206 Rn. 20b.

31 ონლაინ-ჩხრეკის შესახებ იხ.: *Großmann*, GA 2018, 439.

ობით, შესაძლებელია საინფორმაციო-ტექნოლოგიურ მოწყობილობაზე ჩაწერილი მონაცემების შემოწმება. აღნიშნული არ წარმოადგენს საფოსტო მიმონერასა და სატელეკომუნიკაციო საიდუმლოებაში ჩარევას, რადგან ამ შემთხვევაში სატელეკომუნიკაციო დაკავშირების პროცესი უკვე, როგორც წესი, დასრულებულია³². ამ დროს კი მონაცემები მხოლოდ ადრესატის ბატონობის სფეროში იმყოფება და შესაბამისად, ისინი გერმანიის ძირითადი კანონის მე-10 მუხლის პირველი აბზაცის ან გსსკ-ის § 206-ით დაცულ სფეროში აღარ ექცევიან. თუმცა, ონლაინ-ჩხრეკა გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 100b-ით მოცემული საინფორმაციო-ტექნიკური სისტემების ინფილტრაციის მეშვეობით იძლევა რეალურ დროში განხორციელებული კომუნიკაციის ფარული მიყურადებისა და ჩაწერის შესაძლებლობას. ამით ისევ მივიღვართ გერმანიის ძირითადი კანონის მე-10 მუხლის პირველ აბზაცამდე და გსსკ-ის § 206-მდე³³.

ე.წ. ფარული სატელეკომუნიკაციო თვალთვალი (ე.წ. Quellen-TKÜ-ის შესახებ იხ. გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 100a, პირველი აბზაცის მეორე წინადადება) უზრუნველყოფენ მიმდინარე კომუნიკაციაზე რეალურ დროში მიყურადების განხორციელებას - განსაკუთრებით ნაწილობრივ დაშიფრული საკომუნიკაციო მონაცემების გადაცემისას (მაგ. WhatsApp-ის შემთხვევაში, როგორცაა ე.წ. end-to-end encryption). ამ დროსაც საქმე გვაქვს საფოსტო მიმონერისა და სატელეკომუნიკაციო საიდუმლოებაში ჩარევასთან (გერმანიის ძირითადი კანონის მე-10 მუხლის პირველი აბზაცი)³⁴. გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის § 100a-ს პირველი აბზაცის მესამე წინადადების თანახმად, ე.წ. წყაროებზე სატელეკომუნიკაციო ზედამხედველობისას შესაძლებელია დაშვების მიღება არა მხოლოდ რეალურ დროში მიმდინარე კომუნიკაციის მონაცემებზე, არამედ უკვე კომუნიკაციის დასრულების შემდეგ ჩაწერილ მონაცემებზეც. ამგვარი ჩარევის დროს უნდა შემოწმდეს არა გერმანიის ძირითადი კანონის მე-10 მუხლის პირველი აბზაცი, არამედ საინფორმაციო-ტექნოლოგიური სისტემების კონფიდენციალურობისა და მთლიანობის შესახებ ძირითადი უფლება (რომელიც გამომდინარეობს გერმანიის ძირითადი კანონის მეორე მუხლის პირვე-

32 *Preuß*, Die Kontrolle von E-Mails und sonstigen elektronischen Dokumenten im Rahmen unternehmensinterner Ermittlungen, 2016, S. 140.

33 BT-Drucks. 18/12785, S. 47; *Großmann*, GA 2018, 439, 446 f.

34 შეაღ. *Graf* (Fn. 29), § 100a StPO Rn. 105 f., 109.

ლი აბზაცისა და პირველი მუხლის პირველი აბზაცისაგან)³⁵. ამ გზით მოპოვებული მონაცემების მესამე პირზე (არაუფლებამოსილი) გადაცემის შემთხვევაში, სახეზე გვექნება არა გსსკ-ის § 206-ის მე-4 აბზაცის შემადგენლობა, არამედ (მხოლოდ) გსსკ-ის § 203-ის მეორე აბზაცის პირველი წინადადების პირველი ნაწილის შემთხვევა.

VI. დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული მონაცემებით ვაჭრობა

მონაცემთა შენახვის შესახებ კანონით 2015 წლის 18 დეკემბრიდან გერმანიაში შემოღებულ იქნა შემადგენლობა დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული მონაცემებით ვაჭრობის შესახებ (გსსკ-ის § 202d). კანონმდებელი ამ შემთხვევაში დასჯადად აცხადებს არამართლმოიჭერი გზით მოპოვებული მონაცემების (განსაკუთრებით საკრედიტო ბარათების მონაცემები, Online-Banking-ზე დაშვების მონაცემები, E-Mail-მომსახურების სერვისების ან სოციალური ქსელების შესახებ მონაცემები) გამოყენებას. აღნიშნულით ასევე შესაძლებელია ამ მონაცემების მოპოვებასა და გამოყენებას შორის მყოფი შუამავალი პირების გამოვლენა³⁶. მიუხედავად ამისა, მონაცემთა გადამცემი პირების უამრავი ქმედება შესაძლო თანამსრულებლობისა და თანამონაწილეობის ფორმებით ისედაც უკვე ასახული იყო კანონმდებლობაში. შესაბამისად, ახალი სისხლისსამართლებრივი შემადგენლობის შემოღების ლეგიტიმურობის საკითხი შედარებით სადავოა³⁷. ნორმის მიზნიდან გამომდინარე, დაცულ სიკეთეს წარმოადგენს მონაცემთა საიდუმლოების ფორმალური დაცვა და უფლებამოსილი პირის განკარგვის ფორმალური უფლებამოსილება, რის გამოც იგი შესაბამისობაში მოდის გსსკ-ის § 202a-სა და მის შემდგომ ნორმებთან³⁸.

გსსკ-ის § 202d-ის მიხედვით, სისხლისსამართლებრივი დასჯადობა ეკისრება პირს, რომელიც საჭაროდ ხელმიუწვდომელ და სხვა პირის მიერ მართლსაწინააღმდეგოდ მოპოვებულ „მონაცემებს“ (გსსკ-ის § 202a

35 *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646, 2648.

36 *Stam*, StV 2017, 488, 489.

37 შეად. მოპარული მონაცემების დამუშავების შესახებ ნორმების თაობაზე: *Beck/Meinicke*, CR 2015, 481 f.

38 დეტალურად იხ. BT-Drucks. 18/5088, S. 45; *Kargl* (Fn. 4), § 202d Rn. 5.

მეორე აბზაცი) თავისთვის ან სხვა პირისათვის დაეუფლება, სხვა პირს გადასცემს, დაამუშავებს ან მასზე დაშვებას სხვაგვარად შესაძლებელს გახდის, რათა თავად ან მესამე პირმა მიიღოს სარგებელი ან სხვა პირი რომ დააზიანოს“. მართლსაწინააღმდეგო გზით მოპოვებული მონაცემებით ვაჭრობა, ისევე როგორც დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული ქონების შექმნა, სხვა (წინარე) დანაშაულებთან დაკავშირებულ დელიქტს წარმოადგენს. შესაბამისად, ამ ნორმით დადგენილი სასჯელი არ შეიძლება იმაზე მძიმე იყოს, ვიდრე იმ დანაშაულისათვის შესაძლოა ყოფილიყო გათვალისწინებული, რომელიც მის წინაპირობას წარმოადგენს (მეორე აბზაცი). მესამე აბზაცის მიხედვით, ქმედებები პირველი აბზაცის მიხედვით არ არის სისხლისსამართლებრივად დასჯადი, თუკი ისინი „ემსახურებიან მართლზომიერი სამოხელეო ან პროფესიული მიზნების განხორციელებას“. გსსკ-ის § 202d-ს მესამე აბზაცის მეორე წინადადების თანახმად, კანონმდებელი აღნიშნულის ქვეშ მოიაზრებს „თანამდებობის პირების ან მათი წარმომადგენლების იმ ქმედებებს, რომელთა მეშვეობითაც უნდა განხორციელდეს მონაცემების მხოლოდ შეფასება საგადასახადო პროცესის მიმდინარეობისას, სისხლის სამართალწარმოებისას ან ადმინისტრაციული სამართალწარმოებისას. ასევე აქ მოიაზრება პროფესიული ქმედებები, განხორციელებული გერმანიის საპროცესო კოდექსის § 53-ის პირველი აბზაცის პირველი წინადადების მე-5 ნაწილში ჩამოთვლილი იმ პირების მხრიდან, რომლებიც იღებენ, ამუშავებენ და აქვეყნებენ მონაცემებს.“

VII. დასკვნა

მე-15 თავიდან გამომდინარე შესაძლებელია ითქვას, რომ ზოგადად, მნიშვნელობა არ აქვს მოპოვებული მონაცემების ობიექტურ ღირებულებას. აქ საქმე არ გვაქვს ქონებრივ დანაშაულებებთან. გსსკ-ის §§ 201-202b-ში მოცემული დანაშაულების სუბიექტია ნებისმიერი პირი, ვინც ახორციელებს ჩარევას მსხვერპლის პირად სფეროში. ფორმალურ-სამართლებრივ მდგომარეობაში ჩარევა უკვე საკმარისად მიიჩნევა დანაშაულის დამთავრებისთვის (საიდუმლოების ფორმალური დაცვა მისი შინაარსობრივი

მნიშვნელობისაგან დამოუკიდებლად)³⁹. აღნიშნულის საპირისპიროდ, გსსკ-ის § 206-ის (საფოსტო მიმონერისა და სატელეკომუნიკაციო საიდუმლოების დარღვევა) და გსსკ-ის § 203-ის (პირადი საიდუმლოების დაცვა) შემთხვევებში საქმე გვაქვს განსაკუთრებულ დანაშაულებთან, რომლებიც მიმართულია მხოლოდ და მხოლოდ ერთგულების ვალდებულების მექონე დამნაშავეების მიმართ. ამ პირებმა სამართლებრივი გზით მოიპოვეს სამართლებრივი სიკეთის ობიექტზე წვდომა, თუმცა მათ დაარღვიეს თავიანთი ვალდებულებები და ეს უფლებები ბოროტად გამოიყენეს⁴⁰.

კანონმდებლის მიერ შერჩეული სახელწოდება „ადამიანის პირადი ცხოვრებისა და საიდუმლო სფეროს დარღვევა“ ბუნდოვანია, ვინაიდან, სულ მცირე, იმაზე ვერ მოვახდენთ აპელირებას, რომ დაცვის ქვეშ მხოლოდ ინდივიდუალური პირადი სფერო შეიძლება მოიაზრებოდეს. თუმცა, გერმანიის ძირითადი კანონის პირველი და მეორე მუხლების, ძირითადი უფლების სახით ჩამოყალიბებულ გერმანიის ძირითადი კანონის მე-10 მუხლში მოცემულ საფოსტო მიმონერისა და სატელეკომუნიკაციო საიდუმლოების დაცვას და აგრეთვე ადამიანის უფლებათა დაცვის ძირითადი კონვენციის მე-8 მუხლს შორის არსებულ ცხად კონტექსტს თავისუფლად მივყავართ ინდივიდუალურად განსაზღვრულ სამართლებრივ სიკეთესთან.

წინამდებარე ნაშრომში მხოლოდ ფრაგმენტულად იქნა წარმოდგენილი სატელეკომუნიკაციო თვალთვალის, განსაკუთრებით დაცულ სივრცეებში ვიდეთვალთვალის, უბედური შემთხვევის მსხვერპლის გადაღების, წერილობით და ელექტრონულად განხორციელებული მიმონერის ფარული კონტროლისა და ასევე არამართლზომიერად მოპოვებული მონაცემებით ვაჭრობის შემადგენლობები. აღნიშნული შემადგენლობების განხილვის საფუძველზე დადგინდა, რომ პირადი სფეროს ხელშეუხებლობის უზრუნველსაყოფად სხვადასხვა სახის სისხლის-სამართლებრივი დაცვის მექანიზმი არსებობს. თუმცა, მონაცემთა დამუშავების საინფორმაციო-ტექნოლოგიური შესაძლებლობების სწრაფი ზრდის პარალელურად, კვლავ დგას მონაცემთა შეუზღუდავი მოპოვების, ჩაწერის, გამოყენების ან გადაცემისაგან ეფექტიანი დაცვის მექანიზმების

39 Hoyer (Fn. 4), Vor § 201 Rn. 11.

40 Hoyer (Fn. 4), Vor § 201 Rn. 10.

არსებობის საჭიროება. გარდა ამისა, ასევე აუცილებელია საერთაშორისო დონეზე ერთობლივი ღონისძიებების გატარება.

საარჩევნო სისხლის სამართალი, როგორც დემოკრატიის ქვაკუთხედი

პროფ. დოქტ., საპატიო დოქტ. **მარტინ პაულ ვასმერი**, კიოლნის
უნივერსიტეტი

საარჩევნო დანაშაულები იმ დანაშაულთა კატეგორიას განეკუთვნება, რომელთა ჩადენაც არჩევნებსა და საყოველთაო გამოკითხვებთან დაკავშირებით ხორციელდება. საარჩევნო სისხლის სამართალს გერმანიაში არეგულირებს გსსკ-ის 107-108d პარაგრაფები. საარჩევნო სამართლის მნიშვნელობა განსაკუთრებით დიდია, ვინაიდან არჩევნები და საყოველთაო გამოკითხვები, როგორც ნებისმიერი დემოკრატიის საფუძველი, ხშირად ექცევა მართლსაწინააღმდეგო მანიპულაციების ყურადღების ცენტრში, რის გამოც ისინი სისხლის სამართალმა მაქსიმალურად ყოვლისმომცველად უნდა დაიცვას¹.

I. ზოგადი მიმოხილვა

საარჩევნო დანაშაულები უხეშად შეგვიძლია ორ ჯგუფად დავყოთ: თუკი არჩევნების ან საყოველთაო გამოკითხვის კანონის ფარგლებში ჩატარება გსსკ-ის 107-107c² პარაგრაფებით არის გათვალისწინებული, გსსკ-ის §§ 108, 108a იცავს ხმის მიცემის პროცესის თავისუფლებას და § 108b კი ხმის მიცემის ობიექტურობას³. მაშასადამე, ერთი მხრივ, დაცულია ნების თავისუფლად ფორმირებისა და გამოხატვის საზოგადოებრივი ინტერესი,⁴ ხოლო, მეორე მხრივ, ცალკეული პირების მიერ გადაწყვეტილების თავისუფლებად მიღების შესაძლებლობა.

საარჩევნო დანაშაულების ჩადენას სისხლის სამართალი ეფექტურად უნდა დაუპირისპირდეს. სახელმწიფოს არსებობისათვის მათ განსაკუთ-

1 *Zimmermann*, ZIS 2011, 982.

2 BGHSt 29, 380, 386.

3 BGHSt 33, 336, 338.

4 BGHSt 39, 54, 60.

რებული მნიშვნელობა ენიჭებათ. აღნიშნულზე არანაირ ზეგავლენას არ ახდენს ის ფაქტი, რომ საარჩევნო დანაშაულები გერმანიაში დღეის მდგომარეობით მხოლოდ მცირე პრაქტიკულ მნიშვნელობას ატარებენ. საარჩევნო დანაშაულებს პოლიცია იხილავს, როგორც ე.წ. სახელმწიფო უსაფრთხოების წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებს. შესაბამისად, ამ დანაშაულების სტატისტიკა საჯაროდ ხელმისაწვდომი არ არის. სისხლისსამართლებრივი დევნის სტატისტიკის მიხედვით კი, 2017 წელს „საარჩევნო დანაშაულისათვის“ (გსსკ-ის §§ 107-108b), ექვს სრულწლოვანს (ხუთ მამაკაცსა და ერთ ქალს) დაედო მსჯავრი (რვა გასამართლება; ერთი საქმის წარმოების დროებითი შეჩერება; ერთი გამამართლებელი განაჩენი). განსასჯელების უმეტესობის ასაკი საშუალოზე მეტს შეადგენდა (ერთ შემთხვევაში 25-დან 30 წლამდე; ორ შემთხვევაში 50-60 წლის ასაკის; ორ შემთხვევაში 60-დან 70 წლამდე; ერთ შემთხვევაში 70 წლის ასაკის)⁵. გამოყენებული სასჯელები შედარებით მსუბუქი ხასიათის იყო. ორი პირი დასჯილ იქნა თავისუფლების აღკვეთით პირობითი გამოსაცდელი ვადით, ოთხი პირი კი ფულადი ჭარბით⁶. თავისუფლების აღკვეთის ვადა შეადგენდა ერთ წელზე ნაკლებ პერიოდს (ერთ შემთხვევაში ექვსიდან ცხრა თვემდე პერიოდს; მეორეში კი ცხრა თვიდან ერთ წლამდე პერიოდს); ფულადი ჭარბის დღიური განაკვეთებიც დაბალი იყო (ორ შემთხვევაში 16-დან 30-მდე; ერთ შემთხვევაში 31-დან 90-მდე; ერთ შემთხვევაში 181-დან 360-მდე)⁷. განსჯილი საქმეების ოდენობა ნათელს ხდის, რომ საარჩევნო მანიპულაციები გერმანიაში იშვიათია, რაც ძალიან კარგის ნიშანია! აღნიშნულისგან განსხვავებით, საარჩევნო დანაშაულებს განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭებოდათ 1990-იან წლებში, გერმანიის დემოკრატიული რესპუბლიკის დაშლის შემდგომ, გარდამავალ პერიოდში. გაბატონებული შეხედულების თანახმად,⁸ გერმანიის დემოკრატიული რესპუბლიკის

5 Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2017, S. 26 f., 60 f.

6 Statistisches Bundesamt (Fn. 5), S. 94 f.

7 Statistisches Bundesamt (Fn. 5), S. 162 f., 202 f.

8 გერმანიის დემოკრატიული რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსის § 211 და გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის § 107 შორის არსებულ უმართლობის უწყვეტობას შეეხო BGHSt 39, 54 (65 ff.); აღნიშნული ასევე დადასტურდა: BVerfG NJW 1993, 2524; იხ. ასევე *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, Vor §§ 3-7 Rn. 105; a.A. *Arnold/M. Kühl*, NJ 1992, 476, 478 f.; monografisch *J. Müller*, Symbol 89 – Die DDR-

ადრეულ ეტაპზე ხშირად ვხვდებით არჩევნების გაყალბების შემთხვევებს. ამასთანავე, აღსანიშნავია, რომ განსაკუთრებით საფრთხილოდ მიიჩნევა ხმის მიცემა ფოსტის მეშვეობით, რომელიც უფრო და უფრო ხშირად გამოიყენება. ხმის მიცემის ამ სახის დროს ყველაზე რთულია არსებული დარღვევების გამოვლენა⁹.

II. არჩევნები და საყოველთაო გამოკითხვები (გსსკ-ის § 108d)

გსსკ-ის 107-108c პარაგრაფების მოქმედების სფერო საკმაოდ ვიწროა. § 108d-ის პირველი წინადადების თანახმად, სისხლისსამართლებრივი რეგულაციები მოიცავს არჩევნების შემდეგ სახეებს: სახალხო წარმომადგენლობისა და ევროპარლამენტის არჩევნები¹⁰, ფედერაციაში მიმდინარე სხვა არჩევნები და საყოველთაო გამოკითხვები (ბუნდესტაგი), ფედერალური მიწების (მიწის პარლამენტი, ბრემენისა და ჰამბურგის საქალაქო, ბერლინის სამხარეო პარლამენტის) არჩევნები, კომუნალურ ერთეულებში (თვითმმართველობები, მიწის ცალკეული რაიონები, ოლქები) მიმდინარე არჩევნები, ქვეყნის კონკრეტულ ნაწილებში მიმდინარე არჩევნები და საყოველთაო გამოკითხვები ანდა კომუნალური იურიდიული პირებისა და ასევე სოციალური დაზღვევის პირდაპირი გზით არჩევნები (გერმანიის სოციალური სამართლის კოდექსის § 43 და შემდეგი). მაშასადამე, ნორმებით დაცულია მხოლოდ საყოველთაო არჩევნები და გამოკითხვები. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, პირდაპირი დემოკრატიის ფარგლებში მიღებული გადაწყვეტილებები.

აღნიშნული დანაშაულების მოქმედების სფეროში არ ექცევა სახელმწიფო ორგანოების შიგნით მიმდინარე არჩევნები თუ გამოკითხვები, როგორცაა, მაგ. გერმანიის ფედერალური კანცლერის არჩევა ბუნდესტაგის მიერ. აგრეთვე, გადაწყვეტილებები, რომელთა მიღებაც ხდება არაპირდაპირი დემოკრატიის ფარგლებში. აქ გამოიყენება გსსკ-ის § 108e - ქრთა-

Wahlfälschungen und ihre strafrechtliche Aufarbeitung, 2001.

9 Müller, in: MüKo StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, Vor § 107 Rn. 4.

10 გაბატონებული შეხედულების თანახმად, მხოლოდ გერმანულ დეპუტატთა დაკავშირებით იხ. Kargl, in: NK StGB, 5. Aufl 2017, § 108d Rn. 4; a.A. Anders/Mavany, in: AnwK StGB, 3. Aufl. 2019, § 108d Rn. 3; Zimmermann, ZIS 2011, 982, 983 f.

მის აღება და სათანადო მანდატის მფლობელების მოსყიდვა. გარდა ამისა, აღნიშნული დანაშაულები არ მოიცავს (გამონაკლისს წარმოადგენს სოციალური დაზღვევის პრაიმერი, რომლის დროსაც კანონმდებელი ნების ფორმირებას და ამით თვითმმართველობის ორგანოების შემადგენლობას განსაკუთრებული დაცვის ღირსად მიიჩნევს) საჯარო მართვის ორგანოებში მიმდინარე სხვა სახის არჩევნებს, მაგ. როგორცაა ეკლესიის არჩევნები, საქარხნო კომიტეტების არჩევნები, პროფესიულ და მოქალაქეობრივ ორგანოებში მიმდინარე არჩევნები (ექიმები, ადვოკატები, ხელოსანთა პალატა და ა.შ.). ასევე, იგივე ითქმის, როგორცაა მაგ. სადაზღვევო კომპანიებზე, სახელმწიფოსა და მართლმსაჯულების ორგანოების შიგნით არსებულ გაერთიანებებზე (მაგ. სამოსამართლო კოლეგიები)¹¹. ჩვენი მოსაზრებით, დღეისათვის არსებული კატალოგი უნდა გაფართოვდეს¹², ვინაიდან აღნიშნული არჩევნებიც წარმოადგენენ ფუნქციონირებადი დემოკრატიის გამოხატულებას, რომლებიც იმსახურებენ სისხლისსამართლებრივი გზით დაცვას. ახლანდელისგან განსხვავებით, გსსკ-ის § 108-ის ძველი, 1.10.1953-მდე მოქმედი ვერსია, მოიცავდა „საჯარო საქმეების“ ცნებას, რომელიც საკმაოდ ფართოდ¹³ განიმარტებოდა.

არჩევნების ქვეშ მოიაზრება პირადი გადაწყვეტილებების მიღება, რომლებზე დაყრდნობითაც ხდება ცალკეული პირების არჩევა. საყოველთაო გამოკითხვები კი წარმოადგენს კონკრეტულ საგნობრივ გადაწყვეტილებებს, რომლებიც ზოგადსახელმწიფოებრივ საკითხებს ეხება¹⁴. ფედერალურ დონეზე რეფერენდუმებს მხოლოდ მცირე მნიშვნელობა ენიჭება, რადგან ისინი მხოლოდ ფედერალური მიწების ახლებურ განაწილებასთან დაკავშირებით ინიშნება (გერმანიის ძირითადი კანონის 29-ე, 118-ე და 118a მუხლები). აღნიშნულისგან განსხვავებით, ადგილობრივ, ფედერალური მიწების დონეზე სახალხო ინიციატივებსა და გამოკითხვებს უფრო ხშირად იყენებენ (იხ. ჩრდილოეთ რაინ-ვესტფალიის კონსტიტუციის მეორე მუხლი). იგივე სურათია ადგილობრივ თვითმმარ-

11 BT-Drucks. 7/4122, S. 39.

12 შეად. Härtl, Wahlstraftaten, 2006, S. 171, 200; Kargl (Fn. 10), § 108d Rn. 3; კრიტიკულად: Zimmermann, ZIS 2011, 982, 984.

13 ob. Dreher, JZ 1953, 421, 427 m.w.N.

14 ob. Anders/Mavany (Fn. 10), § 108d Rn. 2.

თველობებშიც (იხ. ჩრდილოეთ რაინ-ვესტფალიის ადგილობრივი თვითმმართველობის შესახებ რეგულაციის 26-ე მუხლი).

გსსკ-ის § 108-ის მეორე წინადადება, დამატებით, ასევე ეხება საარჩევნო წინადადებაზე ხელმოწერას (არჩევნების შესახებ გერმანიის ფედერალური კანონის § 20, მეორე და მესამე აბზაცები) და საყოველთაო ხმის მიცემაზე ხელმოწერას. აღნიშნულით ჯერ კიდევ არჩევნებისა და საყოველთაო ხმის მიცემის წინარე ეტაპზეა გარანტირებული სათანადო სისხლისსამართლებრივი დაცვა.

III. პროცედურის კანონის ფარგლებში ჩატარების უზრუნველყოფა

1. არჩევნებისთვის ხელის შეშლა (გსსკ-ის § 107)

გსსკ-ის § 107 კრძალავს არჩევნებსა და გამოკითხვებზე ზემოქმედებას. აღნიშნულ ნორმა გსსკ-ის § 240-ში მოცემულ იძულებასთან შედარებით უფრო სპეციალურია¹⁵. ხუთ წლამდე ვადით თავისუფლების აღკვეთით ან ფულადი ჯარიმით, განსაკუთრებით მძიმე შემთხვევებში კი მინიმუმ 1 წლის ვადით თავისუფლების აღკვეთით, ისჯება პირი, რომელიც ძალადობით ან ძალადობის მუქარით დაბრკოლებას უქმნის ან ხელს უშლის (პირველი აბზაცი) ან ცდილობს დაბრკოლება შეუქმნას (მეორე აბზაცი) არჩევნებს ან მისი შედეგების დადგენას.

მაშასადამე, დაცულია არჩევნების მთლიანი პროცესი, დაწყებული მისი მომზადებიდან,¹⁶ დამთავრებული მისი შედეგების დადგენით. ქმედება მიმართული უნდა იყოს საარჩევნო პროცედურისაკენ და შესაბამისად, ხელს უნდა უშლიდეს საარჩევნო უფლების მრავალი - კონკრეტულად არაიდენტიფიცირებადი - პირების მიერ განხორციელებას¹⁷. ამომრჩევლის იძულების მუხლი იცავს არჩევნების თითოეულ მონაწილეს (გსსკ-ის § 108). არჩევნების განხორციელების ხელშეშლაში მოიაზრება მისი განხორციელების სრული შეუძლებლობა, მაგ. საარჩევნო უბნის ბლოკირე-

15 *Kargl* (Fn. 10), § 107 Rn. 3.

16 *Eser* (Fn. 8), § 107 Rn. 5; a.A. *Härtl* (Fn. 12), S. 29 ff.; *Müller* (Fn. 9), § 107 Rn. 6.

17 *Eser* (Fn. 8), § 107 Rn. 4.

ბა¹⁸. არჩევნების განხორციელების დაბრკოლებაში კი მოიაზრება ქმედება, რომლის შედეგადაც არჩევნების მიმდინარეობა ფერხდება ან დროში ყოვნდება¹⁹. აქვე იგულისხმება საარჩევნო ბიულეტენების განადგურება ან საარჩევნო ყუთების მოპარვა²⁰.

2. არჩევნების გაყალბება (გსსკ-ის § 107a)

გსსკ-ის § 107a ეხება უშუალოდ არჩევნების ან ხმის დათვლის პროცესზე ზემოქმედებას. ხუთ წლამდე თავისუფლების აღკვეთით ან ფულადი ჯარიმით ისჯება პირი, რომელიც სათანადო უფლების არარსებობის მიუხედავად, მონაწილეობას იღებს არჩევნებში ან სხვაგვარი ქმედებით ცდილობს არჩევნების არასწორი შედეგის გამოწვევას ან შედეგის გაყალბებას (პირველი აბზაცი). სისხლისსამართლებრივად ისჯება ასევე პირი, რომელიც არჩევნების არასწორ შედეგს გამოაცხადებს ან ხელს შეუწყობს არასწორი შედეგების გამოცხადებას (მეორე აბზაცი). თავის მხრივ, დანაშაულის მცდელობაც დასჯადია (მესამე აბზაცი).

აუცილებელია, რომ არჩევნების არასწორი შედეგების გამოწვევა (პირველი აბზაცის პირველი ალტერნატივა) არჩევნების დასრულებამდე მოხდეს. არაუფლებამოსილი პირის მიერ ხმის მიცემაც ამის ერთ-ერთი მაგალითია²¹. აღნიშნული მოიცავს შემთხვევებს, როდესაც დამნაშავე ირჩევს ისე, რომ მას არ აქვს ხმის მიცემის უფლება²², ირჩევს რამდენჯერმე²³ ან სხვისი სახელით²⁴. გარდა ამისა, ამაში იგულისხმება ის შემთხვევებიც, როდესაც დამნაშავე საფოსტო გზის გამოყენებით ხმის მიცემისას საარ-

18 *Bauer/Gmel*, in: LK StGB, Bd. 4, 12. Aufl. 2011, § 107 Rn. 3.

19 *Eser* (Fn. 8), § 107 Rn. 4.

20 *Eser* (Fn. 8), § 107 Rn. 5.

21 BGHSt 29, 380, 383.

22 BGHSt 29, 380, 382.

23 RGSt 37, 297, 298; 37, 380, 384 f.; ასევე, როგორც რამდენიმე ევროკავშირის წევრის სახელმწიფოს მოქალაქე ევროპარლამენტის არჩევნებისას, *Müller* (Fn. 9), § 107a Rn. 11.

24 BGHSt 29, 380, 382.

ჩვენო ხმის მქონე (სხვა) პირის ბიულეტენს თავის გემოზე ავსებს და აგზავნის²⁵. არასწორი შედეგის მიღწევა სხვა ხერხებითაც შეიძლება, რითაც ხმათა სხვაგვარი პროპორცია მიიღება²⁶. მაგ. დამატებითი ბიულეტენების შერევა ან ბიულეტენით უკვე მიცემული ხმის გამოცალკევება, შევსებული ბიულეტენების დარიგება²⁷ ან საარჩევნო ხმის უფლების მქონე პირზე გავლენის სხვაგვარად მოხდენა²⁸. აღნიშნულისგან განსხვავებით, ნორმაში არ მოიაზრება საარჩევნო შედეგებზე არაპირდაპირი ზეგავლენა არჩევნების წინარე ეტაპზე, როგორცაა მაგ. ე.წ. Fake News-ების და Social Bot-ების გამოყენება²⁹. მანიპულაციის აღნიშნული ფორმებიდან მომდინარე მზარდ საფრთხეებს დღეისათვის არსებული სისხლისსამართლებრივი ნორმები ვერ უპირისპირდება.

ზემოაღნიშნულისგან განსხვავებით, საარჩევნო შედეგების გაყალბების (პირველი აბზაცის მეორე ალტერნატივა) წინაპირობას წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ არჩევნები, როგორც ასეთი, უკვე დასრულებული უნდა იყოს. მანიპულაციები შესაძლოა გამოიხატოს, მაგ. საარჩევნო ბიულეტენების ამოღებაში ან დამატებაში, მათ არასწორ დათვლაში, ოქმის არასწორად შედგენაში ან სათანადო ძალის არმქონე საარჩევნო ბიულეტენების ძალის მქონედ ჩათვლაში³⁰.

დადგენილი წესების მიხედვით ჩატარებული არჩევნების შედეგის არასწორად გამოცხადება ან არასწორად გამოცხადებისათვის ხელის შეწყობა (მეორე აბზაცი) შესაძლოა განახორციელოს მხოლოდ ისეთმა პირმა, რომელსაც გააჩნია არჩევნების შედეგების საყოველთაო გაცნობის ოფიციალური უფლებამოსილება. აქედან გამომდინარე, პარტიების თავმჯდომარეები ან ჟურნალისტები, რომლებიც არასწორ შედეგებს ავრცელებენ, სისხლისსამართლებრივად არ ისჯებიან. გარდა ამისა, გაბატო-

25 BGH NJW 2011, 2448.

26 OLG Celle BeckRS 2012, 01600; OLG Zweibrücken NStZ 1986, 554, 555; *Eser* (Fn. 8), § 107a Rn. 5.

27 *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 107a Rn. 4.

28 OLG Zweibrücken NStZ 1986, 554; OLG Koblenz NStZ 1992, 134.

29 *Liberius*, ZUM 2018, 20, 24; *Sinn*, in: SK StGB, 9. Aufl. 2018, § 107a Rn. 4.

30 *Kargl* (Fn. 10), § 107a Rn. 4.

ნებული შეხედულების თანახმად, სუბიექტთა წრე³¹ არ მოიცავს იმ პირს, რომელიც ამ უფლებამოსილებას უბრალოდ საკუთარ თავზე მიიწერს.

3. საარჩევნო დოკუმენტების გაყალბება (გსსკ-ის § 107b)

გსსკ-ის § 107b გსსკ-ის § 107a-სთან ერთად წარმოადგენს დამხმარე სახის ნორმას, რომელიც დასჯადად მიიჩნევს განსაკუთრებით საშიშ მოსაზრებულ ქმედებებს. სასჯელის ზომა საკმაოდ მცირეა. კერძოდ, გათვალისწინებულია ექვს თვემდე ვადით თავისუფლების აღკვეთა ან ფულადი ჯარიმა.

ნორმა, პირველ რიგში, ეხება საარჩევნო სიით მანიპულირებას (პირველი აბზაცის 1-3 ნაწილები). ამ დროს დამნაშავეს ამომრჩეველთა სიაში (საარჩევნო ბარათზე) საკუთარ თავზე შეაქვს (არჩევნების შესახებ გერმანიის ფედერალური კანონის § 17 და ფედერალური არჩევნების შესახებ რეგულაციის § 14) მცდარი მონაცემები (მაგ. ასაკი, მოქალაქეობა, ცხოვრების ხანგრძლივობა) (პირველი ნაწილი). გარდა ამისა, შესაძლოა დამნაშავემ საარჩევნო სიაში ჩაწეროს სხვა პირი, რომელსაც არ აქვს საარჩევნო სიაში ყოფნის უფლებამოსილება (მეორე ნაწილი). ან ის ხელს უშლიდა საარჩევნო უფლების მქონე პირის ამომრჩევლად დარეგისტრირებას, მიუხედავად იმისა, რომ იგი ფლობს ინფორმაციას ამ პირის არჩევნებში მონაწილეობის უფლების შესახებ (მესამე ნაწილი). სოციალური დაზღვევის არჩევნებისას საარჩევნო დოკუმენტების მომზადება გათანაბრებულია საარჩევნო სიაში შეტანასთან (მეორე აბზაცი), რადგან ამ დროს არ ხდება საარჩევნო სიების წარმოება. გარდა ამისა, ნორმა მოიცავს სხვაგვარ მანიპულაციებს, მიმართულს არჩევადობისადმი (პირველი აბზაცის მეოთხე ნაწილი), როცა დამნაშავე კანდიდატად ცდილობს თავის წარმოჩენას, მიუხედავად იმისა, რომ მისი არჩევა დაუშვებელია.

31 *Eser* (Fn. 8), § 107a Rn. 7; anders *BT-Drucks. I/1307 S. 41*; *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 107a Rn. 3.

4. არჩევნების ფარულობის დარღვევა (გსსკ-ის § 107c)

გსსკ-ის § 107c ხელს უწყობს საარჩევნო ფარულობის დაცვას. ორ წლამდე ვადით თავისუფლების აღკვეთით ან ფულადი ჯარიმით ისჯება პირი, რომელიც უხეშად არღვევს მასთან დაკავშირებულ სამართლებრივ ნორმებს. დამნაშავე ამ დროს გამიზნულად უნდა მოქმედებდეს, რათა თვითონ გაიგოს ან სხვას მიაწოდოს ინფორმაცია იმის თაობაზე, თუ ვისთვის იქნა ხმა მიცემული.

არჩევნების დაცვის შესახებ ნორმებს შეიცავენ როგორც არჩევნების შესახებ კანონები, ისე ფედერალურ და მიწების დონეზე არსებული სათანადო დებულებები. ამგვარად, მაგ. არჩევნების შესახებ გერმანიის ფედერალური კანონის § 33-ის პირველი აბზაცის მიხედვით, აუცილებელია გატარებულ იქნას სათანადო ღონისძიებები იმისათვის, რომ ამომრჩევლებმა საარჩევნო ბიულეტენის შემოხაზვა და დაკეცვა ყოველგვარი გარე ზედამხედველობის გარეშე შეძლონ, მაგ. საარჩევნო კაბინების გამოყენებით (ფედერალური არჩევნების შესახებ რეგულაციის § 50); საარჩევნო ბიულეტენების მისაღებად უნდა მოხდეს საარჩევნო ურნების გამოყენება (ფედერალური არჩევნების შესახებ რეგულაციის § 51). არჩევნების შესახებ გერმანიის ფედერალური კანონის § 34-ის მიხედვით, არჩევა უნდა განხორციელდეს ოფიციალური საარჩევნო ბიულეტენის გამოყენებით, რომელიც მერე ამომრჩეველმა ისე უნდა გადაკეცოს, რომ არ ჩანდეს, თუ ვის მისცა ხმა (ფედერალური არჩევნების შესახებ რეგულაციის § 56-ის მეორე აბზაცის პირველი წინადადება); საარჩევნო კაბინაში დაუშვებელია ფოტო- და ვიდეოგადაღება (ფედერალური არჩევნების შესახებ რეგულაციის § 56-ის მეორე აბზაცის მეორე წინადადება); ამასთან, საარჩევნო კაბინაში მხოლოდ ერთი ამომრჩევლის ყოფნა დაიშვება (ფედერალური არჩევნების შესახებ რეგულაციის § 56-ის მეორე აბზაცის მესამე წინადადება). ფედერალური არჩევნების შესახებ რეგულაციის § 45-ის მიხედვით, საარჩევნო ბიულეტენის ქალაქი იმგვარი სახის უნდა იყოს, რომ ამომრჩევლის მიერ მისი შემოხაზვისა და დაკეცვის შემდეგ, სხვა პირებმა ვერ შეძლონ დაადგინონ, თუ ვის მისცა მან ხმა. ამავე რეგულაციის § 57-ის მესამე აბზაცის მიხედვით, პირები, რომლებიც ამომრჩევლებს ეხმარებიან ხმის მიცემის პროცესში შესაძლო წინაღობების გადალახვაში,

ვალდებულნი არიან საიდუმლოდ შეინახონ ის ინფორმაცია, რომელსაც ისინი ამ პროცესში იღებენ.

სისხლისსამართლებრივი დაცვის დღეისათვის არსებული მექანიზმი ფრაგმენტულია და არ მოიცავს ყველა ქმედებას, რითაც შესაძლებელია ფარულობის დარღვევა. ასეთია მაგ. შემთხვევა, როდესაც ამომრჩეველზე ხორციელდება თვალთვალი საფოსტო გზით ხმის მიცემისას გასაგზავნი დოკუმენტების შევსებისას³². დასჯადი არ არის აგრეთვე ნათესავის მიერ განხორციელებული მოკვლევა³³. გარდა ამისა, დასჯადობის წინაპირობაა ის ფაქტი, რომ დამნაშავე და ამომრჩეველი არ უნდა წარმოადგენდნენ ერთსა და იმავე პირს. აქედან გამომდინარე, საკუთარი ბიულეტენისათვის ფოტოს გადაღება სოციალურ ქსელში გამოქვეყნების მიზნით და მისი თანამდევი გამოქვეყნება ჯერ კიდევ არ განეკუთვნება დასჯად ქმედებას³⁴. და ბოლოს, დასჯადი არაა შემთხვევა, როცა პირი სხვის მიერ ხმის მიცემის თაობაზე მიიღებს ინფორმაციას ამის წინასწარი მიზნის გარეშე³⁵.

IV. გადაწყვეტილების მიღების თავისუფლებისა და ობიექტურობის დაცვა

1. ამომრჩევლის იძულება (გსსკ-ის § 108)

განსხვავებით გსსკ-ის § 107-ისგან, რომელიც არჩევნების მთლიან პროცესს ეხება, გსსკ-ის § 108 იცავს საარჩევნო უფლების მქონე ცალკეული პირების გადაწყვეტილების მიღების თავისუფლებას იმასთან დაკავშირებით, მისცენ თუ არა ხმა საერთოდ არჩევნებზე და თუ კი - როგორ. გაბატონებული შეხედულების თანახმად,³⁶ აღნიშნული ნორმა ასევე გსსკ-ის § 240-ზე წინ დგას. ხუთ წლამდე ვადით თავისუფლების აღკვეთით ან ფულადი

32 OLG Celle NdsRpfl. 1961, 134.

33 სხვა დაცვითი ნორმების მიღების აუცილებლობის შესახებ იხ. *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 107c Rn. 2; *Müller* (Fn. 9), § 107c Rn. 3.

34 *Valerius*, in: BeckOK StGB, 40. Edition 01.11.2018, § 107c Rn. 2.

35 *Kargl* (Fn. 10), § 107c Rn. 3; a.A. *Anders/Mavany* (Fn. 10), § 107c Rn. 4; გასათვალისწინებელია (ასევე) დასჯადობა გსსკ-ის § 203 მეორე აბზაცის მიხედვით.

36 *Kargl* (Fn. 10), § 108 Rn. 7; a.A. *Fischer* (Fn. 31), § 108 Rn. 2.

ჯარიმით ისჯება პირი, რომელიც მართლსაწინააღმდეგოდ, ზეგავლენის მომხდენი ძალადობის, პროფესიული ან ეკონომიკური დამოკიდებულების ან სხვაგვარი ეკონომიკური ზეწოლის გამოყენებით ახდენს ამომრჩევლის იძულებას ან ხელს უშლის მას არჩევანის გაკეთებაში ან საკუთარი საარჩევნო უფლების გამოყენებაში (ან როცა აღნიშნულის მცდელობას აქვს ადგილი; მეორე აბზაცი). განსაკუთრებით მძიმე შემთხვევებში თავისუფლების აღკვეთის სასჯელი შესაძლოა ერთიდან ათ წლამდე მერყეობდეს. დანაშაული უნდა იყოს მართლსაწინააღმდეგო. ამასთანავე, გაბატონებული შეხედულების თანახმად,³⁷ ყურადღება უნდა გამახვილდეს გსკ-ის § 240-ის მეორე აბზაცში მოცემულ ე.წ. დასაძრახობის დათქმაზე.

ეკონომიკური ზეწოლა, როგორც ხერხი, გაბატონებული შეხედულების თანახმად,³⁸ დამოუკიდებელი სახით არ გვხვდება, რადგან ის მუქარის ქვეშ ისედაც მოიაზრება. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით,³⁹ აუცილებელია, რომ ზეწოლა ერთმნიშვნელოვან მითითებას წარმოადგენდეს. თუმცა, ყოვლისმომცველი დაცვის არსებობის ინტერესიდან გამომდინარე, შესაძლოა საკმარისად ჩაითვალოს კონკრეტული ეკონომიკური ზარალის მიყენების მუქარა, რაც ამომრჩეველთა კონკრეტულად განსაზღვრულ ჯგუფზე ზეგავლენას მოახდენდა⁴⁰. აქედან გამომდინარე, დანაშაულის შემადგენლობა განხორციელებულად ითვლება, როდესაც კომპანია აანონსებს, რომ არჩევნების კონკრეტული შედეგის დადგომის შემთხვევაში იგი თავის საწარმოს მთლიანად ან ნაწილობრივ სხვაგან გადაიტანს, გააუქმებს ან დასაქმებულებს გაათავისუფლებს⁴¹. აღნიშნულისგან განსხვავებით, დანაშაულის შემადგენლობა არ მოიცავს უბრალო გაფრთხილებებს (პოლიტიკოსე-

37 *Eser* (Fn. 8), § 108 Rn. 6; krit. *Kargl* (Fn. 10), § 108 Rn. 6; *Müller* (Fn. 9), § 108 Rn. 14; a.A. *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 108 Rn. 5; *Sinn* (Fn. 29), § 108 Rn. 5.

38 *Fischer* (Fn. 31), § 108 Rn. 3; a.A. *Kühl*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl. 2018, § 108 Rn. 2.

39 BVerfGE 66, 369, 384; zust. *Fischer* (Fn. 31), § 108 Rn. 4; *Sinn* (Fn. 29), § 108 Rn. 3; *Vogler*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. 2019, § 108 Rn. 3.

40 *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 108 Rn. 3; *Eser* (Fn. 18), § 108 Rn. 6; *Kargl* (Fn. 10), § 108 Rn. 3; *Oppermann*, JuS 1985, 519, 521 f.

41 *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 108 Rn. 3; *Zimmermann*, ZIS 2011, 982, 989 Fn. 82.

ბის, საწარმოების მხრიდან) კონკრეტულ არჩევნებს თანამდევნი ზოგადი ეკონომიკური შედეგების თაობაზე⁴².

2. ამომრჩევლის შეცდომაში შეყვანა (გსსკ-ის § 108a)

გსსკ-ის § 108a არა მხოლოდ გადაწყვეტილების თავისუფლად მიღების შესაძლებლობას, არამედ, გაბატონებული შეხედულების თანახმად,⁴³ არჩევნების შედეგების გაყალბების თავიდან აცილებასაც ეხება. ორ წლამდე ვადით თავისუფლების აღკვეთით ან ფულადი ჯარიმით ისჯება პირი, რომელიც კონკრეტული ამომრჩევლის შეცდომაში განზრახ შეყვანით ახერხებს, რომ იგი ხმის მიცემისას ცდება საკუთარი ნების შინაარსში ან საკუთარი სურვილის წინააღმდეგ ირჩევს ან მის მიერ გაკეთებული არჩევანი არ არის სამართლებრივი ძალის მქონე (პირველი აბზაცი). ამ დანაშაულის მცდელობაც სისხლისსამართლებრივად დასჯადია (მეორე აბზაცი). ნორმას პრაქტიკული მნიშვნელობა აქვს საარჩევნო უფლების მქონე იმ პირისათვის, რომელიც არჩევნებისას საჭიროებს რჩევას ან დახმარებას, განსაკუთრებით სათანადო ცოდნის არარსებობის, უძლურობის ან უნარშემზღველობის გამო⁴⁴.

საკუთარი ნების გამოვლენაში შეცდომასთან (პირველი ალტერნატივა) გვაქვს საქმე, როდესაც შეცდომაში წინასწარ გაზრახ შეყვანილი ამომრჩეველი საარჩევნო ბიულეტენზე მისი სურვილის შეუსაბამოდ ხაზავს კონკრეტულ გრაფას ან მისი სურვილის საწინააღმდეგოდ ისე აძლევს ხმას, რომ ამას თავად ვერც კი აცნობიერებს⁴⁵. მეორე ალტერნატივა შეცდომაში შეყვანილი პირი, რომელიც საერთოდ ვერ იღებს მონაწილეობას არჩევნებში, ვინაიდან სწორედ შეცდომის გამო არჩევნების თარიღს გამოტოვებს⁴⁶. დანაშაულის მესამე ალტერნატივა ამომრჩევლის შეც-

42 Müller (Fn. 9), § 108 Rn. 11.

43 BGHSt 9, 338, 340; Eser (Fn. 8), § 108a Rn. 1; a.A. (Allgemeininteresse Schutzreflex) Anders/Mavany (Fn. 10), § 108a Rn. 1; Kargl (Fn. 10), § 108a Rn. 1; (Allgemeininteresse im Vordergrund) Sinn (Fn. 29), § 108a Rn. 1.

44 Eser (Fn. 8), § 108a Rn. 1.

45 BGHSt 9, 338.

46 Eser (Fn. 8), § 108a Rn. 2.

დომში შეყვანა ისე, რომ მან პროცედურულად არასწორად მისცეს ხმა, მაგ. რამდენჯერმე შემოხაზოს საარჩევნო ბიულეტენი, რითაც მას ძალა ეკარგება. ზემოაღნიშნული ნორმა არ მოიცავს შემთხვევებს, როდესაც პირს ცრუ საარჩევნო პროპაგანდა აიძულებს კონკრეტული სუბიექტის სასარგებლოდ მისცეს ან არ მისცეს ხმა. აღნიშნული უნდა შეფასდეს, როგორც შეცდომა მოტივში⁴⁷. არსებული სისხლისსამართლებრივი ნორმები მანიპულაციის ამ ფორმებთან მიმართებით არ ითვალისწინებენ სათანადო დაცვის მექანიზმს.

3. ამომრჩევლის მოსყიდვა (გსსკ-ის § 108b)

გსსკ-ის § 108b კორუფციისგან დამცავი ნორმაა. პირველი აბზაცი ეხება ე.წ. „ხმების მყიდველს“. ხუთ წლამდე ვადით თავისუფლების აღკვეთით ისჯება პირი, რომელიც სხვა პირს საჩუქრებს ან სხვა სახის სარგებელს პპირდება ან აძლევს, თუკი იგი ხმის მიცემის უფლებას გამოიყენებს მისი სურვილის შესაბამისად. მეორე აბზაცი კი ეხება ე.წ. „ხმების გამყიდველს“, მაშასადამე, საარჩევნო ხმის უფლების მქონე პირს, რომელიც ითხოვს საჩუქრებს ან სხვა სარგებელს, იღებს დაპირებას ან აღნიშნულ სარგებელს. დასჯადობის წინაპირობას წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ არჩევნები ჯერ კიდევ წინ არის („ავირჩევ“) და სახეზე გვაქვს შეთანხმება უმართლობის თაობაზე („აღნიშნულისათვის“). შესაბამისად, აუცილებელია, რომ „მყიდველსა“ და „გამყიდველს“ შორის არსებობდეს ან დამყარდეს პირადი კავშირი, რომელიც საბოლოოდ მიგვიყვანს სარგებლის მიღების (თუნდაც მხოლოდ ემოციური სახის) დავალდებულებამდე⁴⁸.

ზემოაღნიშნულისგან განსხვავებით, ნორმა არ მოიცავს პირთა განუსაზღვრელი ჯგუფების მიმართ განხორციელებულ დაპირებებს ან შემოწირულობებს, იმის მიუხედავადაც კი, რომ არჩევნებზე არსებითი გავლენა მხოლოდ ხმის მიცემის უფლების მქონე პირთა ფართო მასაზე ზემოქმედების შედეგად შეიძლება განხორციელდეს. შესაბამისად, საარჩევნო პო-

47 BGHSt 9, 338, 339.

48 BGHSt 33, 336, 339; *Eser* (Fn. 8), § 108b Rn. 2; *Kargl* (Fn. 10), § 108b Rn. 2; *Müller* (Fn. 9), § 108b Rn. 6.

ლიტიკური დაპირება, რომელიც პირადად ვინმესკენ არ არის მიმართული, არ ექცევა დანაშაულის შემადგენლობის ფარგლებში⁴⁹. მსგავს დაპირებას მნიშვნელობა შესაძლოა ჰქონდეს გადასახადების დაწვევასთან ან საერთოდ დავალიანებისგან გათავისუფლებასთან დაკავშირებით. იგივე მოქმედებს საარჩევნო კანდიდატებთან დაკავშირებული ნებისმიერი იმ ღონისძიების მიმართ, რომელიც შესაძლოა კონკრეტული საარჩევნო გადაწყვეტილების ინიცირებისთვის გამოიყენებოდეს და უფლებამოსილების მართლზომიერი განხორციელების ფარგლებში დასაშვებად მიიჩნეოდეს⁵⁰. გამომდინარე იქიდან, რომ ამას ემოციური ვალდებულების წარმოქმნა არ სდევს თან, ნორმის შემადგენლობა არ მოიცავს მცირე ღირებულების საჩუქრების წინასწარ დარიგებას (მაგ. საწერი კალმები; ბუშტები) ე.წ. „ქუჩის საარჩევნო ბრძოლაში“⁵¹. ამ შემთხვევაში „სოციალური ადეკვატურობის“⁵² თვალსაზრისით არაა სამართლებრივი ჩარევა აუცილებელი. და ბოლოს, ნორმის შემადგენლობა არ მოიცავს საჭაროდ ფულის დაპირებას არჩევნებში მხოლოდ მონაწილეობის მიღების სანაცვლოდ, ვინაიდან აღნიშნულს თან არ ახლავს საკმარისი მოლოდინი იმის თაობაზე, რომ ამომრჩევლები ხმას მაინცდამაინც კონკრეტულ სუბიექტებს მისცემენ⁵³.

V. პროცესუალური საკითხები

სისხლის სამართლის პროცესში დროდადრო ისმის კითხვა, წარმოდგენილი კონკრეტული ღონისძიებები არის თუ არა დასაშვები ან არსებობს თუ არა საფუძველი მტკიცებულებების დაუშვებლად ცნობის თაობაზე.

49 *Müller* (Fn. 9), § 108 Rn. 6.

50 *Kargl* (Fn. 10), § 108b Rn. 3.

51 *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 108b Rn. 2; *Müller* (Fn. 9), § 108 Rn. 6; შვაბი დიასახლისებისთვის სამზარეულოს დასაჭრელი ხის დაფების დარიგების თაობაზე იხ. BVerfGE 21, 196 ff.

52 Hierfür *Anders/Mavany* (Fn. 10), § 108b Rn. 3; *Eser* (Fn. 8), § 108b Rn. 2; *Fischer* (Fn. 31), § 108b Rn. 3; *Vogler* (Fn. 39), § 108b Rn. 4.

53 *Fischer* (Fn. 31), § 108b Rn. 2.

გამოძიების ფარგლებში პირად დღიურში განხორციელებული ჩანაწერების ჩამორთმევა, პირად ცხოვრებაში ჩარევის ხარისხის გამო არათანაზომიერია, თუკი გამოსაძიებელი დანაშაულის კატეგორია გადაცდომას მიეკუთვნება და იგი მძიმე კრიმინალად არ მიიჩნევა⁵⁴. შესაბამისად, აღნიშნული ღონისძიებები დაიშვება მხოლოდ არჩევნებისათვის ხელის შეშლის ან ამომრჩევლის იძულების განსაკუთრებით მძიმე შემთხვევებისას (გსსკ-ის § 107, 108).

გსსკ-ის § 107-108-ში მოცემულ დანაშაულებზე სისხლის სამართალწარმოებისას შესაძლოა დღის წესრიგში დადგეს ამომრჩევლის მიერ მიცემული ხმის შინაარსის თაობაზე მტკიცებულების წარმოდგენის საკითხი. თუმცა, ამ დროს, მტკიცებულების ამოღების აკრძალვის საკითხი წამოიჭრება⁵⁵, ვინაიდან საარჩევნო საილუმლოს მიმართ კონსტიტუციურსამართლებრივი დაცვის მექანიზმი მოქმედებს (ბუნდესტაგის არჩევნებთან დაკავშირებით იხ. გერმანიის ძირითადი კანონის 38-ე მუხლის პირველი აბზაცის პირველი წინადადება). ამას რომ ასე ფართოდ მივუდგეთ, მივიღებთ აბსურდულ მდგომარეობას და სისხლისსამართლებრივი ნორმების არსებობას აზრი დაეკარგება. აქედან გამომდინარე, გაბატონებული შეხედულების თანახმად, სამართალმა აირჩია შუალედური გზა და ამომრჩევლებს მიანიჭა ჩვენების მიცემაზე უარის თქმის არა ყოვლისმომცველი⁵⁶, არამედ ხმის მიცემის შინაარსთან დაკავშირებით ცალკეული ინფორმაციის გაცემაზე უარის თქმის უფლება⁵⁷.

VI. საარჩევნო უფლების დაკარგვა (გსსკ-ის § 108c)

თუკი დამნაშავეს გსსკ-ის § 107, 107a, 108 ან 108b-ს შესაბამისად დაეკისრება თავისუფლების აღკვეთა მინიმუმ ექვსი თვის ვადით, გსსკ-ის 108c-ის მიხედვით, სასამართლომ შესაძლოა დამატებითი სანქციის სახით მას ჩამოართვას არჩევნებში კანდიდატად მონაწილეობის უფლება (პასიუ-

54 Zu § 107a StGB VerfGH Berlin NJW 2004, 593.

55 აღნიშნულთან დაკავშირებით იხ. *Böckenförde*, NJW 1967, 239.

56 *Tiedemann*, NJW 1967, 1013, 1014; ეთანხმება: *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 107c Rn. 4; *Härtl* (Fn. 12), S. 258 ff.

57 იხ. *Müller* (Fn. 9), § 107c Rn. 7; ღიად იქნა დატოვებული: BGHSt 29, 380, 386.

რი საარჩევნო უფლება, § 45, მეორე აბზაცი) და არჩევნებში ხმის მიცემის უფლება (აქტიური საარჩევნო უფლება § 45, მეხუთე აბზაცი). სასამართლოს შეუძლია ამ უფლებების ცალ-ცალკე ჩამორთმევა⁵⁸. გაბატონებული შეხედულების თანახმად, ამ შემთხვევაში საქმე გვაქვს დამატებით სასჯელთან, რომლებიც „ოპტიკური საფუძვლებიდან გამომდინარე“⁵⁹ შეგვიძლია დანაშაულის გვერდით შედეგებად მოვიხსენიოთ. მათი დანიშვნისას (მინიმუმ 2 და მაქსიმუმ 5 წლის ვადით) სასჯელის შეფარდების ზოგადი წესები გამოიყენება. სახელწოდებაზე დავა მიმდინარეობს იმის გამო, რომ არ არსებობს ერთიანი მოსაზრება იმის შესახებ, საერთოდ უნდა გამოიყენებოდეს თუ არა ამგვარი სანქციები⁶⁰. ჩვენი მოსაზრებით, აღნიშნულის სასარგებლოდ მეტყველებს სწორედ ის გარემოება, რომ საზოგადოების დაცვის მიზნებიდან გამომდინარე, სრულიად სამართლიანია მძიმე საარჩევნო დანაშაულის ჩამდენ პირს გარკვეული დროით ჩამოერთვას საარჩევნო უფლება. მას ამით ეზღუდება საარჩევნო დანაშაულების ჩადენის შესაძლებლობა. თუმცა, აქვე უნდა ითქვას, რომ სასამართლო პრაქტიკაში საარჩევნო უფლების ჩამორთმევა დიდად რელევანტური არ არის.

VII. დასკვნები

1. მიუხედავად იმისა, რომ საარჩევნო დანაშაულების პრაქტიკული მნიშვნელობა ფუნქციონირებად დემოკრატიაში მცირეა, მათზე უარის თქმა გამორიცხებულია.
2. გერმანული საარჩევნო დანაშაულები თანმიმდევრულად იცავენ მხოლოდ საყოველთაო არჩევნებსა და საყოველთაო გამოკითხვებს. არაპირდაპირი არჩევნებისა და საყოველთაო გამოკითხვების მანიპულაციებისგან დაცვა სხვა გზით უნდა განხორციელდეს. სხვა საჯარო დაწესებულებებში მიმდინარე არჩევნებიდან მხოლოდ სოციალური დაზღვევის არჩევნები ექცევა სისხლისსამართლებრივი დაცვის ქვეშ.

58 *Kühl* (Fn. 38), § 108c Rn. 1.

59 *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 180c Rn. 1; *Kühl* (Fn. 38), § 45 Rn. 3.

60 *Kühl* (Fn. 38), § 45 Rn. 6.

ამდენად, სასურველია სისხლისსამართლებრივი შემაღვენლობების სხვა სფეროებზე განვრცობაც.

3. საარჩევნო დანაშაულები იცავენ ზოგად და იმავდროულად ინდივიდუალურ ინტერესებს, ვინაიდან ისინი როგორც არჩევნებისა და საყოველთაო გამოკითხვების, ასევე არჩევნებში მონაწილეობის უფლების მქონე პირების გადანწყვეტილების თავისუფლებასა და ობიექტურობას ემსახურებიან.
4. გსსკ-ის §§ 107-108b საკმარისად იცავენ მინიმუმ მათი შემაღვენლობის ქვეშ მოქცეულ არჩევნებსა და საყოველთაო გამოკითხვებს გაყალბებისგან, იძულებისგან, მოტყუებისგან, კორუფციისა და საარჩევნო უფლების საიდუმლოების დარღვევისგან.
5. ე.წ. Fake News-ებს და Social Bots-ებს, ცრუ საარჩევნო პროპაგანდასა და საექვო პოლიტიკურ დაპირებებს სამართალი დღეის მდგომარეობით ვერ უმკლავდება.

სატრანსპორტო დანაშაულები და ბრალის პრინციპი გერმანიაში

პროფ. ინგვე გიოკენიანი, ბოხუმის რურის უნივერსიტეტი

I. შესავალი

წინამდებარე სტატიის სათაურში სატრანსპორტო დანაშაულებისა და ბრალეულობის პრინციპის სახით წარმოდგენილია ერთდროულად ორი ძალიან მნიშვნელოვანი თემა, რომლებიც თავიანთი შეხების წერტილებიდან გამომდინარე მრავალმხრივ კითხვებს ბადებენ. წარმოდგენილი ნაშრომი სწორედ ამ საკითხების ურთიერთმიმართებას ეხება. პირველ რიგში, ნაშრომი მიმოიხილავს ბრალის პრინციპის გერმანულ სამართალში არსებულ გაგებას (II), რითაც, თავის მხრივ, საქართველოში არსებულ სამართლებრივ მდგომარეობასთან შედარების შესაძლებლობაც მოგვეცემა. აღნიშნულს თან მოჰყვება სატრანსპორტო დანაშაულების ზოგადი მიმოხილვა (III) და საბოლოოდ, ყურადღებას გვაგამახვილებთ გაუფრთხილებლობასთან დაკავშირებით არსებულ სპეციფიკურ პრობლემებზე (IV).

თემატიკის უკეთ წარმოსაჩინად აუცილებელია შესავალშივე განხილულ იქნას ბერლინის ე.წ. „Raser-Fall“¹-ის სახელით ცნობილი შემთხვევა, რომელმაც გერმანულ მედიაში დიდი ვნებათაღელვა გამოიწვია. ხსენებული საქმე ნათლად წარმოაჩინს როგორც ბრალის პრინციპის, ისე სატრანსპორტო დანაშაულების მნიშვნელობას.

2016 წელს ორმა ახალგაზრდა მამაკაცმა ქ. ბერლინში შუალამისას სპონტანურად გადაწყვიტა, რომ თავიანთი სწრაფმავალი ავტომანქან-

1 საქმესთან დაკავშირებით შეად. ბერლინის მიწის სასამართლოს 2017 წლის 27 თებერვლის პირველი გადაწყვეტილება NStZ 2017, 471, გერმანიის ფედერალური უზენაესი სასამართლოს 2018 წლის 1 მარტის გადაწყვეტილება, BGHSt 63, 88 და ასევე ბერლინის მიწის სრულიად ახალი (ჯერ კიდევ სამართლებრივი ძალის არმქონე) 2019 წლის 26 მარტის გადაწყვეტილება (გადაწყვეტილების წერილობითი დასაბუთება ჯერჯერობით არ არის წარმოდგენილი).

ბის მეშვეობით მოეწყოთ არალეგალური ავტორბოლა და დაახლოებით 170 კმ/სთ სიჩქარით ემართათ ავტომანქანები ქ. ბერლინის ცენტრში. გამართული რბოლისას სიჩქარის შემცირების გარეშე მათ გადაკვეთეს არაერთი წითელი შუქნიშანი. მძღოლებიდან ერთ-ერთი შეეჯახა წესების დაცვით მოძრავ სხვა ავტომანქანას, რომელში მჯდარი 69 წლის ასაკის მძღოლი შემთხვევის ადგილზევე გარდაიცვალა.

მოგვიანებით მიმდინარე სისხლის სამართალწარმოებისას ბერლინის მიწის სასამართლოს ისეთ რთულ კითხვაზე უნდა გაეცა პასუხი, როგორიცაა: გააჩნდათ თუ არა განსასჯელებს - მინიმუმ არაპირდაპირი – განზრახვა მკვლელობასთან მიმართებით. მაშინ როდესაც, გაუფრთხილებლობით სიცოცხლის მოსპობა გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის (შემდგომში: გსსკ) § 222-ის მიხედვით მაქსიმუმ 5 წლამდე თავისუფლების აღკვეთით ან ფულადი ჯარიმით შესაძლოა დაისაჯოს, მკვლელობის განზრახვის არსებობის შემთხვევაში სახეზე გვექნება განზრახი მკვლელობა, რომელიც გსსკ-ის § 212-ის მიხედვით მინიმუმ ხუთი წლით, განსაკუთრებით მძიმე შემთხვევებში კი უვადო თავისუფლების აღკვეთით ისჯება. თუკი განზრახ მკვლელობასთან ერთად სახეზე გვაქვს მკვლელობის ისეთი ნიშანი, როგორიცაა საყოველთაო საშიშროება, მაშასადამე, დამნაშავის კონტროლქვეშ ვერმოქცევადი საშუალებების გამოყენება, გსსკ-ის § 211-ის მიხედვით სამართლებრივ შედეგს აუცილებლად წარმოადგენს თავისუფლების აღკვეთა სიცოცხლის ბოლომდე.

ბერლინის მიწის სასამართლო 2017 წლის თებერვალში მიღებულ საბოლოო გადაწყვეტილებაში მივიდა იმ დასკვნამდე, რომ განსასჯელებმა სხვა საგზაო მომხმარებლების სიკვდილი „შინაგანად დასაშვებად მიიჩნიეს“, რაც სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით არაპირდაპირი განზრახვის არსებობისთვის სრულიად საკმარისია². ამასთანავე, მათი ქმედება საყოველთაოდ საშიში საშუალებებით ჩადენილი მკვლელობის ნიშნებს შეიცავდა³. გამომდინარე აქედან, სასამართლომ 2017 წელს ორივე მათგანის მიმართ დაადგინა თანაამსრულებლობით ჩადენილი მკვლელობა (გსსკ-ის § 211) ადამიანის სიცოცხლისათვის საფრთხის შემქმნელ ჯანმრთელობის დაზიანებასა (გსსკ-ის §§ 223 1-ელი აბზაცი, 224 1-ლი აბზაცი

2 LG Berlin NStZ 2017, 471, 473 ff

3 LG Berlin NStZ 2017, 471, 477.

მე-2 და მე-5 ნაწილები) და საგზაო მოძრაობისთვის განზრახ საფრთხის შექმნასთან (გსსკ-ის § 315ც პირველი აბზაცის მეორე ნაწილის „ა“ და „დ“ ქვეპუნქტები) ერთობლიობაში (გსსკ-ის § 52) და ორივე განსასჯელს მიუსაჯა უვადო თავისუფლების აღკვეთა⁴. აღნიშნული გადაწყვეტილებით, გერმანიის მასშტაბით, პირველად დადგინდა ასეთი სასჯელი ავტორბოლის შედეგად დამდგარი სასიკვდილო შედეგის გამო. მსგავსი შემთხვევების არსებობისას სასამართლოები, გარდა მძღოლის მხრიდან სუიციდის განზრახვის არსებობისა, აქამდე მკვლევლობის განზრახვის არსებობას უარყოფდნენ, ვინაიდან მიიჩნევდნენ, რომ განსასჯელი იმ იმედით მოქმედებდა, რომ არაფერი არ მოხდებოდა, საკუთარ სიცოცხლეზე ზრუნვის სურვილიდან გამომდინარე.

მსჯავრდებულების მხრიდან სასამართლო გადაწყვეტილების გასაჩივრების შემდეგ გერმანიის უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ შეამოწმა ზემოხსენებულ სასამართლო გადაწყვეტილებაში იყო თუ არა სამართლებრივი შეცდომა დაშვებული და დაადგინა ნაკლოვანებები ფაქტობრივი გარემოებების დადგენისას, არაპირდაპირი განზრახვისა და თანაამსრულებლობის საკითხების დასაბუთებისას. შესაბამისად, ბერლინის მიწის სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილება 2018 წლის მარტში გაუქმებულ იქნა და საქმე ხელახალი განხილვისათვის დაუბრუნდა ბერლინის მიწის სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა სხვა პალატას⁵.

ბერლინის მიწის სასამართლომ მის მიერ 2019 წლის მარტში მიღებულ ხელახალ გადაწყვეტილებაში კვლავ დაადასტურა მსჯავრდებულთა მხრიდან სიცოცხლის მოსპობის განზრახვის არსებობის საკითხი და უფრო მეტიც, მკვლევლობის კიდევ ორი დამატებითი ნიშნის (გერაცობა და მდაბიო მოტივები) არსებობასაც მიემხრო⁶. შესაბამისად, სასამართლომ განსასჯელებს ერთობლივად ჩადენილი მკვლევლობის გამო დანაშაულის ერთობლიობით სხეულის საშიშ დამიანებასა და საგზაო უსაფრთხოებისათვის განზრახ საფრთხის შექმნისთვის, კვლავ უვადო თავისუფლების აღკვეთა მიუსაჯა. განსასჯელების მხრიდან აღნიშნული

4 LG Berlin NStZ 2017, 471, 473 ff.

5 BGHSt 63, 88.

6 Urteil des LG Berlin vom 26. März 2019 – 532 Ks 9/18.

გადანწყვეტილება ხელმეორედ იქნა გასაჩივრებული. სწორედ ამიტომ, სასამართლო გადანწყვეტილებას ჯერ კიდევ არ გააჩნია სამართლებრივი ძალა. შესაბამისად, დისკუსია (არაპირდაპირი) განზრახვისა და გაუფრთხილებლობის გამიჯვნის თაობაზე კიდევ დიდხანს დარჩება ღიად⁷.

ზემოხსენებული საქმე წინამდებარე სტატიიში განსახილველ თემებთან მიმართებით ორმაგად არის მნიშვნელოვანი: პირველ რიგში, იგი ნათელს ჰფენს იმას, რომ სწორედ გაუფრთხილებლობით სიცოცხლის მოსპობასა და მკვლელობას შორის რთულ გამიჯვნაზე არის დამოკიდებული (კანონმდებლის მიერ გათვალისწინებულ) დანაშაულის უმართლობისა და ბრალის შინაარსის დადგენა. გარდა ამისა, იგი გვიჩვენებს, რომ ნორმების ფართო სპექტრი, რომელთა მეშვეობითაც ფასდება სატრანსპორტო დანაშაულები, მოიცავს არა მხოლოდ სპეციფიკურ სატრანსპორტო შემადგენლობებს, არამედ მძიმე გადაცდომების შემთხვევაში ჯანმრთელობის დაზიანებისა და სიცოცხლის მოსპობის შესახებ ნორმებსაც.

II. ბრალის პრინციპი გერმანულ სისხლის სამართალში

1. ბრალის პრინციპი, როგორც სახელმწიფოს მხრიდან დასჯადობის საფუძველი და ამავდროულად მისი ფარგლები

ბრალის პრინციპი გერმანული სისხლის სამართლის სისტემის ერთ-ერთ მთავარ ფუნდამენტს წარმოადგენს. მისი არსებობა ნებისმიერი სასჯელის წინაპირობაა („nulla poena sine culpa“)⁸. შესაბამისად, მართლსაწინააღმდეგებო ქმედება მხოლოდ მაშინაა დასჯადი, როცა ის ბრალეული პირის მიერაა ჩადენილი, ანუ მას პერსონალურადაც შეეარაცხება. სასჯელი არ წარმოადგენს ღირებულებებთან მიმართებით ინდიფერენტული

7 განხილულ საქმეზე მკვლელობის არაპირდაპირი განზრახვის არსებობის დასაშვებობასთან დაკავშირებით იხ. *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439; აღნიშნული მოსაზრების საპირისპიროდ *Jäger*, JA 2017, 786; *Momsen*, KriPoZ 2018, 76; *Sasse*, NJW 2017, 387; *T. Walter*, NJW 2017, 1350, sowie *ders.*, NStZ 2018, 412 (Anm. zu BGHSt 63, 88).

8 BVerfGE 9, 167, 169; 20, 323, 331; 45, 187, 228; 90, 145, 173; 120, 224, 241; 123, 267, 413; 133, 168, 197; BGHSt 2, 194, 200; 10, 259, 262.

დამოკიდებულების მქონე უბრალო რეაქციას ადამიანურ ქმედებაზე, არამედ, ის მჭიდროდ არის დაკავშირებული გაკიცხვასთან, სოციალურ-ეთიკურ ცენზურასთან⁹. ამგვარი სახის გაკიცხვა ლეგიტიმური მხოლოდ მაშინაა, როდესაც დამნაშავე უპირისპირდება სამართლებრივად დადგენილ ვალდებულებებს და ამაზე ინდივიდუალურად არის პასუხისმგებელი¹⁰. წმინდა სახის პასუხისმგებლობის დადგენა შედეგის მიმართ ბრალის არსებობის გარეშე – თითქოსდა პასუხისმგებლობის ალების ვალდებულებაზე დაყრდნობით, მხოლოდ კაუზალური, მაგრამ არაბრალეულად გამოწვეული საბიანო შედეგისათვის – არასწორი იქნებოდა. მაშასადამე, ბრალი წარმოდგენს სასჯელის დადგენის წინაპირობას; ამ ფუნქციის გამო ის სასჯელის დამაფუძნებელ ბრალად იწოდება¹¹.

სწორედ ბრალეულობის პრინციპიდან გამომდინარეობს ასევე ის ფაქტი, რომ დანაშაულის შემადგენლობა და სამართლებრივი შედეგი ერთმანეთს უნდა ემთხვეოდეს. აუცილებელია, რომ სასჯელი სამართლიან ურთიერთკავშირში იყოს დანაშაულის სიმძიმესა და დამნაშავის ბრალეულობასთან. ამ თვალსაზრისით, სასჯელს ბრალის სამართლიანი გათანაბრება ევალება. ბრალი უნდა გაიზომოს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში და შემდგომ განსაზღვრული ოდენობის სასჯელში აისახოს. მაშასადამე, შეგვიძლია სასჯელის განმსაზღვრელ ბრალზეც ვისაუბროთ¹².

კანონიერების პრინციპისაგან განსხვავებით, (გერმანიის ძირითადი კანონის 103-ე მუხლის მეორე აბზაცი) ბრალის პრინციპი გერმანიის ძირითად კანონში გამოკვეთილად არ არის წარმოდგენილი. თუმცა, იგი კონსტიტუციურ რანგში არის აყვანილი ადამიანის ღირსების დაცვიდან (გერმანიის ძირითადი კანონის პირველი მუხლის პირველი აბზაცი), ძირითადი უფლებებიდან და სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპებიდან გამომდინარე (გერმანიის ძირითადი კანონის მე-20 მუხლის შესამე აბზაცი და 28-ე მუხლის პირველი აბზაცის პირველი წინადადება)¹³. აღნიშ-

9 *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 103/104 m.w.N.

10 ბევრისაგან განსხვავებით იხ. *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 103/104 m.w.N.; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 24 Rn. 1.

11 შეად. *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 111; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 19 Rn. 54.

12 *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 112; *Roxin* (Fn. 11), § 19 Rn. 54.

13 BVerfGE 20, 323, 331; 57, 250, 275; 90, 145, 173; 123, 267, 413; 133, 168, 197.

ნულზე დაყრდობით, იგი ექვემდებარება გერმანიის ძირითადი კანონის 79-ე მუხლის მესამე აბზაცში მოცემულ ე.წ. მუდმივობის გარანტიას¹⁴.

ბრალის პრინციპს საფუძვლად ედება – როგორც ამას ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო მუდამ ხაზგასმით აღნიშნავს – ადამიანების ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის არსებობა. აღნიშნულის მიხედვით, ადამიანი თავად განსაზღვრავს საკუთარ ქმედებას და ნების თავისუფლების საფუძველზე თვითონ აკეთებს არჩევანს სამართალსა და უმართლობას შორის¹⁵. აღნიშნულ, ერთი შეხედვით, ჩვეულებრივ იურიდიულ შეხედულებას, ადამიანის სურვილისა და გადაწყვეტილების თავისუფლების არსებობის დაშვებას, ახალი ნეირომცენიერული დასკვნები სულ უფრო და უფრო მეტი გამოწვევის წინაშე აყენებს¹⁶. წინამდებარე ნაშრომი, რომელიც მიზნად ისახავს მხოლოდ ზოგადი მიმოხილვის გაკეთებას, არ აცხადებს პრეტენზიას რაიმე ახალი წვლილი შეიტანოს გემო-აღნიშნულთან დაკავშირებით დღეის მდგომარეობით არსებული დავის გადაწყვეტაში. თუმცა, უფლებას ვიტოვებთ აღვნიშნოთ, რომ სისხლის სამართლის მეცნიერება უმეტესწილად ბრალის ნორმატიულ ცნებას ეყრდნობა და არ ეხება ეგზისტენციალური მეცნიერებით გადაწყვეტელ პრობლემებს¹⁷. უდავო სოციალურ რეალობას წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ ადამიანს აქვს უნარი მიმართოს საკუთარი გადაწყვეტილებები სოციალ-ეთიკური მსოფლმხედველობისა და წესების შესაბამისად. აღნიშნული გაგების საფუძველზე, ბრალს შეგვიძლია ვუწოდოთ მაგ. „უმართლო ქმედება ნორმატიული ანგარიშვალდებულების მიუხედავად“¹⁸. მაშასადამე, საქმე ეხება ნორმატიულ მიდგომას, რომელიც უფრო მეტად მისაღებია, ვიდრე ადამიანის ხატება, რომელსაც ეყრდნობა სამართლებრივი წესრიგი. მიდგომას, რომელიც ღირებულებით გადაწყვეტილებას წარმოადგენს და არა ემპირიულად გადასინჯვად ჰიპოთეზას¹⁹.

14 BVerfGE 123, 267, 413.

15 BVerfGE 45, 187, 227; 123, 267, 413; 133, 168, 197; ასევე BGHSt 2, 194, 200 f.; 10, 259, 262.

16 შეად. მხოლოდ *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 110a m.w.N.

17 ბრალის ფსიქოლოგიური ცნებიდან ნორმატიულ ცნებამდე განვითარების თაობაზე იხ. *Roxin* (Fn. 11), § 19 Rn. 10 ff.

18 So *Roxin* (Fn. 11), § 19 Rn. 36 ff.; *ders.*, ZStW 96 (1984), 641, 650 ff.; *ders.*, GA 2015, 489.

19 *Baumann/Weber/Mitschl Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 16 Rn. 24; *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 110.

2. ბრალუნარიანობა

ბრალეული ქმედების წინაპირობას ბრალუნარიანობა წარმოადგენს. სრულწლოვანი პირების შემთხვევაში, ბრალუნარიანობა ნორმატიულად ივარაუდება; საკანონმდებლო დონეზე განმარტებულია მხოლოდ გამო-ნაკლისები ნორმიდან და მათი წინაპირობები. გსსკ-ის § 19-ის მიხედვით, უდავო პრეზუმფციას წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ ნებისმიერი ბავშვი 14 წელს ქვემოთ უდანაშაულოდ ითვლება, მისი მომწიფების ხარისხის მიუხედავად. რაც შეეხება არასრულწლოვნებს, მაშასადამე პირებს, რომლებიც მინიმუმ 14 წლის არიან, თუმცა არ მიუღწევიათ 18 წლის ასაკისათვის, მათი სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დამოკიდებულია მათ მორალურ და სულიერ განვითარებაზე (არასრულწლოვანთა სასამართლოს შესახებ კანონის §3-ის პირველი წინადადება). ყველა სხვა პირი ბრალუნარიანია, თუკი დანაშაულის განხორციელების მომენტში გამო-ნაკლისის სახით სახეზე არ გვაქვს სულიერი აშლილობა გსსკ-ის § 20-ის გაგებით. ამგვარად, ისეთი ფსიქიკური დაავადებები, როგორცაა მაგ. შიზოფრენია, დამნაშავეს ართმევენ საკუთარი ქცევის მართვისა და შეფასების უნარს, რასაც თავისთავად ბრალუნარობამდე მივყავართ²⁰. თუკი ნაკლოვანება ბრალეულობას მთლიანად კი არ გამოორიცხავს, არამედ ამცირებს, მაშინ გსსკ-ის § 21-ის მიხედვით, ბრალის ფაქტობრივ შემსუბუქებასთან გვაქვს საქმე.

ბრალის გამომრიცხავი ან შემამსუბუქებელი გარემოება შესაძლოა ალკოჰოლით ან ნარკოტიკით გამოწვეულ გაბრუებაშიც აისახოს; როგორც ცნობილია, ამგვარი შემთხვევები სატრანსპორტო დანაშაულები-სათვის განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია. სისხლში ალკოჰოლის ოდენობის შემცველობის მკაცრად განერილი კონკრეტული ზღვარი, რომელიც ბრალეულობის შემცირების ან გამორიცხვის საფუძველს წარმოადგენს, არ არსებობს. აღნიშნულის მიზეზს წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ ნებისმიერი ადამიანი ინდივიდუალურად რეაგირებს ალკოჰოლის მი-ღებაზე²¹. მიუხედავად ამისა, სასამართლო პრაქტიკამ დაამკვიდრა სის-

20 ბრალეულობაზე ფსიქოლოგიური მიზეზების შესაძლო გავლენის შესახებ შეად. *Fischer, StGB*, 66. Aufl. 2019, § 20 Rn. 6 ff.

21 BGHSt 43, 66; BGH NJW 1998, 3427; BGH NSZ 1997, 591; NSZ 2000, 193; NSZ

ხლში ალკოჰოლის შემცველობის კონკრეტული ოდენობა, რომელიც შესაძლოა გამოყენებულ იქნას მტკიცებისათვის²². 3.0%-იდან, როგორც წესი, აუცილებელია შევამოწმოთ სახეზე ხომ არ არის ბრალის გამომრიცხავი სიმთვრალის მდგომარეობა²³; სიცოცხლის წინააღმდეგ მიმართული მძიმე ძალადობრივი დანაშაულების შემთხვევაში აღნიშნული მაჩვენებელი გადასალახი დაბრკოლებების გათვალისწინებით იზრდება 3.3%-მდე²⁴. 2.0%-დან, ხშირ შემთხვევაში, ბრალის შემსუბუქების წინაპირობების არსებობა უნდა შემოწმდეს²⁵; ამ შემთხვევაშიც, სიცოცხლის წინააღმდეგ განხორციელებული თავდასხმებისას მაჩვენებელი 2.2%-ითაა დადგენილი და შესაბამისად, უფრო მაღალია²⁶. გასათვალისწინებელია, რომ სასამართლო პრაქტიკა ალკოჰოლის საფუძველზე საკუთარი ქცევის მართვისა და შეფასების უნარის შეზღუდვის შემთხვევაში უარყოფს სასჯელის შემცირებას გსსკ-ის § 21-ის მიხედვით, მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც დამნაშავემ სიმთვრალის მდგომარეობაში ბრალეულად თავად ჩაიყენა თავი²⁷. თუკი სისხლში ალკოჰოლის შემცველობის ოდენობის ზუსტი დადგენა შეუძლებელია, მაშინ ბრალუწარაიანობის შეფასებისათვის აუცილებელია in dubio pro reo პრინციპის მიხედვით შეფასებისას შედარებით უფრო დიდ ოდენობას დავეყრდნობ²⁸.

დანაშაულის ჩადენის მომენტისათვის ბრალუწარაიანო დამნაშავე არ შეიძლება დაისაჯოს დანაშაულის შემადგენლობის განხორციელების შემდეგ. თუმცა, გამონაკლისია ე. წ. actio libera in causa-ს შემთხვევები. საკანონმდებლო დონეზე არარეგლამენტირებული ამ სამართლებრივი ფიგურის მიხედვით, მართლსაწინააღმდეგოდ განხორციელებული ქმედება, მიუხედავად დანაშაულის ჩადენის მომენტისათვის ბრალუწარაიანობის არარსებობისა, შესაძლოა პირს ბრალეულად შეერაცხოს. ამ დროს

2002, 532; NStZ 2005, 329; NStZ 2015, 634; BGH NStZ-RR 2016, 102.

22 დაწვრ. შუად. Fischer (Fn. 20), § 20 Rn. 19 ff.

23 BGHR StGB § 20 BAK 20; BGH NStZ-RR 2013, 272

24 BGH NStZ 1991, 126, 127.

25 BGHSt 37, 231, 234 f.; BGH NStZ 1992, 78; NStZ-RR 2008, 105.

26 BGHSt 37, 231, 235; BGH StV 1995, 407.

27 St. Rspr., BGHSt 34, 29, 33; 43, 66, 78; BGH NStZ-RR 1997, 163, 165; BGH NStZ 1993, 537; 2003, 480; 2004, 678.

28 Streng, in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 20 Rn. 30 und 72.

დამნაშავე ბრალის გამომრიცხავი გარემოების ინიცირებას თავად ახდენს განზრახ, რათა შემდგომში ჩაიდინოს დანაშაული (განზრახი *actio libera in causa*) ან/და როდესაც იგი როგორც ბრალუუნარობის, ასევე მისი თანმდევი დანაშაულის ჩადენისადმი გაუფრთხილებლობით მოქმედებს (გაუფრთხილებელი *actio libera in causa*)²⁹.

აღნიშნულ სამართლებრივ ინსტიტუტზე მსჯელობისას რამდენიმე მიდგომა განიხილება³⁰; აქ საკმარისია მხოლოდ ხაზგასმით აღვნიშნოთ, რომ მისი კონსტიტუციურობის საკითხი, გერმანიის ძირითადი კანონის 103-ე მუხლის მეორე აბზაცში მოცემულ სასჯელის დამამძიმებელი ჩვეულებითი სამართლის აკრძალვასთან მიმართებით (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), დიდ კითხვის ნიშანს აჩენს³¹. სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, შერაცხვა *actio libera in causa*-ს შესაბამისად, მინიმუმ იმ შემთხვევებშია გამორიცხული, როცა კანონი თავად აღწერს განსაზღვრულ წინაპირობებს (მაგ. გსსკ-ის § 315c, 316-ში მოცემული ავტოსატრანსპორტო საშუალების მართვა) – ნებისმიერ შემთხვევაში ასეთ დროს არ შეიძლება საკუთარი თავის დათრობაში დანაშაულებრივი ქმედება დაგინახოთ³².

გსსკ-ის §323a-ში მოცემული პათოლოგიური სიმთვრალე ერთ-ერთ განზოგადებას წარმოადგენს. აღნიშნული მუხლის მიხედვით, უნდა დაისაჯოს პირი, რომელიც განზრახ ან გაუფრთხილებლობით ალკოჰოლური სასმელების ან თრობის სხვაგვარი საშუალებების გამოყენებით თავს იყენებს ბრალუუნარო მდგომარეობაში და მართლსაწინააღმდეგო ქმედებას ახორციელებს. აღნიშნული ნორმიდან გამომდინარე სიმთვრალეში ჩადენილი დანაშაული გაბატონებული შეხედულების თანახმად, წარმოადგენს ე.წ. სისხლისსამართლებრივი დასჯადობის წინაპირობას³³. დანაშაულის შემადგენლობაში აღწერილი უმართლობა ამ შემთხვევაში მხოლოდ საკუთარი თავის დათრობაში აისახება და საქმე გვაქვს ე.წ. აბსტრაქტული საფრთხის შემქმნელ დელიქტთან³⁴.

29 ამასთან დაკავშ. იხ. *Perron/Weißer* (Fn. 9), § 20 Rn. 36 und 38.

30 ზოგადი მიმოხილვისათვის იხ. *Perron/Weißer*, (Fn. 9), § 20 Rn. 33 ff.

31 ამავე მოსაზრებას ეხმარება *Perron/Weißer* (Fn. 9), § 20 Rn. 35 ff.

32 BGHSt 42, 235, 238 ff.

33 *Fischer* (Fn. 20), § 323a Rn. 17 m.w.N.

34 *Fischer* (Fn. 20), § 323a Rn. 2

აუცილებელია აღიარებულ იქნას, რომ სიმთვრალის ნებისმიერი მდგომარეობა ქმნის გარკვეულ საფრთხეს, რომელიც სამართლებრივი სიკეთისათვის ზიანის მიმყენებელ ქმედებებში შესაძლოა აისახოს. თუმცა, ყველა შემთხვევაში არ არის მარტივი, საკუთარი თავის დათრობაში, როგორც ასეთში – ვგულისხმობთ სიმთვრალეში კონკრეტულად განხორციელებული ქმედების გათვალისწინების გარეშე – დასჯადი უმართლობის დანახვა. ამასთანავე, როდესაც სიმთვრალეში ჩადენილი დანაშაული პათოლოგიური სიმთვრალის უმართლობაზე გადამწყვეტ ზეგავლენას ახდენს (და აღნიშნულს იგი ახდენს არამხოლოდ სიმთვრალეში ჩადენილი დანაშაულის სასჯელის ფარგლებს განსაზღვრის მიმართ (გსსკ § 323a, მეორე აბზაცი), მაშინ შესაძლოა სიმთვრალეში ჩადენილი დანაშაული აღარ განვიხილოთ, როგორც ბრალეულობისათვის არარელევანტური ობიექტური დასჯადობის წინაპირობა³⁵. ჩვენი მოსაზრებით, ეს დილემა, *de lege lata*, შეუძლებელია, რომ გადაწყდეს.

3. ბრალის სხვა წინაპირობები

ბრალი, ამასთანავე, შეიძლება აღინეროს, როგორც დანაშაულის მიკუთვნებადობა მასში გამოხატულ სამართლებრივად მიუღებელ პოზიციასთან. სწორედ აქედან გამომდინარეობს ის, რომ დამნაშავემ ქმედების სამართლებრივი აკრძალვა უნდა იცოდეს. ამ უმართლობის შეცნობადობის არსებობა სწორედ ისე, როგორც ბრალუნარიანობა, კანონის საფუძველზე ივარაუდება. თუკი დამნაშავეს თავიდან აუცილებადი შეცდომის აკრძალვის გამო არ აქვს გაცნობიერებული, რომ იგი უმართლობას სჩადის, მაშინ გსსკ-ის § 17-ის პირველი წინადადების თანახმად, ბრალი არ გვაქვს სახემე. თუკი შესაძლებელია შეცდომის თავიდან აცილება - მაგ. სამართლებრივი რჩევის მიღებით ან უკვე მრავალჯერ ციტირებული „სინდისის სათანადო დაძაბვით“³⁶, მაშასადამე, ინტენსიური ფიქრით – მაშინ არსებობს სასჯელის შემცირების შესაძლებლობა გსსკ-ის § 17-ის მეორე წინადადების შესაბამისად.

35 *Hecker* (Fn. 9), § 323a Rn. 1 m.w.N.

36 BGHSt 2, 194, 202; 9, 164, 172; 21, 18, 20; BGH NJW 2006, 2422, 2423.

კონკრეტულ დამოკიდებულებას მნიშვნელობა შესაძლოა ასევე არ მიენიჭოს მაშინ, როდესაც დამნაშავეს ქმედების ჩადენის მომენტში ამოძრავებს ისეთი განსაკუთრებული მოტივაცია, რის გამოც კანონმდებელი ითმენს მის ქმედებას. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, გარკვეულ შემთხვევებში, დანაშაულის შემადგენლობის განხორციელების მიუხედავად, კანონმდებლის აზრით, არ არსებობს პრევენციული დასჯის საჭიროება³⁷. უპირველეს ყოვლისა, შესაძლოა ეს იყოს გსსკ-ის § 35-ით გათვალისწინებული საპატიო უკიდურესი აუცილებლობა ან გსსკ-ის § 33-ით დადგენილი აუცილებელი მოგერიების ფარგლებს გადამეტება; აღნიშნული ნორმები ბრალის გამომრიცხავ გარემოებებად მიიჩნევა³⁸.

4. ბრალის ფორმები

როგორც შესავალში უკვე აღინიშნა, ბრალი წარმოადგენს მართლსაწინააღმდეგოდ განხორციელებული ქმედების შემადგენლობის დასჯადობის წინაპირობას. ამავდროულად, ბრალის შინაარსი განისაზღვრება უმართლობის ხარისხის მიხედვით და მისი ნებისმიერი ზრდა თუ შემცირება არაპირდაპირ მოქმედებს ბრალეულობის სიმძიმეზე. მართალია, რომ განზრახვა და გაუფრთხილებლობა დღეისათვის გაბატონებული შეხედულების თანახმად, აღარ წარმოადგენენ ბრალის ელემენტებს და მათი შემოწმება ხდება, როგორც უმართლობის განხორციელების წინაპირობების,³⁹ თუმცა, რადგან უმართლობა და ბრალი ერთმანეთს ეხება, მაინც არსებობს ურთიერთკავშირი ქმედების ფორმასა და დასჯადი ქმედების ბრალის ფორმას შორის. ამგვარად, განზრახვას ან/და გაუფრთხილებლობას, როგორც ქცევის ფორმას, ასევე შეესაბამება განზრახვის ან/და გაუფრთხილებლობის ბრალი, როგორც ბრალის ფორმა⁴⁰. აღნიშ-

37 *Roxin* (Fn. 11), § 22 Rn. 6 ff.

38 გსსკ-ის § 35-ის პირველი აბზაცის პირველი წინადადებისგან განსხვავებით („მოქმედებს ბრალის გარეშე“) კანონმდებელმა სისტემატური განთავსების საკითხი ღიად დატოვა; თუმცა, გსსკ-ის § 33-სთან მიმართებაში უმეტესწილად მიიჩნევა, რომ საქმე ეხება ბრალის გამომრიცხავ გარემოებას, შეად. *Perron/Eisele* (Fn. 9), § 33 Rn. 2 m.w.N.

39 *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 52/53 ff. m.w.N

40 *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 120/121.

ნული განსაკუთრებულ როლს თამაშობს ბრალის, როგორც სასჯელის განსაზღვრის საფუძვლის შეფასებაში. კერძოდ, იგი გამოიხატება იმაში, რომ თუკი დანაშაულის შემადგენლობა გაუფრთხილებლობით განხორციელდება, იგი, როგორც წესი, ბევრად უფრო ნაკლებად ისჯება, ვიდრე დანაშაულის განზრახ ჩადენა⁴¹.

III. სატრანსპორტო დანაშაულები გერმანულ სისხლის სამართალში

კონკრეტულად თუ რა სახის სატრანსპორტო დარღვევები არსებობს და რა სამართლებრივი შედეგები მოჰყვება მათ, გერმანიაში ერთიან დოკუმენტში არ არის კოდიფიცირებული. სათანადო ნორმები გვხვდება ისეთ საკანონმდებლო აქტებში, როგორიცაა საგზაო მოძრაობის შესახებ კანონი (StVG), დადგენილება საგზაო მოძრაობის შესახებ (StVO), წესები საგზაო მოძრაობის დასაშვებობის შესახებ (StVZO), სავალდებულო დაზღვევის შესახებ კანონი (PflVG) და ასევე სისხლის სამართლის კოდექსი (StGB).

1. ადმინისტრაციული სამართალდარღვევები

მარტივი სატრანსპორტო დარღვევები, რომელთაც თან არ მოჰყოლიათ განსაკუთრებული ზიანი, დადგენილია ისეთი სამართალდარღვევების სახით, რომლებიც არა სისხლისსამართლებრივი სასჯელით, არამედ მხოლოდ ფულადი ჯარიმით ისჯება. ამგვარ სამართალდარღვევებს მიეკუთვნება საგზაო მოძრაობის წესების წინააღმდეგ მიმართული განზრახი ან გაუფრთხილებელი ისეთი დარღვევები, როგორიცაა მაგ. დასაშვები სიჩქარის გადაჭარბება ან უპირატესი გავლის უფლებისათვის ყურადღების არმიქცევა (§ 24 StVG § 49 StVO-სთან ერთობლიობაში: 2000 ევრომდე ფულადი ჯარიმა). მართლსაწინააღმდეგოდ მოქმედებს აგრეთვე პი-

41 გამონაკლისს წარმოადგენს სატრანსპორტო საშუალების მართვა ნასვამ მდგომარეობაში გსსკ-ის § 316-ის მიხედვით, რომელიც სასჯელის თვალსაზრისით ერთმანეთისაგან არ ასხვავებს ქმედების განზრახ (პირველი აბზაცი) და გაუფრთხილებელ (მეორე აბზაცი) ჩადენას.

რი, რომელიც განზრახ ან გაუფრთხილებლობით საგზაო მოძრაობისას მართავს ავტოსატრანსპორტო საშუალებას, მიუხედავად იმისა, რომ მის სისხლში ალკოჰოლის შემცველობის ოდენობა 0.5%-ს აღწევს ან მასზე მეტია (§ 24a StVG: 3000 ევრომდე ფულადი ჯარიმა).

2. განსაკუთრებული სატრანსპორტო დანაშაულები

მძიმე დარღვევების მიმართ სისხლისსამართლებრივი სასჯელი გამოიყენება. ასეთია მაგ. მართვის მონმობის გარეშე ავტოსატრანსპორტო საშუალების მართვა (§ 21 StVG), ანდა პასუხისმგებლობის დაზღვევის გარეშე ავტომანქანის მართვა (§ 6 PflVG).

სისხლის სამართლის კოდექსიც შეიცავს ცალკეულ დანაშაულის შემადგენლობებს, რომლებიც ავტოსაგზაო მოძრაობის წესების სერიოზული დარღვევებისათვის სათანადო სასჯელებს ითვალისწინებენ. ამგვარად, ავტომანქანის ნასვამი მართვა წარმოადგენს არა მხოლოდ ადმინისტრაციული ხასიათის სამართალდარღვევას, არამედ გსსკ-ის § 316-ის მიხედვით, თავისუფლების აღკვეთით ერთ წლამდე ვადით ან ფულადი ჯარიმით ისჯება, თუ ალკოჰოლის სისხლში არსებობამ მართვის უნარი დააქვეითა. სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, მართვის უნარის დაქვეითება, როგორც დანაშაულის შემადგენლობის წინაპირობა, სისხლში ალკოჰოლის შემცველობის 1.1% ან მეტი კონცენტრაციისას, უდავოდ იგარაუდება⁴². სისხლში ალკოჰოლის ნაკლები შემცველობის დროსაც სასამართლო პრაქტიკა ავტოსატრანსპორტო საშუალების მართვის უნარის არასტაბილურობას ადგენს, თუკი ამის გარკვეული გარეგნული გამოვლინებებიც არის სახეზე⁴³. ხოლო, თუკი სხვა ადამიანების სიცოცხლეს, ჯანმრთელობას ან ნივთებს კონკრეტული საფრთხე შეექმნებათ, დანაშაული შესაძლოა დაკვალიფიცირდეს გსსკ-ის § 315c-ს პირველი აბზაცის მიხედვით, როგორც საგზაო მოძრაობისათვის საფრთხის შექმნა და დაისაჯოს 5 წლამდე ვადით თავისუფლების აღკვეთით ან ფულადი სასჯელით. 5 წლამდე ვადით თავისუფლების აღკვეთით ან ფულადი სასჯელით, ასევე,

42 BGHSt 37, 89; 44, 219, 222.

43 BGHSt 31, 42; 44, 219, 225.

შესაძლოა დაისაჯოს საგზაო მოძრაობაში გარედან ჩარევა, როცა აღნიშნულს კონკრეტულ საფრთხესთან მივყავართ (გსსკ-ის § 315b-ს პირველი აბზაცი).

ისეთმა ე.წ. „Raser-Fälle“-ების შემთხვევებში, როგორცაა ჩვენს მიერ შესავალში განხილული ბერლინის შემთხვევა, საჭარო დებულებები გამოიწვია. აღნიშნული დისკუსიის შედეგი ჯერ კიდევ 2017 წელს აისახა ახალი შემადგენლობის შექმნაში (გსსკ-ის § 315), რომელიც სატრანსპორტო საშუალებებით დაუშვებელ რბოლას კრძალავს⁴⁴. ბერლინის შემთხვევაზე დანაშაულის ეს ახალი შემადგენლობა, გერმანიის ძირითადი კანონის 103-ე მუხლის მეორე აბზაციდან გამომდინარე უკუძალის აკრძალვის გამო, არ ვრცელდება. იმ შემთხვევაში, თუკი ნორმის გამოყენება დასაშვები იქნებოდა, სამართლებრივი შედეგი მაინც არ შეიცვლებოდა, ვინაიდან სიკვდილის გამო, მაინც სასჯელის აბსოლუტურ ოდენობასთან, უვადო თავისუფლების აღკვეთასთან გვექნებოდა საქმე.

3. ზოგადი სისხლისსამართლებრივი შემადგენლობები

ბერლინის ე. წ. „Raser-Fall“ ასევე გვიჩვენებს, რომ საგზაო უსაფრთხოების განსაკუთრებით მძიმე ფორმებით დარღვევისას ზოგადი, მაშასადამე, არამხოლოდ „საგზაო უსაფრთხოებისათვის“ შექმნილი – დანაშაულის შემადგენლობები გამოიყენება. თუკი საგზაო მოძრაობის სხვა მონაწილეების დაზიანების ან გარდაცვალების შემთხვევები დადგება, მაშინ მიიჩნევა, რომ ძირითადად მხოლოდ საფრთხის შემქმნელი დელიქტები გვექნება სახეზე (სხეულის გაუფრთხილებლობით დაზიანება გსსკ-ის § 229-ის შესაბამისად ან გაუფრთხილებლობით ჩადენილი სიცოცხლის მოსპობა გსსკ-ის § 222 შესაბამისად). მხოლოდ ბერლინის შემთხვევის მსგავსი გამონაკლისებისას ჩნდება კითხვა, საგზაო მოძრაობის მონაწილეების მიმართ (მინიმუმ პირობითად) განზრახ განხორციელდა თუ არა ქმედება. თუკი განზრახვის არსებობა დადგინდება, მაშინ სახეზეა სხეულის დაზიანება (გსსკ-ის § 223, 224 მიხედვით) ან განზრახ მკვლელობა (გსსკ-ის § 212)

44 შემოღებულ იქნა სისხლის სამართლის ცვლილების შესახებ 56-ე კანონით 2017 წლის 30 სექტემბერს, BGBl. I, S. 3532.

ან დამამძიმებელ გარემოებაში ჩადენილი მკვლელობა (გსსკ-ის § 211).

4. განსაკუთრებული სასჯელები

სატრანსპორტო დანაშაულების შემთხვევაში, ძირითად სასჯელებთან, ფულად ჯარიმასა ან თავისუფლების აღკვეთასთან ერთად, ხშირად გამოიყენება ისეთი ორი სპეციფიკური სანქცია, როგორებიცაა მართვის აკრძალვა (გსსკ-ის § 44) და მართვის მოწმობის ჩამორთმევა (გსსკ-ის § 69). ორივე სასჯელს ის აქვს საერთო, რომ მათი გამოყენებით ავტოსატრანსპორტო საშუალების მართვა შესაძლოა აიკრძალოს. თუმცა, თუკი მართვის აკრძალვა ე. წ. „ჭკუის სასწავლებელ“ მქონე სასჯელად მიიჩნევა და მის წინაპირობას ბრალის არსებობა წარმოადგენს, მართვის მოწმობის ჩამორთმევა ბრალის არსებობისაგან დამოუკიდებელი გამოსწორებისა და უსაფრთხოების ე. წ. ზოგადი წესია. ამასთანავე, ორივე სანქციას ახასიათებს მნიშვნელოვანი განსხვავებები დანაშაულის შემადგენლობის კონკრეტულ წინაპირობებსა და მათ სამართლებრივ შედეგებთან მიმართებაში⁴⁵.

IV. განსაკუთრებით ხაზგასასმელი: გაუფრთხილებლობა

სატრანსპორტო დანაშაულების შემთხვევაში გაუფრთხილებლობა, როგორც ქცევისა და ბრალის ფორმა განსაკუთრებულ როლს თამაშობს. გაუფრთხილებლობასთან დაკავშირებით არსებული დოგმატური სირთულეები დანაშაულის აღნიშნულ სფეროში განსაკუთრებით იჩენს თავს.

ერთი მხრივ – როგორც ეს ბერლინის შემთხვევამ ნათლად ცხადყო – მძიმე სატრანსპორტო დანაშაულებისათვის გამოწვევას წარმოადგენს (შეგნებულ) გაუფრთხილებლობასა და (არაპირდაპირ) განზრახვას შორის ზღვარის გავლება. აღნიშნული შესაძლებელია შეფასდეს, როგორც გაუფრთხილებლობის „ზემოთ“, მაშასადამე ზედა ზღვარზე აწევა. სისხლის სამართლის მეცნიერებას და ამასთანავე უმაღლეს მართლმსა-

45 შეად. დანჯრილებით *Meier*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Aufl. 2015, S. 149, 280; *Kett-Straub/Kudlich*, *Sanktionenrecht*, 1. Aufl. 2017, § 13 Rn. 3 ff., § 17 Rn. 24 ff.

ჯულებას კვლავ მოუწევს მათი ერთმანეთისაგან განცალკევების კრიტერიუმებზე, განსაკუთრებით არაპირდაპირი განზრახვის ვოლუნტატურ ელემენტზე მსჯელობა.

გარდა ამისა, ყოველდღიური დანაშაულების შემთხვევაში, რომლებთანაც საგზაო მიმოსვლისას საკმაოდ ხშირად გვაქვს შეხება, საკმაოდ რთულია, გაუფრთხილებლობისა და არდასჯადობის საზღვრების დადგენა. აღნიშული შესაძლოა შეფასდეს, როგორც გაუფრთხილებლობა „ქვემოთ“. აქ აუცილებელია არსებობდეს სხვა სამართლებრივ-დოგმატური დასაბუთებები, რათა წინდახედულობის დარღვევის წინაპირობები და წინასწარი განჭვრეტადობა კარგად განისაზღვროს და მათი სამართალში გამოყენება შევძლოთ⁴⁶.

ჩვენი მოსაზრებით, სისხლის სამართალზე დოგმატური მუშაობისას, აუცილებელია სამართალგამოყენების ფსიქოლოგიური პირობების გათვალისწინებაც. ნებისმიერ, როგორც გაუფრთხილებლობის, ასევე განზრახვის შესახებ მიღებული გადაწყვეტილების უკან დგას წინასწარი განჭვრეტადობის შეფასება ანდა რისკის აწონ-დაწონვა. თუმცა, სამართლის ნორმის გამომყენებელი აღნიშნულს ახორციელებს უკვე მაშინ, როდესაც მოვლენების განვითარებას ზიანი მოჰყვა. სოციალური ფსიქოლოგიიდან ჩვენ ვიცით, რომ ამგვარი ex tunc განხორციელებული შეფასება მნიშვნელოვან დამახინჯებას იწვევს (ე.წ. ქმედებისშემდგომი ხედვის შეცდომა ან *hindsight bias*)⁴⁷. შესაბამისად, აღნიშნულ სფეროში ფსიქოლოგიური და იურიდიული დასკვნები უფრო და უფრო მეტად უნდა დაუკავშირდეს ერთმანეთს.

46 აღნიშნულთან დაკავშირებით შეად.: *Duttge* „ნაქეზების მომენტის“ საჭიროების შესახებ, in: *MüKo StGB*, 3. Aufl. 2017, § 15 Rn. 121 f.

47 აღნიშნულთან დაკავშირებით იხ. დეტალურად: *Goetzenjan/Oeberst*, *Recht & Psychiatrie* 2016, 27; *Oeberst/Goetzenjan*, *Psychology, Public Policy, and Law* 2016, 271.

უმოქმედობის მიზეზობრიობის გოგიერთი სადავო საპითხი სატრანსპორტო დანაშაულში

პროფ. ნონა თოდუა, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი

დოქტრინასა და სასამართლო პრაქტიკაში უმოქმედობის მიზეზობრიობა ერთ-ერთ პრობლემურ საკითხად რჩება. ამ თვალსაზრისით, არ იქნება ინტერესს მოკლებული, განვიხილოთ, თუ როგორ უნდა შეფასდეს მოძრაობის უსაფრთხოების ან ტრანსპორტის ექსპლუატაციის წესის დამრღვევი მძღოლის ქმედება, როცა იგი დახმარების გარეშე დატოვებს ავარიისაგან დაზარალებულს.

დასაწყისშივე უნდა აღინიშნოს, რომ დანაშაულთა ერთობლიობით კვალიფიკაციის საკითხი დგება მაშინ, როცა მძღოლის გაუფრთხილებელი ქმედება გამოიწვევს სხვა პირის ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანებას (რადგან ასეთი ხარისხის დაზიანება საშიშია სიცოცხლისათვის) და იგი დახმარების გარეშე მიატოვებს დაშავებულს.¹

ლიტერატურაში ეს საკითხი რამდენიმე ვარიანტშია განხილული, რომელთაგანაც საინტერესო და სადავოა გოგიერთი მათგანი.

პირველი ვარიანტი: მძღოლმა თავისი გაუფრთხილებლობით მძიმედ დააზავა რა მოქალაქე, მიატოვა იგი დახმარების გარეშე, რადგან შეეშინდა პასუხისმგებლობის. ამავე დროს არაფერზე და არავისზე არ ამყარებდა იმედს, ვინაიდან ამ დროს შემთხვევის ადგილზე არავინ იმყოფებოდა. ამდენად, იგი უშვებდა, რომ მიყენებულ დაზიანებას (და არა მის შემდგომ უმოქმედობას) შეიძლება მოჰყოლოდა მძიმედ დაშავებულის გარდაცვალება.

მოცემულ ვითარებაში ქმედება კვალიფიცირდება სსკ-ის 276-ე მუხლის მეოთხე ნაწილითა და (მოძრაობის უსაფრთხოების წესის დარღვევა, რამაც გამოიწვია ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანება) და განსაცდელში მიტოვებით (მუხ. 128). საქმე იმაშია რომ განსაცდელში მიტოვებისას სამარ-

1 მამულაშვილი/თოდუა, წიგნი: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწილი, წიგნი პირველი, 2019, 194; თოდუა, წიგნი: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწილი, წიგნი მე-2, 2017, 142-143.

თლებრივ გარანტს მოსალოდნელ შედეგთან - სიკვდილთან (რომელიც სსკ-ის 128-ე მუხლის – განსაცდელში მიტოვების გარეთაა), შესაძლოა აკავშირებდეს არა მარტო გაუფრთხილებლობა, არამედ არაპირდაპირი განზრახვაც.² ამ შემთხვევაშიც ქმედების სსკ-ის 128-ე მუხლით კვალიფიკაციისათვის არა აქვს მნიშვნელობა იმას, გადარჩა თუ არა დაშავებული. ამას მნიშვნელობა აქვს მხოლოდ ქმედების სსკ-ის 276-ე მუხლის შესაბამისი ნაწილით (მეთხე - რამაც გამოიწვია ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანება, თუ მეექვსე ნაწ. - რამაც გამოიწვია ადამიანის სიცოცხლის მოსპობა) კვალიფიკაციისათვის.

საკითხავია, მაინც რატომ არ დაკვალიფიცირდება სიკვდილის დადგომის შემთხვევაში ეს ქმედება - დაშავებულის მიტოვება, როგორც მკვლევლობა, რაც ჩადენილია უმოქმედობით და არაპირდაპირი განზრახვით (მუხ. 108)?

გასაგებია, რომ სანამ არ დამდგარა სასიკვდილო შედეგი, მანამ ამ ქმედებას მკვლევლობის მცდელობით ვერ დავაკვალიფიცირებთ, რადგან მცდელობის საკითხი არაპირდაპირი განზრახვისას სადავოა და ქართულ სინამდვილეში გაბატონებული შეხედულებით, არაპირდაპირ განზრახვას იგი არ ახასიათებს.³ თუმცა, შედეგის დადგომის შემთხვევაში, რა უშლის ხელს ქმედების მკვლევლობით კვალიფიკაციას?

საქმე ისაა, რომ ასეთი კვალიფიკაცია გაუმართლებელი იქნება რამდენიმე გარემოების გამო, რომელთაგანაც ზოგიერთი არის მატერიალური, ხოლო ზოგიერთი - პროცესუალური გარემოება:

2 ამ საკითხზე იხ. *მამულაშვილი*, წიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწილი, წიგნი პირველი, 2019, 194.

3 არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილ დანაშაულში მცდელობის შეუძლებლობის საკითხზე იხ. *ნერეთელი*, სისხლის სამართლის პრობლემები, პირველი ტომი, 2007, 486-493; *გამყრელიძე*, სისხლის სამართლის პრობლემები, მე-3 ტომი, 2013, 244-246; *მჭედლიშვილი-ჭედრიხი*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, 2011, 70-83; *მამულაშვილი*, წიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწილი, წიგნი პირველი, 2019, 177-188; ხოლო ამგვარ დანაშაულში მცდელობის შესაძლებლობის საკითხზე იხ. *ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, 2013, 310-311; *ხარანაული*, დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობა ქართული და გერმანული სისხლის სამართლის მიხედვით, წიგნი II, 147-182.

- ა) სასიკვდილო შედეგი ამ შემთხვევაში უშუალოდ გამოიწვია მძღოლის მიერ გაუფრთხილებლობით ჩადენილმა ქმედებამ - მოძრაობის უსაფრთხოების წესის დარღვევამ, რასაც ჯერ მოჰყვა დაზარალებულის ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანება, შედეგ კი – მისი სიკვდილი. ამდენად, სასიკვდილო შედეგი უშუალოდ არ გამოწვევია მძღოლის მიერ ჩადენილ უმოქმედობას – დაზარალებულის მიტოვებას. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, მოცემულ შემთხვევაში მიზეზობრიობის წარმმართველი ძალა იყო ის თავდაპირველი დაზიანება, რაც მძღოლმა მიაყენა პირს თავისი გაუფრთხილებლობით (მოძრაობის უსაფრთხოების წესის დარღვევით) და რომლის ბუნებრივად განვითარებამ გამოიწვია ეს შედეგი. შესაბამისად, მიზეზობრიობის წარმმართველი ძალა არ იყო მძღოლის უმოქმედობა (დაშავებულის განსაცდელში მიტოვება)*;
- ბ) შეუძლებელია მძღოლს დავუსაბუთოთ, რომ როცა იგი დახმარების გარეშე ტოვებდა დაზარალებულს, გაცნობიერებული ჰქონდა დაზარალებულის გადარჩენის შესაძლებლობა, თუკი მას შესაძლებლობის ფარგლებში გაუწევდა დახმარებას. სამაგიეროდ, ადვილია იმის დასაბუთება, რომ მძღოლს გაცნობიერებული ჰქონდა მიყენებული დაზიანების შედეგად სიკვდილის დადგომის შესაძლებლობა (რაც მას არ სურდა, მაგრამ შეგნებულად უშვებდა), ასევე გაცნობიერებული ჰქონდა მისი მხრიდან დახმარების ფაქტობრივი შესაძლებლობა.

ამდენად, შეუძლებელია იმის დამტკიცება, რომ მძღოლს გაცნობიერებული ჰქონდა, რომ დახმარების შემთხვევაში შეძლებდა დაშავებულის გადარჩენას. სამაგიეროდ, მოცემულ ვითარებაში ადვილად შესაძლებელი და უფრო სარწმუნოა, მძღოლს ეფიქრა, რომ სანამ სასწრაფო დახმარების მანქანა მოვიდოდა, სანამ დაშავებულს მიიყვანდნენ საავადმყოფოში, ან მედიცინის მუშაკები შეეცდებოდნენ მის დახმარებას, დაშავებული გარდაიცვლებოდა;

- გ) ქმედების განსაცდელში მიტოვებით კვალიფიკაციისათვის არა აქვს

4 საერთოდ, თუ რატომ არაა უმოქმედობა მიზეზობრიობის წარმმართველი ძალა, ამ საკითხზე ქვემოთ იქნება საუბარი.

მნიშვნელობა, სამართლებრივ გარანტს ჰქონდა თუ არა იმის რწმენა, რომ შეძლებდა პირის გადარჩენას. მთავარია, მან იცოდა ის, რომ დახმარება მისი შესაძლებლობის ფარგლებში იყო;

დ) განსახილველ ვარიანტში მძღოლს არ ამოძრავებდა დაზარალებულის სიკვდილის მიმართ პირდაპირი განზრახვა (არც პირველი ხარისხის და არც ე.წ. მეორე ხარისხის). ამდენად, არც სურდა ეს შედეგი და არც გაცნობიერებული ჰქონდა მისი დადგომის გარდაუვალობა.

ჩამოთვლილ მიზეზთაგან ყველაზე მთავარია პირველი მიზეზი – სასიკვდილო შედეგთან უშუალო მიზეზობრივ კავშირშია მძღოლის გაუფრთხილებლობით ჩადენილი ქმედება (მოძრაობის უსაფრთხოების წესის დარღვევა), რამაც გამოიწვია ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანება და არა მისი შემდგომი უმოქმედობა (დაზარალებულის მიტოვების ფაქტი).

ამდენად, ეს შემთხვევა არსებითად განსხვავდება ისეთი შემთხვევისაგან, როცა პირი არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილი ქმედებით აფუძნებს საფრთხეს, რაც იწვევს სასიკვდილო შედეგს.

მაგალითად, ხალხმრავალ ქუჩაში გასართობად გამოსულმა პეტრემ ცეცხლსასრული იარაღიდან რამდენიმე ტყვია დაუშინა ყრუ კედელს, რადროსაც ითვალისწინებდა, რომ ამ მართლსაწინააღმდეგო ქმედებას, შეიძლებოდა მოჰყოლოდა მართლსაწინააღმდეგო შედეგი. მათ შორის სხვა პირის სიკვდილიც, რაც მას არ სურდა, მაგრამ გულგრილი იყო ასეთი შედეგის მიმართ (არაპირდაპირი განზრახვა). მართლაც, კედლიდან ასხლეთილი ერთი ტყვია მოხვდა იქვე მდგარ პირს, რომელიც ადგილზევე გარდაიცვალა. სახეზეა მკვლელობა, ჩადენილი არაპირდაპირი განზრახვით. აქ პეტრეს ქმედებასა (ტყვიების სროლა ყრუ კედლის მიმართულებით) და დამდგარ შედეგს შორის უშუალო მიზეზობრივი კავშირია, რაც იმას ნიშნავს, რომ მიზეზობრიობის დამაფუძნებელია მის მიერ არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილი ქმედება (ტყვიების უმისამართო გასროლა).

საბოლოოდ, უნდა აღინიშნოს შემდეგი: როცა მძღოლი დახმარების გარეშე ტოვებს მისი გაუფრთხილებელი ქმედებით მძიმედ დაზავებულს და არაფერზე ამყარებს იმედს, მას გაცნობიერებული ის კი არა აქვს, რომ მისი ეს უმოქმედობა გამოიწვევს სასიკვდილო შედეგს (ანუ მოქმედების

შემთხვევაში იგი შეძლებს ამ შედეგის აცილებას), არამედ ის აქვს გაცნობიერებული, რომ მიყენებული ტრავმა გამოიწვევს ასეთ შედეგს.

მეორე ვარიანტი: მძლოლმა თავისი გაუფრთხილებლობით მძიმედ დააზავა რა მოქალაქე, მივიდა მასთან დახმარების აღმოსაჩენად, მაგრამ მოულოდნელად მასში შეიცნო მისი მტერი, რომლის მოკვლა უკვე გადაწყვეტილი ჰქონდა. მას გაუხარდა, რომ იგი მძიმედ დაზავებული ნახა და შეგნებულად მიატოვა დახმარების გარეშე, თუმცა მისი საავადმყოფოში წაყვანა უპრობლემოდ შეეძლო.

როგორც ვხედავთ, ამ დროს მოსალოდნელი შედეგის (სიკვდილის) მიმართ მძლოლს ამოძრავებს პირდაპირი განზრახვა (კერძოდ, ე.წ. პირველი ხარისხის), რაც გამორიცხავს მისი ქმედების კვალიფიკაციას სსკ-ის 128-ე მუხლით (განსაცდელში მიტოვება). ჩვენს სს-ის კოდექსში საფრთხის ამ დელიქტის არსებობის დანიშნულება ისაა, რომ სამართლებრივი შეფასების გარეშე არ დარჩეს ის შემთხვევა, როცა პირს გაცნობიერებული აქვს დაზარალებულის სიცოცხლისათვის საშიში მდგომარეობა, მაგრამ მოსალოდნელი შედეგის (სიკვდილის) მიმართ არ ამოძრავებს პირდაპირი განზრახვა.⁵ მოსალოდნელი შედეგის (მაგ. სიკვდილის) მიმართ მას შეიძლება ამოძრავებდეს ან არაპირდაპირი განზრახვა, ან გაუფრთხილებლობა.

შესაბამისად, ეს შემთხვევა სსკ-ის 276-ე მუხლის მე-4 ნაწილთან ერთად უნდა დაკვალიფიცირდეს სსკ-ის 19, 108-ე მუხლით, როგორც უმოქმედობით ჩადენილი მარტივი მკვლელობის მცდელობა (და არა დამამძიმებელ გარემოებაში - წინასწარი შეცნობით უმწეო მდგომარეობაში მყოფი პირის მკვლელობის მცდელობა, მუხ. 19, 109).

რატომ მარტივი მკვლელობის მცდელობით? პასუხი ასეთია:

რადგან უმწეო მდგომარეობაში მყოფის მკვლელობა მაკვალიფიცირებელ გარემოებად ითვლება იმდენად, რამდენადაც ამ დროს მკვლელი სარგებლობს პირის უმწეობით. კერძოდ იმით, რომ მსხვერპლს

5 ბრალის საკითხზე საფრთხის დელიქტი იხ. *წერეთელი*, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი მე-4, 216-220; *უგრეხელიძე*, ბრალი საფრთხის დელიქტში, 1982, 12-41; *მამულაშვილი*, წიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწილი, წიგნი პირველი, 2019, 177-183; *ცქიტიშვილი*, ადამიანის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისათვის საფრთხის შემქმნელი დელიქტები, 2015, 142-158.

არ შეუძლია წინააღმდეგობის გაწევა ფიზიკური თუ ფსიქიკური ნაკლის გამო და მოკვლის განზრახვით, თავისი ქმედებით აფუძნებს საფრთხეს მის მიმართ, რაც იწვევს სიკვდილს. ანდა თავისი ქმედებით აჩქარებს მის სიკვდილს. მაგალითად, პეტრემ დანის გამოყენებით მოკლა ლოგინად ჩავარდნილი მოხუცი, რომელიც მართალია, მაინც მალე გარდაიცვლებოდა, მაგრამ არა ამჯერად. ანდა, ზემოთხსენებულმა მძღოლმა დაშავებულში ამოიციწო რა მისი მტერი, ხრამში გადააგდო იგი, რამაც მისი სიკვდილი დააჩქარა. ანდა, დამრღვევმა მძღოლმა შემთხვევის ადგილზევე იარაღის გამოყენებით მოკლა დაშავებული, რომელიც რამდენიმე საათში მაინც გარდაიცვლებოდა.

ამდენად, ამ დამამძიმებელი გარემოების გამოყენებისათვის აუცილებელია, მკვლელმა მსხვერპლის უმწეობა გამოიყენოს მკვლელობის გასაადვილებლად, რაც როგორც წესი, ხდება მოქმედებით ჩადენილი მკვლელობისას.⁶ ასეთ ვითარებას კი ჩვენს მიერ განსახილველ შემთხვევაში ადგილი არ ჰქონია.

სწორედ ამიტომ აღიარებულია, რომ სახეზე არაა ეს დამამძიმებელი გარემოება მაშინ, როცა მკვლელი თავად ჩააგდებს მსხვერპლს უმწეო მდგომარეობაში (მაგალითად, შეუკრავს ხელ-ფეხს), რათა ამით გაიადვილოს მისი მოკვლა⁷.

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ცნობილია, რომ უმოქმედობისას სამართლებრივი გარანტიის ნება და მისი უმოქმედობა არაა მიზეზობრიობის წარმმართველი ძალა. სწორედ ამიტომაც ეს საკითხი ლიტერატურაში სადავო და ზოგიერთი ქვეყანა (მაგ. საფრანგეთი) არ ცნობს უმოქმედობის მიზეზობრიობას.

საკითხავია, საერთოდ რატომ არაა უმოქმედობა მიზეზობრიობის წარმმართველი ძალა? საქმე შემდეგშია:

უმოქმედობისას მიზეზობრიობას სხვა ძალა აფუძნებს და სხვა ძალა წარმართავს. სწორედ ესაა იმის მიზეზი, რომ უმოქმედობის მიზეზობრიობის საკითხი მხოლოდ მაშინ დგება, როცა სახეზეა სპეციალური სუბიექტი

6 ამ საკითხზე იხ. *ლევკვიძელი/თოდუა*, წიგნი: სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი პირველი, 2019, 55-57.

7 იხ. იქვე

- სამართლებრივი გარანტი. შესაბამისად, უმოქმედობის მიზეზობრიობის საკითხი სისხლის სამართალში არ დგება, როცა სახეზეა საერთო სუბიექტი.

უმოქმედობა მიზეზობრიობის წარმმართველი ძალა რომ იყოს, მაშინ მისი სუბიექტი იქნებოდა ნებისმიერი 14 წელს მიღწეული ბრალუნარიანი პირი, როგორც ამას ადგილი აქვს მოქმედების მიზეზობრიობის დროს.

ამასთანავე, უმოქმედობის მიზეზობრიობის არსებობისათვის აუცილებელია, სამართლებრივ გარანტს შეეძლოს თავისი მოვალეობის შესრულება. თუმცა, არც ესაა საკმარისი მიზეზობრივი კავშირის არსებობისათვის.

ასევე აუცილებელია დადგინდეს, რომ ამ სავალდებულები და შესაძლო ქმედებით შედეგი თავიდან იქნებოდა აცილებული (საქართველოს სსკ-ის მე-8 მ-ის მე-3 ნაწ.).

სწორედ აქ ისმის კითხვა: რომელი შედეგი იქნებოდა აცილებული? რა თქმა უნდა ის შედეგი, რისი დადგომაც უკვე იყო განპირობებული სხვა ფაქტორების ზეგავლენით, რადგან გამორიცხულია, ერთი ქმედებით (ამ შემთხვევაში უმოქმედობით) შესაძლებელი იყოს როგორც რაიმე შედეგის დაფუძნება, ისე ამავე დროს მისი თავიდან აცილება.

მაგალითად, მედიცინის მუშაკს, როგორც სამართლებრივ გარანტს, ევალუება, იზრუნოს საავადმყოფოში მიყვანილ მძიმედ დაშავებულზე. თუ იგი მას მიატოვებს აუცილებელი დახმარების გარეშე და ეს სიცოცხლის მოსპობით დამთავრდება, დადგება საკითხი მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილით გათვალისწინებული პირობის დამტკიცებისა (სავალდებულო და შესაძლო ქმედებით თუ იქნებოდა თავიდან აცილებული ის მართლსაწინააღმდეგო შედეგი, რომლის დადგომის საფრთხე სხვა გარემოებით იყო დაფუძნებული?).

ამდენად, ეს მესამე პირობა აშკარად ხაზს უსვამს იმას, რომ დამდგარი შედეგის წარმმართველია სულ სხვა ძალა, რომლის განეიტრალება ევალუება მხოლოდ სამართლებრივ გარანტს. რაც შეეხება სისხლის სამართლის საერთო სუბიექტს, მისთვის ამ ძალების განეიტრალება არაა სამართლებრივი მოვალეობა, არამედ მხოლოდ სოლიდარული (მოქალაქეობრივი) ვალია.

ჩვენს მიერ მოყვანილ მაგალითში მიზეზობრიობის წარმართველი ძალა იყო ავარიის შედეგად გამოწვეული ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანების გამო ორგანიზმში მიმდინარე პათოლოგიური მოვლენები და არა მძლოლის უმოქმედობა. ამდენად, მძლოლი სიკვდილის პირას მყოფის მიმართ უმოქმედობის გამოჩენის ფაქტით არ ცდილობდა (და ვერც შეცდებოდა) დაეფუძნებინა ახალი საფრთხე და დაეჩქარებინა სასიკვდილო შედეგი - დაშავებული ისედაც იმყოფებოდა სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში (ანუ სიკვდილის პირას) და აუცილებელი იყო სასწრაფო სამედიცინო დახმარება. შესაბამისად, მძლოლი ახალ საფრთხეს უმოქმედობით ვერც დააფუძნებდა და ვერც შექმნილ საფრთხეს აამაღლებდა. მისი კონფლიქტი სამართალთან მხოლოდ იმაში გამოვლინდა, რომ თავისი უმოქმედობით შეგნებულად ხელი არ შეუშალა საფრთხის ბუნებრივი გზით განვითარებას.

მოცემულ შემთხვევაში ახალი საფრთხის დაფუძნება ან შექმნილი საფრთხის ამაღლება შესაძლებელი იყო მხოლოდ მოქმედებით. მაგალითად, თუ დაგუშვებთ, რომ მძლოლმა დაშავებულს, რომელშიც შეიცნო მისი მტერი, დაახალა ტყვია და მოკლა (ან დაახრჩო იგი). ამ დროს სახეზეა მკვლელობა დამამძიმებელ გარემოებაში - წინასწარ შეცნობით უმწეო მდგომარეობაში მყოფი პირისა, რადგან მძლოლმა დაშავებულის მიმართ ახალი საფრთხე დააფუძნა, რომელმაც დააჩქარა ავტო-ავარიით დაზარალებული პირის სიკვდილი, რომელიც შესაძლოა, მოგვიანებით მაინც დამდგარიყო.

შესაბამისად, ამ დროს სიკვდილი დგება არა ავარიით მიყენებული დაზიანების ბუნებრივად განვითარების შედეგად, არამედ მძლოლის მიერ ახალი (და თანაც განზრახი) ქმედებით დაფუძნებული საფრთხის შედეგად, რომელმაც ამჟამად გამოიწვია სიკვდილი. აქ უკვე მნიშვნელობა არა აქვს იმას, ასეთი შედეგი მალევე მაინც დადგებოდა თუ არა.

ამდენად, ზემოთ ხსენებულ მაგალითში, დაზარალებულის სიკვდილი ობიექტურადაც არ დაჩქარებულა. მძლოლს, როგორც სამართლებრივ გარანტს, მოცემულ ვითარებაში ევალებოდა, მიეღო ზომები სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში უკვე მყოფი პირის ამ მდგომარეობიდან გამოსაყვანად, რაც მან მისი მოკვლის სურვილის გამო არ გააკეთა („არ

გამოიხსნა“ იგი სიცოცხლისათვის საშიში მდგომარეობიდან) და მკვლელობის მცდელობაც ამაში გამოიხატება.

აქვე უნდა ითქვას შემდეგი: არაა გამორიცხული, უმწეო მდგომარეობაში მყოფი პირის მკვლელობა, რაც ჩადენილი იყო უმოქმედობით, ზოგჯერ შეფასდეს, როგორც მკვლელობის დამამძიმებელი გარემოება - მკვლელობა უმწეო მდგომარეობაში მყოფი პირისა (მუხ. 109). ეს ის შემთხვევაა, როცა სამართლებრივი გარანტი თავისი უმოქმედობით აფუძნებს სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობას, რომელიც არ წარმოიშობოდა, თუკი იგი შეასრულებდა მასზე სამართლებრივად დაკისრებულ, სავალდებულო და შესაძლო ქმედებას.

მაგალითი: ცოლს მოებზრდა მისი ღრმად მოხუცებული, უმწეო მდგომარეობაში მყოფი ქმრის მოვლა, რომელსაც დამოუკიდებლად გადაადგილება არ შეეძლო და მისი თავიდან მოშორება გადაწყვიტა. ამ მიზნის მისაღწევად იგი რამდენიმე კვირით წავიდა ნათესავებთან და მზრუნველობის გარეშე დატოვა მოხუცი ქმარი მიუხედავად იმისა, რომ იცოდა, მართო დარჩენილი მოხუცი თავის თავს ვერ მიხედავდა და საკვებისა და წყლის გარეშე დარჩებოდა. საკვებისა და წყლის გარეშე დარჩენილი უმწეო მდგომარეობაში მყოფი მოხუცი ორ კვირაში გარდაიცვალა.

სახეზეა წინასწარ შეცნობით უმწეო მდგომარეობაში მყოფი პირის მკვლელობა უმოქმედობით (მუხ. 109), რადგან ეს შემთხვევა აკმაყოფილებს უმოქმედობით ამ სახის მკვლელობის ყველა პირობას. რატომ? სახეზეა სამართლებრივი გარანტი, რომელსაც ევალებოდა უმწეო მდგომარეობაში მყოფი მეუღლის მოვლა; სამართლებრივ გარანტს შეეძლო უმწეო მდგომარეობაში მყოფი მეუღლის მიმართ სავალდებულო ქმედების (მისი კვებისა და მოვლის) უზრუნველყოფა; მას რომ შეესრულებინა ეს სავალდებულო და შესაძლო ქმედება, მეუღლის სიკვდილი ამჯერად არ დადგებოდა. ეს კი იმას ნიშნავს, რომ სახეზეა უმოქმედობის მიზეზობრიობის სამივე პირობა.

ამას ემატება ის, რომ სამართლებრივი გარანტს სურდა მისი მეუღლის მოკვლა. ამდენად, სახეზეა პირდაპირი განზრახვა დამდგარი შედეგისადმი.

საკითხავია, რით განსხვავდება ეს შემთხვევა მძლოლის მიერ ჩადენილი უმოქმედობისაგან? იქაც ხომ თითქოს ანალოგიურ გარემოებებთან

გვაქვს საქმე? მათ შორის განსხვავება შემდეგშია:

პირველ მაგალითში ავარიის შედეგად დაშავებული პირის უმწეობა გამოიხატება იმაში, რომ იგი იმყოფება სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში, რომელსაც სასწრაფოდ სჭირდება კვალიფიციური სამედიცინო დახმარება. მეორე მაგალითში კი პირი იმყოფება სხვაგვარ უმწეო მდგომარეობაში, რაც არაა დაკავშირებული სიცოცხლისათვის საშიშ ვითარებასთან – მისი უმწეობა მხოლოდ იმაში გამოიხატება, რომ არ შეუძლია, დამოუკიდებლად მოუაროს თავს. სხვა მხრივ, მას არ სჭირდება სამედიცინო დახმარება.

აქედან გამომდინარე, პირველ მაგალითში სამართლებრივ გარანტს ევალუება, მიიღოს სასწრაფო ზომები პირის სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობიდან გამოსაყვანად, რაც მან არ გააკეთა. მეორე მაგალითში კი სამართლებრივ გარანტს მეუღლის მიმართ ევალუებოდა მხოლოდ ელემენტარული ადამიანური პირობების შექმნა კვებითა და სათანადო მოვლით, რაც მან არ გააკეთა.

შესაბამისად, პირველ მაგალითში სამართლებრივმა გარანტმა (მძღოლმა) „არ გამოიხსნა“ სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობიდან დაშავებული, რამაც გამოიწვია მისი სიკვდილი მიყენებული დაზიანების ბუნებრივად განვითარების შედეგად; ხოლო მეორე მაგალითში ცოლმა თავისი უმოქმედობით (საკვების მიუცემლობით) უმწეო მდგომარეობაში მყოფი მეუღლე (რომელიც არ იმყოფებოდა სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში, „ჩააგდო“ სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში და ამ გზით ნელ-ნელა (გარკვეული დროის განმავლობაში) მოკლა.

ეს ორი შემთხვევა შეიძლება შემდეგნაირად გამოვსახოთ სათანადო ფორმულებით:

პირველ მაგალითში მკვლევლობის ფორმულაა:

სამართლებრივი გარანტის პირდაპირ განზრახვას + მისი უმოქმედობა + დაზარალებულის უმწეო მდგომარეობა (კერძოდ, უკვე არსებული სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობა) = დაზარალებულის სიკვდილს (მართივი მკვლევლობა – მუხ. 108);

მეორე მაგალითში მკვლევლობის ფორმულაა:

სამართლებრივი გარანტის პირდაპირ განზრახვას + მისი უმოქმედო-

ბა + დაზარალებულის უმწეო მდგომარეობა (რომელიც არაა სიცოცხლისათვის საშიში მდგომარეობა) = სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობას (და არა სიკვდილს).

შემდეგ კი, უკვე შექმნილ საშიშ მდგომარეობას + სამართლებრივი გარანტიის პირდაპირი განზრახვა + გარანტიის უმოქმედობა (რომელიც გრძელდებოდა რამდენიმე კვირის განმავლობაში) = დაზარალებულის სიკვდილს (მკვლელობა დამამძიმებელ გარემოებაში - მუხ. 109).

როგორც ვხედავთ, აქ სიკვდილის მიზეზი არაა პირის მოხუცებულობით გამოწვეული უმწეო მდგომარეობა, არამედ მისი მიზეზია შიმშილის გამო ორგანიზმის დასუსტება. მისთვის საკვების მიცემა რომ არ შეეწყვიტათ, ამჯერად სიკვდილი არ დადგებოდა. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, სიკვდილი არ დამდგარა მოხუცებულობის ბუნებრივი განვითარების შედეგად, არამედ იგი დადგა იმ ახალი საფრთხის (შიმშილის) ბუნებრივი განვითარების შედეგად, რომელი საფრთხეც დააფუძნა სამართლებრივი გარანტია (მეუღლემ) თავისი უმოქმედობით.

პირველ მაგალითში კი სასიკვდილო შედეგი დადგა აგარიით გამოწვეული ტრავმის ბუნებრივად განვითარების შედეგად (და არა მძღოლის მიერ დაფუძნებული რაიმე ახალი საფრთხის გამო). ამდენად, მეორე მაგალითში სამართლებრივი გარანტია (ცოლმა) გამოიყენა ქმრის უმწეობა მისი მოკვდინებისათვის, რადგან თავისი უმოქმედობით ჯერ ჩააგდო ქმარი სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში, შემდეგ კი ნელ-ნელა მოკლა იგი.

შესაბამისად, არ შეიძლება მიეცეს ერთნაირი სამართლებრივი შეფასება ვითარებას, როცა სამართლებრივი გარანტი მოკვლის განზრახვით „არ გამოიხსნის“ პირს სხვა მიზეზით უკვე შექმნილი სიცოცხლისათვის საშიში მდგომარეობიდან და იმ ვითარებას, როცა გარანტი ასეთივე განზრახვით, უმოქმედობით „ჩააგდებს“ უმწეო მდგომარეობაში მყოფ პირს სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში და ამ გზით თანდათან კლავს მას.

მართალია, ამ უკანასკნელ შემთხვევაში სხვა სახის დამამძიმებელი გარემოებაცაა სახეზე (მკვლელობა, ჩადენილი განსაკუთრებული სისასტიკით), მაგრამ ეს საკითხის სხვა მხარეა.

მივუბრუნდეთ ზემოთ ხსენებულ შემთხვევას, როცა მძღოლმა სიკვდილის გამონწვევის მიზნით დატოვა დაშავებული დახმარების გარეშე. როგორ უნდა დაკვალიფიცირდეს ქმედება, თუკი ამ შემთხვევას მოჰყვა დაშავებულის სიკვდილი? დასმულ კითხვას შეიძლება პასუხი გაეცეს ორ ვარიანტში.

პირველი ვარიანტი - შესაძლებელია (შესაძლებელია და არა აუცილებელი) მძღოლის ქმედება სსკ-ის 276-ე მუხლის მეოთხე ნაწილისა (და არა მეექვსე ნაწ.) და უმოქმედობით ჩადენილი მკვლევლობის (მუხ. 108) ერთობლიობით დაკვალიფიცირდეს, თუ სახეზეა უმოქმედობის მიზეზობრიობის სამივე წინაპირობა, რაც გათვალისწინებულია საქართველოს სსკ-ის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილით: 1. პირს ეკისრებოდა მოქმედების სპეციალური სამართლებრივი მოვალეობა (სამართლებრივი გარანტი); 2. მას ჰქონდა ასეთი მოქმედების განხორციელების შესაძლებლობა; 3. შესაძლო და სავალდებულო ქმედებით შედეგი თავიდან იქნებოდა აცილებული.

მოცემულ მაგალითში სადავო არაა პირველი და მეორე წინაპირობის არსებობა. გასარკვევია მხოლოდ მესამე წინაპირობის არსებობა. ეს საკითხი სათანადო ექსპერტიზის დასკვნის საფუძველზე უნდა გადაწყდეს. კერძოდ, თუ დადგინდა, რომ მძღოლის მიერ შესაძლო და სავალდებულო ქმედებით დაშავებული სიკვდილს გადაურჩებოდა, მას ეს შედეგი (სიკვდილი) შეერაცხება და საბოლოოდ მისი ქმედება სსკ-ე 276-ე მუხლის მეოთხე ნაწილთან ერთად მკვლევლობის მუხლითაც დაკვალიფიცირდება (მუხ. 108).

აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ექსპერტიზის დასკვნა უნდა იყოს კატეგორიული. თუკი დასკვნა სავარაუდოა („მისი გადარჩენის შანსი მნიშვნელოვნად გაიზრდებოდა“ ან „შესაძლოა, იგი გადარჩენილიყო“), მაშინ მძღოლს ეს შედეგი (სიკვდილი) შეერაცხება სსკ-ის 276-ე მუხლით (მისი მე-6 ან მე-8 ნაწ.), როგორც მიყენებული ტრავმისაგან გამონწვეული შედეგი. მას ეს შედეგი არ შეერაცხება მკვლევლობის მუხლით, რადგან სახეზე არაა უმოქმედობის მიზეზობრიობის მესამე წინაპირობა. შესაბამისად, ყოველგვარი ეჭვი (მათ შორის გონივრულიც) უნდა გადაწყდეს პირის სასარგებლოდ.

ამდენად, ამ უკანასკნელ შემთხვევაში ქმედება შეიძლება დაკვალიფიცირდეს სსკ-ის 276-ე მუხლის მეექვსე ნაწილით და მკვლევლობის

მცდელობით (მუხ. 19, 108).

მეორე ვარიანტი: მძღოლის ქმედება, როცა მან მოკვლის მიზნით მიატოვა დაშავებული, რომელიც მიყენებული დაზიანებისაგან გარდაიცვალა, ყველა შემთხვევაში უნდა დაკვალიფიცირდეს არა მკვლელობით, არამედ მკვლელობის მცდელობით (მუხ. 19, 108) და სსკ-ის 276-ე მუხლის მე-6 ნაწილით (მოძრაობის უსაფრთხოების წესის დარღვევა, რამაც გამოიწვია ადამიანის სიცოცხლის მოსპობა, თუ სსკ-ის მე-8 მუხ. მე-3 ნაწილის საფუძველზე დადგენილია მიზეზობრივი კავშირი მძღოლის მიერ ჩადენილ დარღვევასა და დამდგარ სიკვდილს შორის).

საკითხავია, რატომ მკვლელობის მცდელობით და არა მკვლელობით, თუკი შესაძლებელია იმის დადგენა, რომ შესაძლო და სავალდებულო ქმედებით მძღოლი თავიდან აიცილებდა სასიკვდილო შედეგს? ამ კითხვას ასეთი პასუხი უნდა გაეცეს: საქმე ისაა, რომ დაშავებულისათვის დახმარების აღმოუჩენლობა უმოქმედობაა. უმოქმედობა კი, როგორც ზემოთ აღინიშნა, არასოდეს არაა მიზეზობრიობის წარმმართველი ძალა. იგი არც ამ შემთხვევაში იყო ასეთი ძალა. მიზეზობრიობის წარმმართველი ამ მაგალითში იყო ის დაზიანება (მძიმე ხარისხის დაზიანება), რაც მსხვერპლმა მიიღო მძღოლის წინარე ქმედებით (მოძრაობის უსაფრთხოების წესის დარღვევით). სწორედ ამ დაზიანების ბუნებრივად განვითარებას მოჰყვა დაშავებულის სიკვდილი.

ამდენად, უფრო სამართლიანი იქნება სასიკვდილო შედეგი აისახოს იმ ნორმაში (სსკ-ის 276-ე მუხლში), რომლის მოთხოვნის დარღვევით მძღოლმა დააფუძნა სიცოცხლისათვის სახიფათო დაზიანება, რაც უშუალო მიზეზობრივ კავშირში იყო დამდგარ სასიკვდილო შედეგთან. შესაბამისად, მძღოლის შემდგომი ქმედება (დახმარების აღმოუჩენლობა), ცალკე უნდა შეფასდეს იმის მიხედვით, თუ რა დამოკიდებულება ჰქონდა დამრღვევ მძღოლს მოსალოდნელი სასიკვდილო შედეგის მიმართ.

კერძოდ, თუ იგი იმედოვნებდა, რომ სხვები აიცილებდნენ ამ შედეგს, ანდა სასიკვდილო შედეგთან აკავშირებდა არაპირდაპირი განზრახვა (არ სურდა დაშავებულის სიკვდილი, მაგრამ მიყენებული დაზიანების შედეგად არც გამორიცხავდა მის გარდაცვალებას), სახეზეა განსაცდელში მიტოვება (მუხ. 128-ე). ხოლო, როცა მძღოლმა მოკვლის მიზნით მიატოვა დაშავებული დახმარების გარეშე, სსკ-ის 276-ე მუხლის შესაბა-

მის ნაწილთან ერთად ქმედება უნდა დაკვალიფიცირდეს მკვლევლობის მცდელობით – მუხ. 19, 108. ეს იმას ნიშნავს, რომ საქმეში უნდა დადგინდეს მიზეზობრივი კავშირი მძღოლის წინარე ქმედებასა (მოძრაობის უსაფრთხოების ან ტრანსპორტის ექსპლუატაციის წესის დარღვევა) და დამდგარ სასიკვდილო შედეგს შორის. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, უპირატესობა უნდა მიენიჭოს უშუალოდ და რეალურად დასადგენ მიზეზობრივი კავშირის საკითხს. ამდენად, არაა საჭირო დაინიშნოს ექსპერტიზა იმის ჰიპოთეტურად დადგენისათვის, მძღოლის შესაძლო და სავალდებულო ქმედებით დაშავებულის სიკვდილი თუ იქნებოდა თავიდან აცილებული.

ისმის კითხვა, თუკი ეს ასეა, მაშ რა შემთხვევისათვის შემოიღო კანონმდებელმა სსკ-ის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილის დანაწესი (უმოქმედობის მიზეზობრიობა)? ხომ არ გამოდის, რომ ქმედების ზემოთ მითითებული ვარიანტისათვის მხარდაჭერის შემთხვევაში სსკ-ის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილი ჩვენს კოდექსში ზედმეტი აღმოჩნდება?

ამ კითხვის პასუხად უნდა ითქვას შემდეგი: სსკ-ის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილის დანიშნულებაა, დაადგინოს უმოქმედობის მიზეზობრიობა იმ შემთხვევებში, როცა საფრთხე არ იყო დაფუძნებული პირის წინარე ქმედებით, არამედ სიცოცხლისათვის სახიფათო საფრთხე დაფუძნდა სხვა გარემოების გამო. მაგალითად, სხვა ბუნებრივი ფაქტორების მიზეზით (ვთქვათ, სტიქიის გამო) მიღებული ტრავმით, რის გამოც მას სჭირდება აუცილებელი დახმარება, რაც ევალეზა გარანტს; სხვა პირთა გაუფრთხილებელი, თუ განზრახი ქმედებით (ვთქვათ, როცა ადამიანს თავს დაესხნენ და მიაყენეს მძიმე დაზიანება); ორგანიზმში განვითარებული დაავადებით (ვთქვათ, ადამიანს დაეწყო გულის შეტევა), რის გამოც მას სჭირდება აუცილებელი დახმარება, რაც ევალეზა სამართლებრივ გარანტს; ანდა პირის უმწიბრობის გამო საკუთარი თავისადმი მოვლა-პატრონობის შეუძლებლობით (ვთქვათ, მცირეწლოვანს არ შეუძლია გამოიკვებოს თავისი თავი), რაც ევალეზა მის სამართლებრივ გარანტს, რომელიც ამას არ ასრულებს და ა.შ.

შესაბამისად, სსკ-ის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილის დანიშნულება არაა მიზეზობრივი კავშირის დადგენა იმ შემთხვევაში, როცა პირი თავისი წინარე ქმედებით (რაც შეიცავს სხვა დანაშაულის ნიშნებს), აფუძნებს სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობას, რისი ბუნებრივი განვითარების შედეგადაც

დგება მართლსაწინააღმდეგო შედეგი (მოცემულ მაგალითში მძლოლმა სწორედ თავისი წინარე ქმედებით (რაც შეიცავდა სსკ-ის 276-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის (მისი მე-4 ნაწ.) ნიშნებს, დააფუძნა სიცოცხლისათვის საშიში მდგომარეობა).

როცა გვაქვს იმის სამართლებრივი ფუფუნება, რომ ორი სახის მიზეზობრიობიდან ავირჩიოთ ერთ-ერთი, უნდა ავირჩიოთ იმ ქმედების მიზეზობრიობა, რომელიც დგინდება რეალურად (და არა ჰიპოთეტურად) და რომელიც მიზეზობრიობის წარმმართველი ძალაა. ასეთია მოქმედების მიზეზობრიობა. ასეთი ნამდვილად არაა უმოქმედობის მიზეზობრიობა. შესაბამისად, შეზღუდულად უნდა იქნას განმარტებული და პრაქტიკაში გამოყენებული საქართველოს სსკ-ის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილი, რაც ითვალისწინებს უმოქმედობის მიზეზობრიობის საკითხს.

ხელოვნება, საზოგადოება, სისხლის სამართალი - კონფლიქტური ურთიერთობის მსკიპი

პროფ. დოქტ. ბენო ცაბელი, ბონის უნივერსიტეტი

ჩვენ მუდამ ვხვდებით კონფლიქტს ხელოვნებასა და სისხლის სამართალს, თანამედროვე საზოგადოებასა და მართლმსაჯულებას შორის. სწორედ ეს იწვევს ცხარე საჯარო განხილვებსა და დისკუსიებს ხელოვნების დამოუკიდებელი ღირებულებისა და მისი სამართლებრივი რეგულირების ფარგლების თაობაზე. გერმანიაში არაერთი იურიდიული და დოგმატური დებატების საფუძველს წარმოადგენს ის, თუ რომელი კონკრეტული წინაპირობის არსებობის შემთხვევაში უნდა მოხდეს სისხლის-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის საკითხის წამოჭრა. აღნიშნულისაგან განსხვავებით, შედარებით იშვიათად განიხილება მათი ურთიერთგავლენები და პოლიტიკურ-სამართლებრივი მნიშვნელობა. წინამდებარე ნაშრომში სწორედ ამ უკანასკნელზე გავამახვილებთ ყურადღებას.

ხელოვნებასა და სისხლის სამართალს შორის არსებული ურთიერთობის განხილვა გარკვეულ კონიუნქტურას ექვემდებარება. თუკი ადრე იურისტები ამ დებატებში მხოლოდ მეორეხარისხოვან როლს ასრულებდნენ, დღეისათვის ისინი მასში უფრო და უფრო მეტად ერევიან. აღნიშნულ თემასთან დაკავშირებით ტარდება არაერთი სიმპოზიუმი, გამოფენა და კიდევ უფრო ხშირად ვხვდებით თემატურ დისკუსიებს. მაგრამ რა ხდის მაინც ამ თემას ასე საინტერესოს? ნათელია, რომ ბოლო წლების განმავლობაში არაერთი მოვლენა მოხდა, რომელმაც ხელოვნების საზოგადოებრივ მნიშვნელობასა და ხელოვნებისადმი გასატარებელი პოლიტიკის მიმართ ფართო საზოგადოება ბევრად უფრო სენსიტიური გახადა. თავდაპირველად ვფიქრობდით მხოლოდ მესამე რაიხის დროს მოპარული ხელოვნების ნიმუშების პრობლემაზე, მოგვიანებით კი გურლიტის შემთხვევამ წარმომავლობის შესახებ კვლევის გაძლიერებას შე-

უნყო ხელი¹, რითაც, უფრო მეტიც, თავად Documenta 14-იც კი დაკავდა². ასევე, უფრო და უფრო გახშირდა ხელოვნებისა და აგტორების დაცვის ახლებურ მექანიზმებზე, კოლონიალიზმის შესახებ სწავლებებზე და ა.შ. მსჯელობა.³ თუმცა, წინამდებარე ნაშრომში ყურადღებას გავამახვილებთ იმაზე, რომ ხელოვნებისადმი დამოკიდებულება, რომელიც სისხლისსამართლებრივ კონტექსტში განსაკუთრებით შესამჩნევია, ასევე წარმოადგენს სახელმწიფო-კონსტიტუციური მდგომარეობის და არამხოლოდ ძირითადი უფლებებით დადგენილი სტანდარტის გამოხატულებას, რის გამოც იგი ჩვენი მხრიდან განსაკუთრებულ ყურადღებას იმსახურებს.

შეგვიძლია დავიწყოთ გერმანული დებატების ბოლო ერთ-ერთი ყველაზე დიდი მაპროვოცირებლის, იან ბომერმანის, შეურაცხყოფელი ლექსით თურქეთის პრეზიდენტ ერთდოღანზე. როგორც ცნობილია, ბომერმანმა სატელევიზიო მიმართვაში თურქეთის პრეზიდენტის მისამართით წარმოთქვა ლექსი სახელწოდებით „შეურაცხყოფელი კრიტიკა“, რომელშიც ერთდოღანს უკავშირებდა სექსუალურ და სოციალურად შეურაცხყოფელ ქმედებებს; ამასთანავე, გადაცემაში არაერთხელ იქნა მითითებული, რომ ამ ქმედების მთავარ მიზანს, თითქოსდა, არადასჯად სატირასა და სისხლისსამართლებრივად რელევანტურ შეურაცხყოფელ კრიტიკას შორის არსებული ზღვრის წარმოჩენა წარმოადგენდა⁴. ამის შემდეგ, სრულიად მოულოდნელად, საჯარო ყურადღების ცენტრში მოექცა აკრძალვითი ნორმა, რომლის არსებობაც კი იურისტების უმეტეს-

1 გურლიტის შემთხვევა კარგად არის დოკუმენტირებული შემდეგ ნაშრომში: Meier/Feller/Christ (Hrsg.), *Der Gurlitt-Komplex*, 2017; სამოქალაქოსამართლებრივი დოგმატიკის პერსპექტივიდან იხ: *Bergmann, Der Verfall des Eigentums*, 2015. წარმოშობის შესახებ კვლევა ძირითადად ეძღვნება ხელოვნების ნიმუშებისა და სხვაგვარი სახის ხელოვნების ძეგლების წარმოშობის ისტორიასა და კავშირებს მათი მფლობელობის თაობაზე. კულტურის ისტორიის გერმანული ცენტრი მაგდებურგში გთავაზობს ინფორმაციებს აქტუალურ მდგომარეობაზე. აღნიშნულისათვის იხ.: <https://www.kulturgutverluste.de/Webs/DE/Start/Index.html>.

2 აღნიშნული ყველაზე მეტად შეეხო მარია ეიხბორნის ნამუშევრებს: <http://www.documenta14.de/de/news/23357/rose-valland-institut>.

3 აღნიშნულთან დაკავშირებით იხ.: *Pfennig, Kunst, Markt und Recht*, 3. Aufl. 2016. 4 ინფორმაციისთვის იხ.: *Volkman, Die Causa Böhmernann*, Fachinformationsdienst für internationale und interdisziplinäre Rechtsforschung Staatsbibliothek zu Berlin - Preußischer Kulturbesitz, 2016.

ბას აქამდე საერთოდ შემჩნეულიც კი არ ჰქონდათ. კერძოდ, საუბარია უცხო ქვეყნის მმართველის შეურაცხყოფაზე გსსკ-ის § 103-ის მიხედვით (ხაზგასასმელია, რომ დღეის მდგომარეობით, ნორმა უკვე გაუქმებულია, რაც სატირის სასარგებლოდ განხორციელებულ მნიშვნელოვან ქმედებად შეგვიძლია შევაფასოთ)⁵. ამ მოვლენას ნამდვილი სკანდალი სდევდა თან. ცენტრალური დიპლომატია ცდილობდა კრიზისის დაძლევის, შესაბამისი ფელეტონები ინტერპრეტირებას და სისხლის სამართლის სასამართლოები კი მიყენებული ზიანისათვის სათანადო ფარგლების დანესებას. სატირა, ინსტალაცია, ფოტოხელოვნება ან ის, რასაც მის საფარქვეშ ავრცელებენ, სტრესის ქვეშ აქცევს პოლიტიკასა და ფართო საზოგადოებას, განსაკუთრებით კი სისხლის სამართალს⁶. და მაინც რა წარმოადგენს ამ სტრესის მთავარ საფუძველს?

შევეცადოთ კონფლიქტის უფრო დეტალურად განხილვას. ამ მიზნის მისაღწევად ჩვენ არამხოლოდ ხელოვნებასა და სისხლის სამართალზე, არამედ, სისხლის სამართლის ხელოვნებაზეც უნდა ვიმსჯელოთ, როგორც თემასთან ახლოს მდგომ საკითხზე. კერძოდ, ამ ფორმულირებიდან ნათლად ჩანს, რომ ხელოვნებისა და სისხლის სამართლის კავშირი თავისთავადი და იმავდროულად ცვალებადია. სისხლის სამართალი ხელოვნებას ორგვარი გაგებით უკავშირდება. კერძოდ, სისხლის სამართალი თავად წარმოადგენს (იურიდიულ-მეთოდურ) ხელოვნებას და მეორე მხრივ კი (ესთეტიური) ხელოვნება მის საპირწონედ გვევლინება⁷. ამ მიდგომის ფონზე, ჩვენთვის ნათელია თუ როგორ უპირისპირდება ორი განსხვავებული, შეიძლება ითქვას, რომ სრულიად უცხო სამყარო ერთმანეთს და ამასთან, როგორ ახდენენ ისინი ურთიერთშეგავლენას. განვიხილოთ პირველი შემთხვევა: სისხლის სამართლის, როგორც ხელოვნების ქვეშ, შეგვიძლია მოვიაზროთ გამოხატვის ის კონკრეტული ფორმა, რომლის მეშვეობითაც სისხლის სამართალი საკუთარი ინსტრუმენტებით და საკუთარი პერსპექტივიდან ცდილობს კონფლიქტების მართვას. სხვა

5 გსსკ-ის § 103 2018 წლის პირველი იანვრის მდგომარეობით ამოღებულია.

6 მედია-თეორიული ფონის შესახებ იხ.: *Debord, Die Gesellschaft des Spektakels*, 1996.

7 თანამედროვე ენათმეცნიერებასა და ლათინურ კაზუსტურ სწავლებაში საუბარია *genitivus subjektivus*-სა და *genitivus objektivus*-ზე.

სიტყვებით რომ ვთქვათ, აქ მოიაზრება იურისტების განათლება და განსაკუთრებით კი მათი პრაქტიკული საქმიანობა - იქნება ეს პროკურატურა, სამოსამართლო თუ საადვოკატო საქმიანობა. საქმე ეხება, სათანადო დოგმატური აღჭურვილობის მიმართ არსებულ პროფესიონალურ მიდგომას⁸. სწორედ დოგმატური აღჭურვილობა აძლევს იურისტებს სპეციალური ხელოვნების ან სხვაგვარად რომ ვთქვათ, გადანყვებილების მიღების ხელოვნების განხორციელების შესაძლებლობას (და შესაბამისად, სწორედ ამით განსხვავდება მათი საქმიანობა სხვაგვარი პრაქტიკული საქმიანობებისგან). დოგმატიკა ახდენს გენერალიზაციას, სტრუქტურიზაციასა და სქემატიზაციას. იგი აკონკრეტებს, როგორც იურისტების როლს სამართლებრივ პროცესში, ასევე მათ კომპეტენციას. სწორედ დოგმატური ინსტიტუტების, სათანადო ფიგურებისა და თეორიული მოდელების გამოყენების მეშვეობით შეუძლიათ იურისტებს სამართლებრივად მნიშვნელოვანის უმნიშვნელოსაგან განსხვავება. დოგმატიკა ცოდნის ტრანსფორმაციის ტექნიკას წარმოადგენს. ის გვიხსნის კარს ყოველი ცალკეული შემთხვევის სამართლიანობისკენ. თუმცა, მან ასევე სამართლებრივი სფეროს, მაშასადამე, სისხლის სამართლის, ნორმატიული მთლიანობის (ერთიანობის) უზრუნველყოფაც უნდა მოახდინოს⁹.

მაშასადამე, მისი მეშვეობით უნდა დადგინდეს თუ ვის შეიძლება მივანეროთ სამართლებრივი სიკეთის დაზიანება, სხეულის დაზიანება, შეურაცხყოფა და ა.შ. და იმ შემთხვევისათვის, როდესაც სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის გამორიცხვის საფუძვლები არ გვექნება სახეზე, თუ სასჯელის რომელი სახე მიიჩნევა თანამომიერად¹⁰. როგორც წესი, ჩვენ ვსაუბრობთ პროცესზე, რომელიც ხორციელდება ობიექტური შერაცხვის გაბატონებული წესების შესაბამისად და სათანადო სისტემის

8 ზოგადად იურისტების დოგმატიკის, მეთოდისა და არგუმენტაციის შესახებ: Jestaedt (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, ასევე იხ.: *Gröschner*, *Dialogik des Rechts*, 2013 და ბოლოს, *Bumke*, *Rechtsdogmatik*, 2017.

9 დეტალები იხ.: *I. Augsberg*, *Lob der Dogmatik*, rescriptum 2014, S. 63 ff.; *Bumke*, *Rechtsdogmatik*, S. 44 ff. und öfter sowie *Steinhauer*, *Vom Scheiden*, 2014.

10 მაშასადამე, საქმე ეხება ტიპურ სისხლისსამართლებრივი შერაცხვის სისტემას, რომელიც შედგება ქმედების შემადგენლობისგან, მართლწინააღმდეგობისა და ბრალისგან; მთლიანობაში სამართლებრივი სიკეთის დაზიანება წარმოადგენს ბრალეულ ქმედებას, ბევრისაგან განსხვავებით, აღნიშნულთან დაკავშირებით შეად.: *Zabel*, *Die Ordnung des Strafrechts*, 2017.

დაცვით¹¹. სისხლის სამართალი - და განსაკუთრებით, ასევე კონსტიტუციური სამართალი - წარმოიქმნება არგუმენტაციის, სუბსუმციისა და განსჯის ხელოვნებიდან. ეს ხელოვნება შემდგომ საზოგადოების წინაშე ვლინდება დეფინიციების ჩამოყალიბებით, კანონების ცვლილებებითა და გადაწყვეტილებებით. ხელოვნების თავისუფლების კონსტიტუციური და სისხლისსამართლებრივი დოგმატიზაცია დამოუკიდებელ სპეციალურ სფეროდაც კი შეგვიძლია მოვიხსენიოთ. ამ საკითხს მოგვიანებით კიდევ ერთხელ დავუბრუნდებით.

„სისხლის სამართლისა და ხელოვნების“ აღნიშნული იშვიათად განხილული პერსპექტივა უპირისპირდება მეორე მათ, ასე ვთქვათ, ურთიერთდაპირისპირების პერსპექტივას. სისხლის სამართლის ხელოვნებაზე საუბარს საბოლოოდ მივყავართ ხელოვნებად, რომელიც სისხლის სამართლისათვის წინააღმდეგობის განწევას ცდილობს. ეს ესთეტიური ხელოვნება, თითქოსდა, სისხლის სამართლის ფარგლებს მიღმა არსებობს და მის „დოგმატურ“ ხელოვნებაზე ადრე წარმოიქმნა. იან ბომერმანის ლექსი თურქეთის პრემიერდენტზე, ჯონათან მესეს პროვოკატორული მიდგომა ნაცისტური სიმბოლიკის მიმართ და ბუშიდოს განგსტა რეპი „სტრესი საფუძვლის გარეშე“ წარმოადგენენ მაგალითებს იმისა, თუ როგორ შეიძლება ორი სამყარო ერთმანეთს მასიურად დაეჯახოს¹². და მაინც, როდის გვაქვს საქმე, იურიდიული გაგებით, შუერაცხყოფასთან, რელიგიის ლანძღვასთან ან სახალხო ამბოხთან? ეს არ არის იმ შემთხვევის მსგავსი, როდესაც კედლის მცველები (საუბარია ბერლინის კედელზე), კანიბალები ან ავტომანქანის გადაჭარბებული სიჩქარით მმართველი თავხედი პირები სისხლის სამართალს ყურადღებას არ აქცევენ. როგორც ჩვენთვის აქტუალური გადაწყვეტილებებიდან ნათელი ხდება, აქ სულ სხვა შემთხვევასთან გვაქვს საქმე¹³. დოგმატიკა და სასამართლო პრაქტი-

11 სისხლის სამართალში დანაშაულის შერაცხვის შესახებ სწავლებასთან დაკავშირებით იხ.: *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, 2005; *Jakobs*, Das System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, და ახლახანს ასევე, *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017.

12 მღელვარებას, რომელიც მესესა და ბუშიდოს ქმედებებს თან სდევდა, აქ დეტალურად არ განვიხილავთ.

13 BGHSt 39, 1; 40, 218; 41, 101; 50, 80 და ახლახანს მიღებული შემდეგი გადაწყვეტილებები: LG Berlin NStZ 2017, 471 und BGHSt 63, 88.

კა მუდამ მკაცრი შემოწმების ქვეშ დგება და სასამართლო პრაქტიკა ისევ და ისევ ვალდებულია მიიღოს საზოგადოებრივად მისაღები გადაწყვეტილება. ჩვენ აქ თავს შევიკავებთ დეტალების განხილვისგან, მაგრამ ხაზგასმით აღვნიშნავთ, რომ ხელოვნებასთან დაკავშირებით არსებული სამართლებრივ და საზოგადოებრივ მიდგომებს თავისებურებები ახასიათებთ. და მაინც, რატომ?

ვცადოთ კითხვას სამართლის ფარგლებს მიღმა ვუპასუხოთ: ბერლინელი ხელოვნების ისტორიკოსი ჰორსტ ბრედეკამში მის მიერ განხორციელებულ კვლევაში სახელწოდებით „ხელოვანები, როგორც დამნაშავეები“ საუბრობს ხელოვნებისა და პოლიტიკური ძალაუფლების განსაკუთრებულ ურთიერთობაზე ადრეული მოდერნიზმის ხანაში. ბრედეკამში ცდილობს ამ ურთიერთობის წარმოჩენას იმით, რომ იგი იკვლევს რამდენიმე სისხლისსამართლებრივად დასჯილი ხელოვანის შემთხვევას და მათზე „სისხლისსამართლებრივი ძალაუფლების“ რეაქციას¹⁴. აღნიშნული მიდგომა იმით არის საინტერესო, რომ ის, პირველ რიგში, კონცენტრირებულია არა ხელოვნებაზე - როგორც მსხვერპლსა და დამნაშავეზე, არამედ თავად კრიმინალ ხელოვანებზე. ბრედეკამში გვიჩვენებს, რომ ისეთ „შიშველ“ ხელოვანებს, როგორებიც არიან მიქელანჯელო, ცეზარი და ბერნინი, განსაზღვრული სამართლებრივი თავისუფლება მიენიჭათ, რითაც, საბოლოოდ, როგორც დღეს ვიტყვით, ისინი სისხლისსამართლებრივი სასჯელებისგან „გათავისუფლებულნი“ იქნენ¹⁵. ერთ-ერთ განსაკუთრებით თვალშისაცემ მაგალითს წარმოადგენს ბენვენუტო ჩელინი. ჩელინიმ - რომელიც ჩვენ გოეთეს ნამუშევრებიდან გვახსოვს, როგორც ეგზალტირებული რენესანსის ხელოვანი - მოქანდაკე, მწერალი და მუსიკოსი - სასტიკი შურისძიებით მოკლა მისი ძმის მკვლეელი შუა ქუჩაში, ხოლო მოგვიანებით კიდევ მისი ერთ-ერთი კონკურენტი პაპის მონეტარიუსის თანამდებობის გამო. სათანადო სასჯელსა და ამით სიკვდილის დასჯას ის პაპმა პავლე მესამემ გადაარჩინა შემდგომი მითითებით: „ჩვენ გვჭირდება ხელოვანები. რისი გაკეთება შეგვიძლია ჩვენ მათი სულისა და გენიალურობის გარეშე?“ და გარდა ამისა, მან ასევე აღნიშნა, რომ „გაითვალისწინეთ, რომ ისეთი კაცები, როგორიცაა ბენვენუტო, თავის პროფე-

14 *Bredekamp, Der Künstler als Verbrecher, 2007.*

15 *Bredekamp (Fn. 14), S. 9 ff., 23 ff.*

სიაში განუმეორებელი არიან და არ ექვემდებარებიან კანონს¹⁶. იმაში, რაც ჩვენ, თითქოსდა, აბსურდული გვეჩვენება, თავისი ღრმა აზრი დევს. ხელოვანის დანაშაული უკანა პლანზე იწევს ხელოვნების სამოგადოებრივი მნიშვნელობის გამო - ყოველ შემთხვევაში, მმართველის გადმოსახედიდან. ჩვენ ასევე შეგვიძლია იმის თქმა, რომ პიროვნება ასე თუ ისე მთლიანად ქრება არტეფაქტების უკან. ბრედეკამში ვარაუდობს, რომ ამ გამონაკლის შემთხვევაში, მხოლოდ და მხოლოდ პაპის და იმპერატორის ძალაუფლების ჩვენება არ ასრულებდა გადამწყვეტ როლს, არამედ, უნდა მომხდარიყო დამოუკიდებლად ქმნის უნარის დემონსტრირება (როგორც ლევიათანი წარმოადგენს ჰობსთან ადამიანის შემოქმედების ნაყოფს). ჩვენ შეგვიძლია ეს შემდგენაირად გავიგოთ: რენესანსის ხელოვანი წარმოადგენდა კანონის დამრღვევს და იმავდროულად თავადვე „პატარა სუვერენს“, რომელიც რაღაც ახალ სტანდარტებს ქმნის¹⁷.

ამგვარ გამონაკლის ქმედებას, თავად უმაღლესი თანამდებობის პირების მხრიდანაც კი, თანამედროვე სამართლებრივი სახელმწიფო დასაშვებად არ მიიჩნევს. სისხლისსამართლებრივ მართლმსაჯულებას მისი დამოუკიდებლობა კონსტიტუციურსამართლებრივი გზით აქვს გარანტირებული¹⁸. პაპები აღარ ერევიან იურისტების საქმიანობაში. თუკი ისინი ამგვარად მოიქცეოდნენ, მესამე ძალაუფლება მათ პროტესტის გზით ხმამაღლა დაუპირისპირდებოდა. რა თქმა უნდა, ხელოვანებიც კანონს ემორჩილებიან. თუმცა, მიუხედავად იმისა, რომ ხელოვანები დღევანდელი მართლმსაჯულების სისტემისათვის ჩვეულებრივ შემთხვევას წარმოადგენენ, არ შეიძლება შეუმჩნეველად დაგვრჩეს, რომ სამართალი ხელოვანებსა და მათ არტეფაქტებზე მტკიცეულად ზემოქმედებს. ხელოვნების თანამედროვე გაგებაში, იქნება ეს სატირის ფორმის, სკულპტურის თუ

16 Cellini, La Vita, herausgegeben von Lorenzo Bellotto, Parma 1996, S. 266; deutsche Übersetzung, Cellini, Die Autobiographie eines Künstlers aus der Renaissance, 2000, S. 222.

17 *Bredenkamp* (Fn. 14), S. 13 ff., 68 ff. ბრედეკამში თავისი თვით აქტის შესახებ ეხება გამონაკლისს კარლ შმიტის თეორიიდან, რომელიც, როგორც ცნობილია, საგანგებო მდგომარეობის თაობაზე გადაწყვეტილების მიღებას, პოლიტიკური სუვერენიტეტის ცენტრალურ მახასიათებლად მიიჩნევს, შეად.: *Schmitt, Politische Theologie*, 1922/ 2004, S. 13.

18 შეიძლება ვიფიქროთ მხოლოდ გერმანიის ძირითადი კანონის 97-ე და 101-ე მუხლებზე.

მხატვრობის სახით, კვლავ ჩანს ესთეტიური სუვერენიტეტის ნაკვალები. ხელოვნება მიიჩნევა სუბლიმაციისა და კრიტიკის ავტონომიურ ფორმად, თანამედროვე ცხოვრების ფორმების ესთეტიზაციად. ხელოვნების ძალა მდგომარეობს სწორედ იმაში, როგორც ამას ფრანკფურტელი ფილოსოფოსი კრისტოფ მანკე აღნიშნავს, რომ რეფლექსურად გაარღვიო ის, რაც ჩვეული და განმეორებადია, თანაც იმგვარად, რომ არ ექვემდებარებოდე პრაქტიკულ-იურიდიული განსჯის რაციონალობას. ხელოვნებას შეუძლია ჩვენ გვაჩვენოს, რომ იმისაგან განსხვავებით, რაც ჩვენ გვგონია, ჩვენი სამყარო ორად გახლეჩადი, შეიძლება ნაწილაკებად დანაწევრებადიც კი არის¹⁹. ამას ემატება კიდევ ერთი ასპექტიც: კანტისა და შილერის მიერ წარმოდგენილი ხელოვნების გაგების გვერდით, რომელსაც „უინტერესო სიამოვნებასთან“, მორალის, მიზნებისა და ბუნებითი კანონების ავტონომიასთან მივყავართ²⁰, წარმოიქმნა ხელოვნების კულტურა, რომელსაც სურს სოციალურ სივრცეში მნიშვნელობის მოპოვება. ხელოვნება, რომელიც თავისი თავისთვის მინიჭებულ თავისუფლებაში ასახავს რაიმეს, პერფორმანსის შედეგად დამსხვრეული ესთეტიკაა, არა მხოლოდ მნიშვნელობასმოკლებული, არამედ მის L'art pour l'art-Attitude-ს საფუძველზე სხვა არაფერი თუ არა ესთეტიური სოლიფიზმი. ე.წ. „მოქმედების ხელოვანი“ იომეფ ბოისი მის მიერვე „გავართობული ხელოვნების ცნებით“ წარმოადგენს ემანსიპირებული ხელოვნების პროდუქციის, ხელოვნების აღქმისა და ხელოვნების მარკეტინგის წინამძღოლსა და პროტაგონისტს. მისი წარმოდგენით, ესთეტიური კონცეფციები თავად ან უნდა დაუახლოვდნენ საზოგადოებრივ სტრუქტურებს ან საერთოდ არა. ბოისის ნამუშევარი, სახელწოდებით „დიურერ, პირადად მე დავათვალიერებინებ ბაადერს+მაინჰჰოფს Documenta V-ს“, რომელიც წითელი არმიის ფრაქციის (RAF) მიერ დაწყებული ტერორის თემატიზაციას ახდენდა, პარადიგმატულად გამოხატავს ამ განვითარებას²¹. თუმცა, როგორც ყოველთვის ხდება ხოლმე, იმ მომენტშივე, როდესაც ხელოვნება საჭაროდ გამოიხატება, აუცილებლად წარმოიქმნება ხელოვნების, საზოგადოებისა

19 *Menke*, Die Kraft der Kunst, 2013, S. 11 ff. und öfter.

20 *Kant*, Kritik der Urteilskraft, Akademie-Ausgabe, 1968 (1900), Bd. V, §§ 2-5 (205 ff.); *Schiller*, აღამიანების ესთეტიური აღზრდის შესახებ, მთელ რიგ წერილებში: Werke, Bd. 5, 3. Aufl. 1962.

21 *Beuys*, Art and Politics, in: Mesch (Hrsg.), Beuys. The Reader, 2007, S. 177 ff.

და სამართლის ურთიერთშეჯახება. სწორედ ამ დროს ხდება იურიდიული პრობლემების წინა პლანზე გადმოსვლა.

ხელოვნება, როგორც ეს ჩვენთვის კარგად ცნობილია, თავისუფალია. შეუძლებელია მისი უბრალო უფლებით შემლუღვა (გერმანიის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის მეასამე აბზაცი). მხოლოდ ამ ორი წინადადების უკან მთელი დოგმატური ისტორია და წარმოდგენლად ფართო თეორიული სივრცე იმალება. მისი განხილვა აქ დეტალურად არ განხორციელდება²². ჩვენ მხოლოდ მცირე, ხელოვნებისა და სისხლის სამართლის ურთიერთობისათვის რელევანტური საკითხების განხილვით შემოვიფარგლებით. იქიდან გამომდინარე, რომ არ არსებობს ხელოვნების სპეციალური სისხლისსამართლებრივი დეფინიცია, აუცილებელია ჩვენი ყურადღება მივმართოთ კონსტიტუციურ სამართალსა და გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მართლმსაჯულებაზე. სასამართლოს ერთ-ერთ ცნობილ გადაწყვეტილებაში ჩვენ შეგვიძლია ამოვიკითხოთ, რომ „ჩარევები სახელმწიფოს მხრიდან მით უფრო ნაკლებად დასაშვებია“, რაც უფრო მეტად განეკუთვნება „სადავო ქმედება ხელოვნების თავისუფლების ბირთვის და რაც უფრო მეტად ექცევა იგი შემოქმედების პროცესში (მაშასადამე, ქმნის სფეროში)“²³. გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს ყოფილი მოსამართლე ჰოფმან-რიმი კიდევ უფრო დეტალურად ხნის აღნიშნულს. მისი სიტყვებით, ამგვარი კონფლიქტების შემთხვევაში, თუკი გვსურს ესთეტიურის დამოუკიდებელი ღირებულებისა და გამოგონილის მნიშვნელობისადმი სამართლიანი მიდგომა, აუცილებელია ე.წ. „ხელოვნების წარმონაქმნის ვარაუდს“ დავეყრდნოთ²⁴. ჩვენთვის როგორც კარგად არის ცნობილი, დოგმატური თვალსაზრისით, ზოგადად ხელოვნების ფორმალურ, მატერიალურ და ღია სამართლებრივ ცნებებს გამოყოფენ.

ხელოვნების ფორმალური ცნებისათვის გადამწყვეტია ის ფაქტი, ხელოვნებად წოდებული პროექტი განეკუთვნება თუ არა განსაზღვრულ შემოქმედებით კატეგორიას - მხატვრობა, ფოტოგრაფია, პროზა/ლირიკა

22 თუმცა, იხ.: Fischer/Beduhn (Hrsg.), *Der Künstler und sein Recht*, 2. Aufl. 2007.

23 BVerfGE 77, 240, 254 (Herrnburger Bericht).

24 Hoffmann-Riem, *Sondervotum BVerfGE 119, 48, 52 f.* (Esra).

და ა.შ. მაშასადამე, აღნიშნული ყველაზე ფართო ცნებაა.²⁵ ხელოვნების მატერიალური ცნება ეყრდნობა ესთეტიური ნამუშევრის თავისებურებას, ანუ „თავისუფალ შემოქმედებით ნამუშევარს, რომელშიც ხელოვანის შთაბეჭდილებები, გამოცდილებები, შეგრძნებები გამოხატვის კონკრეტული ფორმის გამოყენებით გამოდის პირდაპირ სინათლეზე“²⁶. ხელოვნების ღია ცნების მიხედვით კი ხელოვნების მთავარი ელემენტი მდგომარეობს იმაში, „რომ მისი შინაარსის გამოხატვის პლურალიზმიდან გამომდინარე, შესაძლებელია ხელოვნების ნიმუშს მისი მუდმივი ინტერპრეტაციის საფუძველზე სულ უფრო და უფრო ფართო მნიშვნელობები მივანიჭოთ“; მაშასადამე, იმგვარად, რომ მისი მეშვეობით ამოუნურავი, მრავალსაფეხუროვანი ინფორმაციის გადაცემა განხორციელდეს²⁷.

ხელოვნების სამივე იურიდიული დეფინიცია შეუძლებლის მიღწევას ცდილობს. ისინი ცდილობენ ხელოვნების სამართლებრივი გზით გამოხატვას, უფრო მეტიც, შესაძლოა ისინი ხელოვნებას სამართლებრივ სახესაც კი აძლევდნენ. უნდა გავითვალისწინოთ, რომ ხელოვნება ყოველთვის გადის ამ დეფინიციის მცდელობების გარეთ და იურისტები, ისევე როგორც საზოგადოების დიდი ნაწილი, არ წარმოადგენენ ხელოვნების ექსპერტებს. აქ წარმოიქმნება ერთგვარი დილემა, რომელსაც იურისტები თავს ვერ აღწევენ. იმ მიზეზიდან გამომდინარე, რომ ხელოვნების თავისუფლება კონსტიტუციაზე მაღლა არ დგას, მას არ აქვს ტრანსლევალური ხასიათი. როგორც ჩვენთვის ეს ყოველთვის შესამჩნევია, იგი კონკურირებს სხვა ისეთ ძირითად უფლებებთან, როგორცაა მაგ. პიროვნული თავისუფლება, რელიგიისა და მეცნიერების თავისუფლება და ამ შემთხვევაში აუცილებელია - იურისტების საყვარელი გამონათქვამი - ამ უფლებების ყოველმხრივი აწონ-დაწონვა. ის, თუ სად მივყავართ ამ აწონ-დაწონვას ან პრაქტიკული წონასწორობის აღდგენას²⁸, ღიად რჩება და შეუძლებელიცაა სხვაგვარად იყოს, ვინაიდან ეს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში თავიდან პასუხისმგებელი კითხვაა²⁹. თუმცა, ყოველ კონკრე-

25 BVerfGE 67, 213, 226 f. (Anachronistischer Zug).

26 BVerfGE 30, 173, 188 f. (Mephisto).

27 BVerfGE 67, 213, 227.

28 პრაქტიკული შესაბამისობის ცნების თაობაზე: *Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1999, Rn. 72.

29 ზოგადი აწონ-დაწონის დოგმატიკასთან მიმართებით, მაგრამ ასევე ხელოვ-

ტულ შემთხვევაზე მითითება, კაცმა რომ თქვას, თითქოსდა თავისთავად წარმოქმნის სისხლის სამართალმცოდნეებში (და არამხოლოდ) იმის ვარაუდს, რომ ხელოვნებასთან დაკავშირებულ საქმეებში სრულიად თავისუფლად შესაძლებელი ნებისმიერი საპროცესო შედეგის დადგომა³⁰.

ამასთანავე, დოგმატიკა ცდილობს იმ დაძაბულობებს და უფრო მეტიც, სტრესს, რომელსაც ხელოვნება იწვევს, სხვადასხვაგვარად დაუპირისპირდეს. ერთი მხრივ, შემოთავაზებულია სისხლისსამართლებრივად უმნიშვნელო გამოსავალი, რომელსაც სურს დანაშაულის შემადგენლობის ან გამართლების ეტაპზე წარმოქმნილი კონფლიქტის განეიტრალება. მხედველობაში მიიღება სისხლის სამართლის ნორმების კონსტიტუციასთან შესაბამისი განმარტებები ან ისეთი ნორმების (ანალოგიით) გამოყენება, როგორცაა გსსკ-ის § 193 ან § 34³¹. გარდა ამისა, შესაძლებელია პროცესუალური გამოსავლის პოვნაც, როგორც ეს გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ მარიხუანის შესახებ გადაწყვეტილებაში შემოგვთავაზა³². აღნიშნულის თანახმად, ხელოვნებასთან დაკავშირებული კითხვების შემთხვევაში, შესაძლოა გსსკ-ის § 153-ის მიხედვით, მინიმუმ საქმის წარმოების შეწყვეტის საკითხი შეფასდეს, თუკი არსებობს იმის ალბათობა, რომ თავად მსუბუქი ჯარიმის დაკისრებაც კი არაკონსტიტუციური იქნებოდა³³. გარდა ამისა, გერმანიის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის მესამე აბზაცის პირველი წინადადებადან გამომდინარე, ხელოვნების თავისუფლება ასევე განიხილება, როგორც დამოუკიდებელი, კონსტიტუციურსამართლებრივი გამამართლებელი მიზეზი (საფუძველი)³⁴. აღნიშნულის მიხედვით, ძირითად უფლებაზე დაყრდნობით გამამართლებელი საფუძველს ყოველთვის ვპოულობთ,

ნების თავისუფლების გათვალისწინებით, აქ ამომწურავად შეუძლებელია განხილვა, თუმცა შეად.: *Klatt*, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, Tübingen 2014; *Müller/Mastronardi* (Hrsg.) Abwägung, 2014; *Teifke*, Das Prinzip Menschenwürde, 2011; *Hofmann*, Abwägung im Recht, 2007 და *Schlink*, Abwägung im Verfassungsstaat, 1976; კრიტიკულად *Fischer-Lescano*, Kritik der praktischen Konkordanz, KJ 2008, 166 ff.

30 იმავე მოსაზრებით ასევე კოლეგა: *Uwe Scheffler*. <http://www.monopol-magazin.de/bei-kunst-ist-jeder-prozessausgang-moeglich>.

31 ამავე მიმართულებით: *Böse*, ZStW 113 (2001), 40, 42 ff.

32 BVerfGE 90, 145, 191 unter Verweis auf BVerfGE 50, 205, 213 ff.

33 *Böse*, ZStW 113 (2001), 40, 68.

34 Pars pro toto *Hassemer*, Festschrift für Wassermann, 1985, S. 332.

როდესაც ხელოვანის ქმედება ექცევა ხელოვნების თავისუფლებით დაცულ სფეროში. ეს ხდება მაშინაც, როდესაც კითხვის ნიშნის ქვეშ მდგომი სისხლისსამართლებრივი ნორმის საზღვრებისა და შეფასების ფარგლების გათვალისწინებით, ხელოვნების თავისუფლება გადაწონის ნორმით დაცულ სამართლებრივ სიკეთეს³⁵.

და მაინც, რას ნიშნავს ეს: საეჭვოობისას ხელოვნების სასარგებლოდ გამოქმედებთ თუ მის წინააღმდეგ?

ჩვენ ყურადღებით უნდა მოვუსმინოთ გაურკვევლობის ერთგვარ შეგრძნებას, რომელიც აქ იჩენს თავს - სამართლის ამ როგორც სტრატეგიულ, ასევე თავდაცვით გამოხატულებას. არსებობს იმის ვარაუდი, რომ სისხლის სამართლის მოქმედების შეჩერება ხელოვნებასთან და მის მიერ საზღვრების გადაკვეთასთან მიმართებაში იმით აიხსნას, რომ ხელოვნება არცთუ ისე იშვიათად ემსახურება ამბიციას, გამიზნულად მოახდინოს მთავარი ეთიკური კითხვებისა და საზოგადოების ე.წ. „ბრმა ლაქების“ გაშუქება და ამით გამუდმებით დაარღვიოს მშვიდობა. დავფიქრდეთ ტრადიციულ საზოგადოებრივ მორალში ისეთ ჩარევებზე, როგორც გვხვდება კარლ კრაუსთან, დებატები ბიგოტურ რელიგიასთან მიმართებაში გეორგ გროსთან ან ბრძოლა ღრმადგამჭდარი რასიზმის წინააღმდეგ ბობ დილანთან ან ემინემთან. თუნდაც მხოლოდ ფორმაზე დაკვირვებით ნათლად ჩანს, რომ საქმე ეხება არა მხოლოდ შეგნებას ან თანაზომიერებას, არამედ გათვლილ პროვოკაციას, დაპირისპირებულ ძალას, რომელიც არანაირ შეთანხმებას არ შეესაბამება.

რა დასკვნის გაკეთება შეიძლება აქედან კონკრეტული სისხლის-სამართალწარმოებისთვის? ექსცენტრიულ მხატვარსა და პერფორმანსის შემქმნელ ხელოვან ჯონათან მესეს კასელის უნივერსიტეტმა ჩამოართვა ინტერვიუ თემაზე „მეგალომანია ხელოვნების სამყაროში“ და მან კითხვაზე, შეეძლო თუ არა მას კარგი ხელოვნების წინაშე გაჭვივული დღეობა - ორჯერ „ჰიტლერის მისალმებით“ აწია ხელი. ამით გამოწვეული

35 აქედან გამონაკლისის იმის გამო, რომ მისი, ასე ვთქვათ, აწონ-დაწონვა გამოირიცხულია, წარმოადგენს ადამიანის ღირსება გერმანიის ძირითადი კანონის პირველი მუხლის პირველი აბზაცის შესაბამისად. პრობლემათა მთლიან სპექტრთან დაკავშირებით იხ. ასევე: *Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 18 Rn. 49 ff.

სისხლისსამართლებრივ პროცესში მას ბრალი წარედგინა არაკონსტიტუციური ორგანიზაციების სიმბოლიკის გამოყენების გამო გსსკ-ის § 86a-ის მიხედვით. კასელის პირველი ინსტანციის სასამართლო³⁶ კლასიკური გზით ერთმანეთს უპირისპირებს სისხლისსამართლებრივი დაცვის უფლებასა და კონსტიტუციური რანგის მქონე ძირითად უფლებას. პირველ რიგში, ხაზი გაესვა გსსკ-ის § 86a-ის მთავარ მიზანს, რომელიც დემოკრატიული/სამართლებრივი სახელმწიფოს დაცვასა და საჯარო პოლიტიკური მშვიდობის გარანტირებაში მდგომარეობს. მეორე ეტაპზე „ჰიტლერის მისალმება“ განისაზღვრა, როგორც პერფორმანსი და ამით წინა პლანზე წამოიწია გერმანიის ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის მესამე აბზაცის პირველი წინადადება. ხელოვნების ღია ცნების საფუძველზე ხაზი გაესვა იმას, თუ რა ხასიათი აქვს ტიპურ ნაციონალ-სოციალისტურ სიმბოლოებზე ტაბუს განზრახ მოხსნის შესახებ სატირას. აღნიშნული, პირველ რიგში, იმიტომ განხორციელდა, რომ ნაციონალ-სოციალიზმთან მიმართებით დღეისათვის არსებულ მიდგომაზე და მასთან დაკავშირებულ დანაშაულზე დისკუსია წინ წამოწეულიყო. ის ფაქტი, რომ ხელოვანი პერფორმანსით ცდილობს ყურადღების მიქცევას და ერთგვარი სარეკლამო მიზნებით მოქმედებს, ხელოვნების თავისუფლების უპირატესობასთან წინააღმდეგობაში არ მოდის. მით უმეტეს, როცა ხელოვნების გამოხატვის საშუალებით (ამ შემთხვევაში სატირა), მისი ეს მიზანი ნათლად ჩანს და არანაირ კითხვის ნიშანს არ ტოვებს. შესაბამისად, სასამართლომ უარყო მისი დასჯადობა.

სასამართლოს გადაწყვეტილების მიხედვით, გსსკ-ის § 86a „არ მოიცავს იმ ქმედებებს, რომლებიც ხელოვნებას ემსახურება. კანონმდებელმა ხსენებულ ნორმაში ნათლად განმარტა, რომ მას არ სურდა დასჯადად გამოეცხადებინა ნებისმიერი ნიშნის საჯაროდ გამოყენება... შესაბამისად, ლეგიტიმურ მიზანს ემსახურება არა ზოგადი სრული აკრძალვა, არამედ რაციონალური დისკუსია სიმბოლური შინაარსის მქონე ქმედებებზე... როგორც ეს უკვე აღინიშნა, განსასჯელი მისი ქმედებების განხორციელებისას მოქმედებდა ხელოვნების გამოხატვის ფარგლებში. განსასჯელს გამიზნულად სურდა ჰიტლერის მისალმებისათვის ტაბუს მოხსნა, რათა მას შინაარსობრივი დისკუსია წინა პლანზე წამოეწია. სწორედ აქედან

36 AG Kassel NJW 2014, 801 ff.

გამომდინარე, განსასჯელის მხრიდან ჰიტლერის მისალმების ჩვენება არ არის სისხლისსამართლებრივად დასჯადი³⁷.

მესემ გამამართლებელ გადანწყვეტილებაზე შემდეგი სახის კომენტარი გააკეთა: „ხელოვნების დიქტატურა იმარჯვებს დემოკრატიაზე“³⁸. ხელოვნება არ აღიარებს არჩეულ ავტორიტეტებს, სამართლის შემსწორებულურ ხასიათსა და ნეიტრალურობას.

წარმოადგენენ სისხლის სამართალი და ხელოვნება საზარელ ანტიპოდებს? ვცადოთ ერთხელ უკვე ნათქვამის სხვაგვარად გადმოცემა. ჩვენ ვხედავთ ურთიერთსაწინააღმდეგო ინტერპრეტაციებსა და ინტერესებს: სისხლის სამართალი კონსერვატიული და განზოგადებადია, ხელოვნება კი ექსცენტრული და სუბვერსიულია - ან მინიმუმ სურს, რომ ასეთი იყოს. თუმცა, ყურადღებით უნდა ვიყოთ და ნაჩქარევად არ უნდა მივიდეთ იმ დასკვნამდე, რომ სამართალი ნაკლები ღირებულების მქონეა. სისხლის სამართალი იმიტომ არის კონსერვატიული და განზოგადებადი, რომ იგი სამართლის ფორმაში და სამართლებრივი რაციონალობის ლოგიკაში აისახება, აბა სხვაგვარად როგორ? სისხლის სამართლის ხელოვნება ყველაზე მეტად იმაში გამოიხატება, რომ სპეციალური ექსპერტიზის, თეორიული ცოდნისა და განსჯის პრაქტიკული უნარის გამოყენებით, ყოველი ცალკეული შემთხვევის (რომლის დროსაც ინდივიდუალურ-მორალური და სუბიექტური სამართლიანობის მასშტაბის გადაკვეთასთან გვაქვს საქმე) სამართლიანი გადანწყვეტა განამტკიცოს. უფრო მეტიც: სამართალი კონფლიქტს აცლის ყველაფერ მიუტევებელს, ემოციურს, სუბიექტურს და ამ გზით ქმნის პლურალურად ორგანიზებულ საზოგადოებაში არსებული დისონანსის გავრცელების თავიდან აცილების შესაძლებლობას³⁹. ნიკოლას ლუმანს, რომელიც არამხოლოდ სოციოლოგი, არამედ იურისტიც იყო, მიმზიდველი პასუხი აქვს სამართლის ფენომენის შესახებ თანამედროვე საზოგადოებაში: ლუმანის მიხედვით, კონტინგენტური

37 იქვე.

38 იხ. მხოლოდ ხელოვნების ინტერნეტგვერდი, <http://www.jonathanmeese.com>.

39 თუმცა, აღნიშნული მსჯელობა არ ეხება იმ საკითხს, ხომ არ იცავს სამართალი (და მაშასადამე, მისი მეშვეობით სახელმწიფო ძალაუფლება) იმგვარ ინტერესებს, რომელთა გამომჟღავნება და კრიტიკაც აუცილებელია. აღნიშნულთან დაკავშირებით იხ. ახლახანს: *Menke, Kritik der Rechte*, 2015 და *Loick, Juridismus*, 2017.

სოციალური გარემოებების პირობებში სამართალმა ყველაზე საიმედო ტექნიკა უნდა გამოიყენოს იმისათვის, რომ გაუთვალისწინებელ შემთხვევებს გაუმკლავდეს. სწორედ კონფლიქტების სამართლიანი გადაწყვეტის გზით ცდილობს სამართალი კოპლექსური ცხოვრებისეული ურთიერთობების კონსისტენტურ გადაწყვეტილებებში ასახვას⁴⁰. ნაკლებად სისტემატურ-თეორიულად რომ ვთქვათ: დემოკრატიულ კანონებსა და პროცესებზე უკეთესი ჩვენ არაფერი არ გაგვაჩნია.

თუმცა, როგორც ჩვენ ეს უკვე ვნახეთ, დემოკრატიულ კანონებსა და პროცესებს ხელოვნება ნაკლებად აინტერესებთ. ხელოვნების ექსცენტრიულობასა და სუბვერსიას შეუძლიათ სამართლისა და სამართლიანობის საკითხის გვერდზე გადადგა. თუმცა, როდესაც ისინი ამით კავდებიან - როგორც ამას მარინა აბრამოვიჩი, კლაუს სტაეკი და ან უკვე გარდაცვლილი კრისტოფ შლინგენბიფი ამბობენ - მაშინ საქმე ეხება საზოგადოების პოლიტიკურ ფუნდამენტს, იმ ეიფორიებს, რომელშიც სამართალი, კანონი და კრიმინალური პოლიტიკა შესაძლოა აღმოჩნდეს და რომელსაც ნებისმიერმა საზოგადოებამ უნდა გაუძლოს⁴¹. ამ შემთხვევაში საქმე ეხება საზოგადოების სარკეში ჩახედვას. ამდენად, ხელოვნება ყოველთვის პოლიტიკურია, კრიტიკულია, რამდენადაც შესაძლებელია მესაკუთრე ან მიუტევებელი – ამაზე ჩვენ უკვე გვქონდა საუბარი⁴². თუმცა, პოლიტიზირების ამ ქმედებაში არა მხოლოდ პრობლემების წარმოჩენა და საზოგადოებისათვის დივერსიული სარკის ხელში მიცემა ხორციელდება, არამედ, ხშირ შემთხვევაში, ჩარევის მთავარ მიზანს წარმოადგენს კონკრეტული ასოციალური ან უსამართლოდ აღქმული ნორმები და პოლიტიკური გაგებები, რომელიც ისევ და ისევ სისხლის სამართლის მხრიდან ნორმების დაცვის უზრუნველყოფის აუცილებლობას აყენებს დღის წესრიგში. მაგალითების სახით საკმარისია ხელოვნების მეშვეობით წარმოებული დისკუსია გერმანული ელიტების ნაციონალ-სოციალისტურ წარ-

40 ამ კონტექსტში ასევე დღის წესრიგში დგება „სამართლიანობის, როგორც სამართლის გაუთვალისწინებელი ფორმულის“ შესახებ მსჯელობა; *Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1981, S. 374 ff.

41 ბოლოს შესამჩნევია გსსკ-ის § 217-ის შესავალში - საქმიანი ვითარებაში თვითმკვლელობისათვის ხელის შეწყობა.

42 ასევე იხ.: *Menke* (Fn. 19).

სულთან, ორსულობის შეწყვეტასთან და თანამედროვე საზოგადოებაში ქალის სტატუსთან ან თავშესაფრის მაძიებელ პირებთან დაკავშირებით. პოლიტიკური ხელოვნება, რომელიც საჯარო სივრცეში გამოდის, შოკში გვაგდებს; მას სურს ნორმების არსებობის კითხვის ნიშნის ქვეშ დაყენება, როდესაც აღნიშნულის საპირისპიროდ სისხლის სამართალი მათ დაცვას ცდილობს. ხელოვნებისათვის თანამდევი შედეგები შესაძლოა სახიფათო იყოს. ის, რაც გერმანიაში, როგორც ჩვენ ეს უკვე ვნახეთ, ფართო დოკუმატიკისა და კონსტიტუციურსამართლებრივი მართლმსაჯულების დახმარებით სამართლებრივსახელმწიფოებრივი პროცესის ფარგლებში რჩება (არ აქვს მნიშვნელობა, რა შედეგი მოჰყვება მას), სხვა ქვეყნებში ასე არ არის. აქ ხშირად მნიშვნელოვან პრობლემებთან გვაქვს საქმე, მაგ. რუსეთში პანკბენდ Pussy Riot-ის ან ჩინეთში პერფორმანსხელოვან აი ვეივის შემთხვევა.

და მაინც, ითქვა ამით ყველაფერი ხელოვნებისა და სისხლის სამართლის ურთიერთობასთან დაკავშირებით? სრულად მაინც არა. პოლიტიკური ხელოვნება წვრთნის საზოგადოებრივ კრიტიკას და როდესაც იგი პოლიტიკას არა მხოლოდ როგორც მიკერძოებულად, არამედ პროგრამულად ეხება, იგი მოიცავს საკუთარი ღირებულებებისა და თავისთავად აღიარებული მიდგომების კრიტიკასაც. მაშასადამე, იგი წარმოადგენს სამართლისადმი მიმართვის გზას, სხვა შემთხვევაში ასევე სამოქალაქო დაუმორჩილებლობის ან პროტესტის ერთგვარ გამოხატულებას⁴³. მაგრამ ჩვენ ყურადღებიდან არ უნდა გამოვგრჩეს ის ფაქტი, რომ თავად ხელოვნება მხოლოდ გარკვეული გზით დალაგებულ საზოგადოებრივი ურთიერთობების პირობებში შესაძლოა არსებობდეს და აღიქმებოდეს (განა შესაძლებელია ომში ხელოვნების არსებობის წარმოდგენა?); მაშასადამე, იგი უნდა არსებობდეს განსაზღვრულად ორგანიზებულ ურთი-

43 აღნიშვნის ღირსია ე.წ. შლინგენშიფის კონტეინერის აქცია (სახელწოდებით „Ausländer raus!“) ავსტრიაში უცხოელთა მოძულეობის წინააღმდეგ, დოკუმენტაცია: <http://www.schlingensief.com/backup/wienaktion/html/archiv00.html>; Kritik: http://www.getidan.de/kritik/film/georg_seesslen/719/auslander-raus-schlingensiefs-container. ხელოვნებისა და სამოქალაქო დაუმორჩილებლობის/პროტესტის/წინააღმდეგობის ურთიერთდამოკიდებულების შესახებ: *de Lugasnerie, Die Kunst der Revolte. Snowden, Assange, Manning, 2015; Kastner, Transnationale Guerilla. Aktivismus, Kunst und die kommende Gemeinschaft, 2007.*

ერთობებში, რომელთა არსებობის წინაპირობას სამართალი და თავისუფალი საზოგადოება წარმოადგენს. ტრივიალურია ის ფაქტი, რომ ეს ურთიერთობები იდეალური არ არის. შეუძლებელია პოლიტიკური ხელოვნება მხოლოდ ამას ეხებოდეს. უფრო მეტიც, შეუძლებელია, რომ ის მხოლოდ საზოგადოებაში და საზოგადოების მხრიდან განსახორციელებელი ცვლილებების შეთავაზებებს მოიცავდეს. პოლიტიკური ხელოვნება წარმოადგენს ერთგვარ უსიამოვნო შეგრძნებას, დაკავშირებულს დისციპლინურ და სისხლისსამართლებრივ რუტინასთან იმაზე მითითებით, რომ იურიდიული ნორმები არ ემსახურებიან თავიანთ მიზანს და შესაძლოა უსამართლონიც კი იყვნენ. ალბათ ამით უკეთ ვხვდებით რატომ არის სისხლის სამართალი და მასთან ერთად სამართლებრივი სახელმწიფო ხელოვნებასთან მიმართებით ძალიან ფრთხილ, ნაწილობრივ გაურკვეველ და იმავდროულად, თავდაცვით მდგომარეობაში. ხელოვნება თავისთავად არამხოლოდ იურისტებისთვის წარმოადგენს ყველაზე დიდ გამოწვევას. პოლიტიკური ხელოვნება შემანუხებელი და მძიმეა. ის ე.წ. „აგრესიული ჰუმანიზმის“ სახით იბრძვის, როგორც ამას ხელოვნების ერთ-ერთი გაერთიანება - პოლიტიკური მშენიერების ცენტრი⁴⁴ განმარტავს (აღნიშნული ცენტრის მიმართ დანყებულ იქნა გამოძიება კრიმინალური დაჯგუფების შექმნის ბრალდებით გსსკ-ის § 129-ის შესაბამისად, თუმცა ის ამასობაში შეწყდა კიდევ). ეს საქმეს ყოველთვის არ ამარტივებს.

ამასთანავე, ხელოვნება არ ემსახურება დისკურსის შემსუბუქებას. თუმცა, ჰუმანისტურ პროექტებზე მითითებით იგი თითქოსდა ამასაც ცდილობს. როდესაც სახელმწიფო ძალაუფლებასთან დაკავშირებული შესაბამობებისა და პრობლემური გადაწყვეტილებების შესახებ ვმსჯელობთ, შეუძლებელია საქმე არ ეხებოდეს სისხლის სამართალს და მაშასადამე, კანონმდებელსაც. აღნიშნულს გვახსენებს თავად კონსტიტუცია და ადამიანის ღირსების დაცვის უნივერსალური პრინციპი⁴⁵. გამოხატვის გზები შესაძლოა სხვადასხვაგვარი იყოს. შესაძლოა სწორედ ამიტომ

44 <https://www.politicalbeauty.de>.

45 აქტუალურ დებატებთან დაკავშირებით იხ. *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts, 2017; *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015; Brunhöber et al. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, და ასევე, იხ. *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998; ფილოსოფიური პერსპექტივიდან: *Merle*, Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde, 2007.

ვსაუბრობთ ჩვენ პროტაგონისტებსა და იდეების მომწოდებლებზე, ურთიერთგადაძვევით და არა ერთმანეთთან დაპირისპირებულ სამყაროებზე - რამაც ისევ უკან არავითარ შემთხვევაში არ უნდა დააბრუნოს ურთიერთ-საპირისპირო ინტერესები და ორმხრივი რისკები.

და ბოლოს, ჩვენი მოსაზრებები შეგვიძლია მოკლედ ასე შევაჯამოთ: ხელოვნება, საზოგადოება და სისხლის სამართალი ყოველთვის დაუპირისპირდებიან ერთმანეთს. თუმცა, სისხლის სამართლის ხელოვნებაზე საუბარმა ჩვენ შეგვიძლია მგრძობიარე გაგვხადოს იმ დინამიკასთან მიმართებაში, რაც ამ ურთიერთობაში არსებობს. ხელოვნება და სისხლის სამართალი, ერთი მხრივ, სრულიად განსხვავებულ მიზნებს ემსახურებიან და როგორც ჩვენ დავინახეთ, კონტრასტული ფუნქციების მატარებლებიც არიან. მეორე მხრივ, მათ აერთიანებთ საზოგადოებაზე ზემოქმედების და ხანგრძლივ პერსპექტივაში მისი ფორმირების ინტერესი. კონფლიქტები ყველაზე მეტად იქ წარმოიქმნება, სადაც სისხლის სამართალი მის შემოქმედებით ძალაუფლებას კონსერვატიულად, ნორმების შენარჩუნების მიზნით და რაც შეიძლება რეპრესიულად იყენებს. მაშინ როცა, ხელოვნება, თავის მხრივ, სუბვერსიულად, ექსცენტრიულად და ფართო გაგებით რომ ვთქვათ, პოლიტიკურად მოქმედებს. თუმცა, დეტალური განხილვის შედეგად ჩანს, რომ ურთიერთობის კონფლიქტურობაშიც კი არსებობს საერთო და ურთიერთდამაკავშირებელი, ვინაიდან ორივე შემთხვევაში ხომ მაინც საქმე გვაქვს ჰუმანურ, ადამიანის ღირსებაზე დაფუძნებულ საზოგადოებასთან.

სისხლის სამართალი და ხელოვნება

ასოც. პროფ. ბაჩანა ჭიშკარიანი, საქართველოს უნივერსიტეტი

I. შესავალი

სისხლის სამართლისა და ხელოვნების ურთიერთმიმართების საკითხი ქართულ აკადემიურ სივრცეში არ განეკუთვნება იმ პრობლემათა რიცხვს, რომელიც სიღრმისეულად დამუშავებულია. თუმცა, პრაქტიკაში, უკვე აშკარად იჩინს თავს ის კამუნიტიკა, რომელიც სისხლის სამართლის კოდექსის სხვადასხვა მუხლიდან გამომდინარე დაკავშირებულია პირების არცთუ უმნიშვნელო მოცულობით პასუხისმგებლობასთან. სისხლის სამართლისა და ხელოვნების ურთიერთმიმართების საკითხმა პორნოგრაფიის გავრცელების დასჯადობის კონტექსტში საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომდეც მიაღწია და ამჟამად განხილვის პროცესშია. ამ საკითხს მოგვიანებით ცოტა უფრო დეტალურად შევხვებით.

II. სისხლის სამართალი და ხელოვნების თავისუფლება - შეხების წერტილები

ქართული სისხლის სამართლის კოდექსი სხვადასხვა თავში, ისეთ ნორმებს შეიცავს, რომლებიც ხშირ შემთხვევაში თავისთავად წამოჭრიან ხელოვნების თავისუფლებასთან შემხებლობის საკითხს. სიტყვასიტყვითი შინაარსის გაცნობის შემთხვევაში, სისხლის სამართლის კოდექსის რელევანტური მუხლები საკმაოდ ფართო ინტერპრეტაციის საშუალებას იძლევა, რამაც შესაძლოა სისხლისსამართლებრივი დევნის ორგანოების მხრიდან პრაქტიკაში მათი ბოროტად გამოყენების საფრთხე შექმნას, მით უმეტეს იმ ფონზე, რომ მყარი სასამართლო პრაქტიკა, რომელიც ამ საფრთხეს გადაწონდა, ჯერჯერობით საქართველოში არ ჩამოყალიბებულია. უნდა გავითვალისწინოთ ისიც, რომ ქართულ სისხლის სამართლის კოდექსში 32-ე თავს ჯერ კიდევ სათაურად შემორჩენილი აქვს „დანაშაული მოსახლეობის ჯანმრთელობისა და საზოგადოებრივი მწეობის

წინააღმდეგ“ და ამ თავის ფარგლებში ისეთი დანაშაულების შემადგენლობები ფართოდება, როგორცაა მაგ. პროსტიტუციის ხელშეწყობა, მაშინ როდესაც თვითონ პროსტიტუცია დანაშაულად არ ითვლება. ამით სახელმწიფო ბოლო პერიოდის განმავლობაში თითქმის ნებისმიერ საზოგადოებრივად მწვავე საკითხს სისხლისსამართლებრივი რეაქციებით პასუხობს და ზედმეტი პატერნალიზმის ნიშნები იკვეთება.

ხელოვნების თავისუფლების კონტექსტში, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსიდან შემდეგი შემადგენლობები შეიძლება იყოს რელევანტური: რელიგიის წესის აღსრულებისათვის უკანონოდ ხელის შეშლა (მუხ. 155), სხვისი ნივთის დამიანება ან განადგურება (მუხ. 187), პორნოგრაფიული ნაწარმოების ან სხვა საგნის უკანონოდ დამზადება ან გასაღება (მუხ. 255), არასრულწლოვნის ჩაბმა პორნოგრაფიული ნაწარმოების ან პორნოგრაფიული ხასიათის სხვა საგნის უკანონოდ დამზადებასა და გასაღებაში (მუხ. 255¹), ისეთი ნაწარმოების დამზადება ან გავრცელება, რომელიც პროპაგანდას უწევს ძალადობის ან სისასტიკის კულტს (მუხ. 256) და ა.შ. ჩვენ ამათგან შედარებით სიღრმისეულად მხოლოდ ორ მათგანს შევხებით. ესენია რელიგიის სისხლისსამართლებრივ დაცვასთან დაკავშირებული შემადგენლობა სსკ-ის 155-ე მუხლის სახით, ვინაიდან ამ კუთხით პრაქტიკა არ იძებნება ქართულ სამართალში და შედარებით ნაკლებად გამოკვლეულია და სისხლისსამართლებრივი კონფლიქტების პოტენციალიც დიდია საზოგადოების რელიგიურობის მაღალი ხარისხიდან გამომდინარე და მეორე საკითხი, პორნოგრაფიასთან დაკავშირებული შემადგენლობები, ვინაიდან ამჟამად მასზე საკონსტიტუციო სასამართლოში მიმდინარეობს მსჯელობა და სასამართლოს გადაწყვეტილებამ შესაძლოა ფუნდამენტურად შეცვალოს ცალკეული მიდგომები (როგორც დასჯადობის, ასევე არდასჯადობის დასაბუთების თვალსაზრისით) და ეს იქნება პირველი სიღრმისეული შინაარსის სასამართლო გადაწყვეტილება ამ სფეროში ქართულ სისხლის სამართალში.

III. ხელოვნების ცნება ქართულ სამართალში

ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში რთულია მოიძებნოს ხელოვნების დეფინიცია, იქნება ეს საერთო თუ საკონსტიტუციო სასამართლოს დონეზე, რომლითაც ჩვენ მიერ ზემოთ ნახსენები დანაშაულებისთვის პასუ-

ხისმგებლობის საკითხის გარკვევა იქნებოდა მარტივად შესაძლებელი. საქართველოს კონსტიტუციის პირველი ვერსიის 23-ე მუხლით გარანტირებული იყო ინტელექტუალური შემოქმედების თავისუფლება, რაც თავისთავად გულისხმობდა იმას, რომ ხელოვნება თავისუფალია.¹

იგივე სულისკვეთებაა დღეს მოქმედ კონსტიტუციაშიც, კერძოდ მის მე-20 მუხლში. რა თქმა უნდა, იქვე გაკეთებულია დათქმა, რომ შემოქმედებითი ნაწარმოების გავრცელების აკრძალვა დასაშვებია მხოლოდ სასამართლოს გადანწყვეტილებით, თუ ნაწარმოების გავრცელება ლახავს სხვათა უფლებებს. ანუ აღნიშნული უფლება არ განეკუთვნება აბსოლუტურ და ხელშეუხებელ უფლებათა რიცხვს. ვინაიდან ინტელექტუალური შემოქმედების თავისუფლება დაკავშირებულია ინოვაციურ ან წარმოსახვით, ორიგინალურ პროექტთან (თუმცა, აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ჩვენი მიზანი არ არის ხელოვნების დეფინიციის სრულყოფილად ჩამოყალიბება),² რომელიც ასევე, თავის მხრივ, რთულია, ყოველთვის ობიექტური კრიტერიუმებით განისაზღვროს, ნებისმიერ შემთხვევაში, სასამართლოები ვალდებულნი არიან, შეზღუდულად და ვიწროდ მიუდგინონ მისი სხვა უფლებებით შებოჭვის ფარგლებს.

რა თქმა უნდა, ზოგადად ერთმანეთისგან უნდა გავმიჯნოთ თვითონ უშუალოდ შემოქმედების პროცესი (ხელოვნების ქმნა) და შემოქმედების პროდუქტის გავრცელების პროცესი. მართალია, კონსტიტუციის მეოცე მუხლის მეორე ნაწილში მითითებულია, რომ შემოქმედებით პროცესში ჩარევა დაუშვებელია, მაგრამ სახელმწიფო, ამავდროულად, სისხლის-სამართლებრივად ადგენს მთელ რიგ შეზღუდვებს, რომელიც არა მხოლოდ უშუალოდ პროდუქტის გავრცელებას, არამედ მის დამზადებასაც კი კრიმინალად აცხადებს (უკანონო პორნოგრაფიის არა მხოლოდ გავრცელება, არამედ დამზადებაც დასჯადია), ანუ მიუხედავად იმისა, რომ

1 კუბლაშვილი, კრებულში: კორკელია, ადამიანის უფლებათა დაცვა ეროვნულ და საერთაშორისო სამართალში, 2012, 138.

2 *კორბენაძე*, კომენტარებში: ავტ. კრებული, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, თავი მეორე, 2013, 235. ხელოვნების ერთიანი და ამომწურავი ცნების ჩამოყალიბება უშუალოდ ხელოვნების შინაარსთანვე წინააღმდეგობაში იქნებოდა, ვინაიდან ის სწორედ იმიტომ იწოდება „ხელოვნებად“, რომ ჩარჩოებში მოქცევა შეუძლებელია და გარეგნულად ვერავინ განსაზღვრავს, თუ რას მოიცავს ის - შუად. BVerfGE 75, 377.

არ არის განსაზღვრული ხელოვნების არსი, გარკვეულ ქმედებებს კანონმდებელი არაშემოქმედებითად აცხადებს და ამით მეოცე მუხლის დაცვის მიღმა ტოვებს.

როგორც ვხედავთ, ვინაიდან ღიად რჩება ხელოვნების ცნების საკითხი ქართულ კანონმდებლობაში კონსტიტუციურსამართლებრივ დონეზე,³ სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საკითხის განხილვისას საერთო სასამართლოები თვითონ არიან ვალდებულნი, შეავსონ ეს დანაკლისი და ყოველი კონკრეტული სიტუაციის მიხედვით მიიღონ გადაწყვეტილება. მით უმეტეს, თვალთახედვიდან არ უნდა გამოიჩინოს ფაქტი, რომ ყოველი სისხლისსამართლებრივი ჩარევა კონსტიტუციით გარანტირებულ უფლებებში, ისედაც ყველაზე ინტენსიური ჩარევაა და მას მხოლოდ ერთ შემთხვევაზე არ ექნება გავლენა, არამედ ბევრად უფრო ფართო მოქმედების ეფექტი მოჰყვება.⁴

IV. ცალკეული შემადგენლობების ანალიზი ქართული სისხლის სამართლის კოდექსიდან

1. რელიგიური წესის აღსრულებისთვის უკანონოდ ხელის შეშლა

ჩვენ მიერ აქ მოცემული ანალიზის მიზანი, რა თქმა უნდა, არ არის ამ შემადგენლობის სრული განხილვა, არამედ მთავარია ვცადოთ ხელოვნების თავისუფლებისა და რელიგიური ინტერესების დაცვის ურთიერთგამიჯნა მათ შორის არსებულ კოლიზიურ სიტუაციებში, როდესაც ჩნდება კითხვა, დაისაჯოს თუ არა პირი აღნიშნული ნორმით. ქართული სისხლის სამართლის კოდექსის 23-ე თავის სახელწოდება - დანაშაულები ადამი-

3 მართალია, გარკვეული სარჩელები ამ კონტექსტში შეტანილ იქნა საკონსტიტუციო სასამართლოში, თუმცა, მათ ვერ გადალახეს დასაშვებობის ზღვარი სხვადასხვა მიზეზით და ამით სასამართლომ, გარკვეულწილად აირიდა თავიდან ხელოვნების დეფინიციის ჩამოყალიბება. იხ. მაგ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს განჩინება №1/13/711, 2016 წლის 25 ნოემბერი. შეად. ასევე *ტულუში, ბურჯანაძე და სხვები*, ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, 2013, 289.

4 BVerfGE NJW 1985, 261.

ანის უფლებებისა და თავისუფლებების წინააღმდეგ - რამე ხელჩასაჭიდ ორიენტირს არ გვაძლევს დაცულ სამართლებრივ სიკეთესთან დაკავშირებით, ვინაიდან ის საკმაოდ ზოგადია. სისხლის სამართლის კოდექსი ხომ ისედაც მთლიანად ამ უფლებების დაცვას ემსახურება. ამიტომ, კონკრეტულად, ამ მუხლით დაცულ სამართლებრივ სიკეთეს წარმოადგენს უშუალოდ რელიგიური წესებისა და ჩვეულებების ურთიერთპატივისცემის ფარგლებში საზოგადოებაში მშვიდობიანი თანაცხოვრების უზრუნველყოფა. როდის შეიძლება წარმოიშვას კონფლიქტური სიტუაცია ხელოვნების თავისუფლებასა და სსკ-ის 155-ე მუხლს შორის? ელემენტარულად შეგვიძლია წარმოვიდგინოთ რომელიმე რელიგიურ დაწესებულებასთან ახლოს გახსნილი გასართობი დაწესებულება (კლუბი, რესტორანი და ა.შ.), საიდან გამოსული ხმაურიც, რაც გამოწვეულია იქ მყოფი დიჯეის მიერ დაკრული მუსიკით, ხელს უშლის ღვთისმსახურებას და ამით იქ მყოფი მორწმუნეებიც შეურაცხყოფილნი რჩებიან. სსკ-ის 155-ე მუხლის ქმედების შემადგენლობის ობიექტური მხარე საკმაოდ ფართოდ არის ჩამოყალიბებული და ერთი შეხედვით, ნებისმიერ ხელშემშლელ ქმედებას მოიცავს. მართალია, იქ სიტყვა „უკანონო“ არის ნახსენები (უკანონოდ ხელის შეშლა), თუმცა, დავინროვების თვალსაზრისით, ეს მნიშვნელოვან ორიენტირს მაინც არ გვაძლევს. იმისათვის, რომ დანაშაული დამთავრებულად ჩაითვალოს, სულაც არ არის აუცილებელი, რომ ღვთისმსახურება ჩაიშალოს ან შეწყდეს, ამისათვის საკმარისია მხოლოდ ხელის შეშლაც კი, თუმცა, ამაში უმნიშვნელო ხელის შეშლას ვერ მოვიამრებთ (მაგ. მცირე ხმაური).

მეორე მხრივ, რა თქმა უნდა, არ უნდა დაგვავიწყდეს ხელოვნების, ანუ დიჯეის ნაწარმოებების შესრულების გარანტიებიც. როგორ უნდა გავმიჯნოთ მაშინ დასჯადი და არადასჯადი რელიგიური წესის აღსრულებისათვის ხელის შეშლა ერთმანეთისგან? ძირითადი გამოსავალი შესაძლოა უფრო სუბიექტურ მხარეში ვეძებოთ. ამასთან დაკავშირებით იგივე გერმანულ დოქტრინაში ერთიანი შეხედულება არ არსებობს. ავტორთა ნაწილის მოსაზრებით, პირის დასჯადობისთვის აუცილებელია მისი მხრიდან მიზანმიმართული ქმედების განხორციელება, ანუ მას პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვა უნდა ამოძრავებდეს ხელის შეშლასთან

მიმართებით.⁵ მაგრამ, რაც შეეხება ხელის შეშლის მიღმა ქმედების სხვა კონსტრუქციას, რაც გამოიხატება რელიგიური გრძნობის შეურაცხყოფაში, საკმარისია არაპირდაპირი განზრახვა.⁶

მართალია, გერმანული სისხლის სამართლის კოდექსის § 167-ის პირველი ნაწილის პირველი აბზაცისგან განსხვავებით (რელიგიური წესის აღსრულებისთვის ხელის მიზანმიმართული შეშლა), ქართული ნორმა სიტყვასიტყვით არ მიუთითებს გამიზნულ ქმედებაზე, თუმცა, არსობრივად ნორმა მაინც ამ ჭრილში უნდა გავიგოთ და სულ მცირე, პირდაპირი განზრახვის (პირველი ან მეორე ხარისხის) არსებობა უნდა მოვიზაროთ მასში, როგორც წინაპირობა.

დაისჯება თუ არა ჩვენ მიერ ზემოთ ნახსენები დიჯეი, თუ მან იცის, რომ მის ქმედებას უცილობლად მოჰყვება ახლოს მდებარე შენობაში რელიგიური წესის აღსრულებისთვის ხელის შეშლა? თუ ის დაწესებულება, რომელშიც ის უკრავს, ფუნქციონირებს კანონის დაცვით, მაშინ მას ვერ მივცემთ პასუხისგებაში. მისი მხრიდან განხორციელებული ქმედება სოციალურად ადეკვატურია, ვინაიდან ნებართვა გამომდინარეობს უშუალოდ სახელმწიფოს მხრიდან დადგენილი წესებიდან და მის ფარგლებში მოქმედებას ვერ ჩავთვლით დანაშაულად.⁷ მაგრამ, თუ შევცვლიდით ჩვენ მიერ მოყვანილ მაგალითს და ვიტყვოდით, რომ მუსიკოსმა მაგ. მაინცდამაინც ეკლესიის შესასვლელ კარებთან გადაწყვიტა შეესრულებინა თავისი ნაწარმოებები, რითაც მნიშვნელოვნად ხელს უშლიდა წირვას, ეს უკვე მოგვცემს 155-ე მუხლის შემადგენლობას.

ქართული სისხლის სამართლიდან გამომდინარე, ღვთისმსახურების ან სხვა რელიგიური წესისა თუ ჩვეულების აღსრულებისათვის უკანონოდ ხელის შეშლა უნდა მოხდეს ძალადობით ან ძალადობის მუქარით, ანდა თუ მას ახლდა მორწმუნის ან ღვთისმსახურის რელიგიური გრძნობის შეურაცხყოფა. ამით გარკვეულწილად იქმნება საფრთხე იმისა, რომ პრაქტიკაში სამართალშემფარდებელმა ნორმა საკმაოდ ფართოდ განმარტოს და დასჯადობისთვის საკმარისად თუნდაც ერთი მორწმუნის სუბიექტური

5 შუალ. *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 167 Rn. 9.

6 *Valerius*, in: BeckOK StGB, 41. Edition, Stand: 01.02.2019, § 167 Rn. 10.

7 *Sach*, Genehmigung als Schutzschild? 1994, 260.

შეფასება ჩათვალოს, რაც არასწორი იქნებოდა. მთლიანობაში უნდა შეფასდეს არა ცალკეული მორწმუნის ან ღვთისმსახურის გრძნობები, არამედ დასჯადობის წინაპირობად პრაქტიკამ შეურაცხყოფის ობიექტურ ფორმებს უნდა მიაქციოს ყურადღება. კერძოდ, ეს უნდა იყოს განსაკუთრებით უხეში ქმედება, მაგ. როგორცაა მნიშვნელოვანი დაბინძურება, კედლების მოხატვა უხამსი ნახატებით, გაშიშვლება, სექსუალური შინაარსის ქმედებები და ა.შ.⁸ უბრალოდ ხმაური, თავსაფრის გარეშე ეკლესიაში შესვლა ან სურათების გადაღება ვერ ჩაითვლება სისხლისსამართლებრივად აკრძალულად, მიუხედავად იმისა, რაც არ უნდა მიუღებელი იყოს ეს ცალკეული მორწმუნის ან სასულიერო პირისთვის, ვინაიდან ნეიტრალური, მესამე პირის გადმოსახედიდან გამომდინარე, ეს არ გამოხატავს განსაკუთრებით შეურაცხმყოფელ დამოკიდებულებას. იგივე სტანდარტები უნდა გავავრცელოთ ხელოვნების თავისუფლებასთან მიმართებაშიც. თუ პირმა გადაწყვიტა, რომ სალოცავის კედლები თავისი ნახატებით „გაალამაზოს“, ეს დასჯადია, თუმცა, თუ უბრალოდ კედელზე, მაგ. გარედან მცირე ნახატს გააკეთებს, რაც ობიექტური გადმოსახედიდან არ არის დიდად მნიშვნელოვანი, 155-ე მუხლი არ უნდა გამოვიყენოთ.

2. პორნოგრაფიასთან დაკავშირებული შემადგენლობები

როგორც უკვე დასაწყისშივე აღინიშნა, ქართული სისხლის სამართლის კოდექსი, 32-ე თავის სახით, ისეთი ზოგადი სამართლებრივი სიკეთეების დაცვის საკითხს ეხება, როგორცაა მოსახლეობის ჯანმრთელობა და საზოგადოებრივი ზნეობა. მოსახლეობის ჯანმრთელობის ცნებასთან მიმართებით კრიტიკული მოსაზრებები არაერთხელ გაჟღერებულა თუნდაც ნარკოტიკების მოხმარებასთან დაკავშირებული დისკუსიების დროს, იქნებოდა ეს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს თუ გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებების შეფასებისას. ჩვენ ამ საკითხს აქ დეტალურად არ შევხებით არათემატურიდან გამომდინარე, თუმცა, სასამართლოები ნარკოდანსჯადობის ცალკეულ საკითხებთან მიმართებით სხვადასხვა კონტექსტში სწორედ საზოგადოებრივი ჯან-

8 შეად. OLG Saarbrücken, NJW 2018, 3795.

მრთელობის არგუმენტებს იშველიებენ.⁹ იმ ფონზე, რომ მოსახლეობის ჯანმრთელობა, როგორც კრებსითი და გარკვეულწილად აბსტრაქტული სიკეთე, სადავოა,¹⁰ მით უმეტეს კიდევ უფრო აბსტრაქტულია და მორალური კრიტერიუმებით არის გაჯერებული საზოგადოებრივი ზნეობის ცნება.¹¹ ქართულ სისხლის სამართლის კოდექსში ასეთი სახელწოდებით ცალკე თავის არსებობა ალბათ უფრო წარსულს უნდა მივანეროთ, ვიდრე იმას, რომ დღეისათვის საქართველოში სისხლის სამართლის მიზანი იყოს მორალურად უკეთესი საზოგადოების გამოყვანა.

ამ ფონზე, არ უნდა გაგვივიწყლოდეს ის, რომ 32-ე თავში, ერთ-ერთი დასჯადი შემადგენლობის სახით მოთავსებულია პორნოგრაფიული ნაწარმოების ან სხვა საგნის უკანონოდ დამზადება ან გასაღება (მუხ. 255). აღსანიშნავია, რომ დასჯადი არ არის უკანონო პორნოგრაფიული ნაწარმოების მოხმარება, დასჯადია მისი დამზადება, გავრცელება, რეკლამირება, მისით ვაჭრობა ანდა მისი შენახვა გავრცელების მიზნით. ერთადერთი „გამართლება“, რომელიც მსგავსი შემადგენლობის სისხლის სამართლის კოდექსში არსებობის გამართლებისთვის შეიძლება ვიპოვოთ, არის ისევ და ისევ 32-ე თავის სათაურშივე ნახსენები საზოგადოებრივი მორალი, ვინაიდან სხვა ხელჩასაჭიდი არგუმენტის პოვნა რთულია. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ 255-ე მუხლის პირველ ნაწილში არ არის საუბარი არასრულწლოვანზე, მაგ. მისი გამოსახულების შემცველი ნაწარმოების გავრცელებაზე, არც მის ჩაბმაზე პორნოგრაფიული ნაწარმოების დამზადება და ა.შ., რაც ქართული სისხლის სამართლით საერთაშორისო გავლენებიდან გამომდინარე, ისედაც დასჯადია და მასში სამართლებრივი სიკეთის არსებობის დასაბუთება არ არის რთული, ვინაიდან საუბარია მოზარდების ნორმალურ ფიზიკურ და ფსიქოლოგიურ განვითარებაზე.

ჩვენ ვსაუბრობთ სრულწლოვნის მიერ მაგ. სრულწლოვნის მონაწილეობით პორნოგრაფიული ხასიათის მასალის დამზადებაზე (სურათის

9 შუად. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება BVerfGE 90, 145. იხ. ასევე საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები N 1/4/592, N 1/3/1282.

10 ცალკეულ სადავო საკითხებთან დაკავშირებით იხ. *Weber*, BitMG, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 1 ff.

11 მიზნებთან დაკავშირებით იხ. *ლეკვეიშვილი/თოდუა/მამულაშვილი*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი 1, 2016, 703.

გადაღება, ნახატის დახატვა და სხვა) და მის სისხლისსამართლებრივ დასჯადობაზე,¹² რაც ბევრ კითხვის ნიშანს აჩენს ქართულ პრაქტიკაში. ყველაზე საინტერესო ის არის, რომ ქართულ სამართალში ვერსად შეგხვდებით კანონიერი პორნოგრაფიის განმარტებას. ერთადერთი, სისხლის სამართლის კოდექსშივე წერია 255-ე მუხლის შენიშვნაში, რომ დასჯადობა არ ვრცელდება სამედიცინო, სამეცნიერო, საგანმანათლებლო ან სახელოვნებო ღირებულების მქონდე ნაწარმოებზე. ხოლო, თუ ვინ უნდა განსაზღვროს ეს, დადგენილი არ არის.

მსგავსმა მიდგომამ ქართულ პრაქტიკაში იმ კუროზამდე მიგვიყვანა, რომ 2016 წელს შინაგან საქმეთა სამინისტრომ ერთ-ერთი ვიდეო პორტალის წინააღმდეგ გამოძიება დაიწყო პორნოგრაფიის უკანონოდ გავრცელების გამო, ვინაიდან საიტზე აიტვირთა ცნობილი არგენტინელი რეჟისორის, გასპარ ნოეს ფილმი, „სიყვარული“, რომელიც წყვილის ურთიერთობას ეხებოდა და ფილმში უხვად იყო წარმოდგენილი ნაწილობრივ ღია სექსუალური სცენები.¹³ არ უნდა დაგვავიწყდეს, რომ რეჟისორი კანის კინოფესტივალის პრიზიორია და ეს ფილმიც იქ იქნა ნაჩვენები. საბოლოოდ, ამან საზოგადოებაში საკმაოდ მკვეთრად უარყოფითი რეაქციები გამოიწვია (როგორც გავრცელების, ასევე დასჯადობის კუთხით) და პასუხისმგებლობაში არავინ მიუციათ, თუმცა, აღსანიშნავია ის, რომ შინაგან საქმეთა სამინისტრო აპელირებდა ექსპერტიზის დასკვნაზე, რომელმაც დაადგინა, რომ ეს ფილმი განეკუთვნებოდა პორნოგრაფიას. დღემდე საზოგადოებისთვის გაურკვეველია, თუ ვის მიერ ჩატარდა ეს ექსპერტიზა და რა კრიტერიუმებით მოხდა შეფასება.

ამ მაგალითის საფუძველზე კარგად ჩანს, რომ ქართული პრაქტიკა სათანადოდ ვერ უმკლავდება ამ საკითხს და ვერც სასამართლო გადაწყვეტილებებში ვიპოვით რამე ხელჩასაჭიდ განმარტებას, რომელიც 255-ე მუხლის პირველი ნაწილის ბუნდოვან შინაარსს გასაგებს გახდიდა. პასუხგაუცემელი რჩება კითხვები, საერთოდ რას ნიშნავს უკანონო პორნოგრაფია; როგორ იმიჯნება ის სახელოვნებო ნაწარმოებისგან; ვინ უნდა მოახდინოს ეს გამიჯვნა?

12 დაწვრ. იხ. *ლევკევიშვილი/თოდუა/მამულაშვილი*, სისხლის სამართლის კვრდო ნაწილი, წიგნი 1, 2016, 725 და შემდეგი.

13 <http://www.tabula.ge/ge/story/105348-gaspar-noes-film-love-is-gavrcelebaze-shss-mgamodzieba-daitsko> (ნანახია 31.3.2018).

სწორედ აქედან გამომდინარე დადგა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს წინაშე ეს საკითხი განსახილველად, რომელიც ამჯერადაც მიმდინარეობს. სარჩელი, მართალია, არ ეხება ამ თემას ხელოვნების თავისუფლების კონტექსტში, თუმცა, მოსარჩელე, სწორედ იმას ხდის სადავოდ, რომ სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დადგენილი განუჭვრეტელი ნორმის საფუძველზე, რის გამოც, პირმა, შესაძლოა თავი შეიკავოს ისეთი ნაწარმოების გავრცელებისგანაც, რომელიც არ განეკუთვნება პორნოგრაფიას.

რთულია იმის პროგნოზირება, თუ რა გადაწყვეტილებამდე მივა საკონსტიტუციო სასამართლო, თუმცა, შეგვიძლია რამდენიმე სცენარი წარმოვიდგინოთ:

- მოსარჩელის პოზიციის უარყოფა და სადავო ნორმის ძალაში დატოვება იმ არგუმენტაციით, რომ ბუნდოვანებას პრაქტიკა შეავსებს. ეს გადაწყვეტილება ალბათ ყველაზე ძნელად დასაბუთებადი იქნება, ვინაიდან აშკარაა, რომ პრაქტიკა ამას სათანადოდ აქამდე თავს ვერ ართმევდა.
- მოსარჩელის პოზიციის გაზიარება და ნორმის ანტიკონსტიტუციურად ცნობა მისი განუსაზღვრელობის გამო, თუმცა, იქვე იმის მითითება, რომ კანონმდებლის მიერ შესაბამისი დაკონკრეტების შემთხვევაში მსგავსი დასჯადობა ზოგადად გამართლებულია.
- მოსარჩელის პოზიციის გაზიარება და მსგავსი დასჯადობის საერთოდ უარყოფა, ვინაიდან თვითონ ქმედება არ ქმნის ისეთ საშიშროებას, რომ სისხლისსამართლებრივ რეგულაციებში ექცეოდეს.

დიდი ალბათობით, სასამართლო ამჯერადაც თავს შეიკავებს უშუალოდ ხელოვნების დეფინიციის შემუშავებისგან და ეს სწორიც იქნება, მაგრამ, სულ მცირე, გვერდს ვერ აუვლის ხელოვნებისა და დასჯადი ქმედებების ურთიერთმიმართების საკითხს. ყოველ შემთხვევაში, სასამართლოს ამის გაკეთება შეუძლია.

მთლიანობაში, სასურველია, რომ სრულწლოვან პირებთან მიმართებით სახელმწიფომ სისხლისსამართლებრივი მექანიზმების გამოყენებისგან საერთოდაც თავი შეიკავოს და შემოიფარგლოს სხვა მექანიზმებით, როგორცაა მაგ. ტელეკომუნიკაციებთან დაკავშირებული კანონმდებ-

ლობა და რომლითაც ხდება გავრცელების გარკვეულ ჩარჩოებში მოქცევა (მაგ. პორნოარხების სიგნალების კოდირების ვალდებულება, რაც ისედაც ხდება უკვე).

ხელოვნებისა და აკრძალული პორნოგრაფიის პრობლემატიკის წინაშე ჩვენ არასრულწლოვნების გამოსახულების შემცველი ნაწარმოებების კონტექსტშიც დავდგებით და მოუმზადებელი ქართული სამართლებრივი პრაქტიკა შესაძლოა კიდევ უფრო შორს წავიდეს და საყოველთაოდ აღიარებული ნაწარმოებების გავრცელება სისხლისსამართლებრივ სანქციებს დაუქვემდებაროს. სწორედ ამიტომ საკონსტიტუციო სასამართლოს საკმაოდ ფუნდამენტური გადაწყვეტილების მიღება მოუწევს.

V. დასკვნა

დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ ქართულ სისხლისსამართლებრივ პრაქტიკაში ბოლო პერიოდში საკანონმდებლო დონეზე შეიმჩნევა სხვადასხვა მიმართულებით გარკვეულწილად ზედმეტი აქტივობები, რომლითაც ადგილი აქვს მცდელობას, ცალკეულ საზოგადოებრივ გამოწვევებს ყველაზე მკაცრი მექანიზმით გაეცეს პასუხი. ამას დასაბალანსებლად კარგი სასამართლო პრაქტიკა უნდა დაუპირისპირდეს, რომელიც მაქსიმალურად ვიწროდ განმარტავს ზოგადი შინაარსის ნორმებს და სულ მცირე, ამით მაინც გაანეიტრალებს სისხლისსამართლებრივ ექსპანსიას სხვადასხვა სფეროში.

GRENZEN DER EUROPÄISCHEN RECHTSANGLEICHUNG

Prof. Dr. **Werner Schroeder**, Universität Innsbruck

I. Grundlagen der EU-Rechtsangleichung

Die Begriffe Rechtsangleichung und Harmonisierung werden im Unionsrecht im gleichen Sinne verwendet. Sie stehen für die Annäherung nationaler Vorschriften an einen unionsrechtlich vorgegebenen Standard¹.

Die Angleichung des Strafrechts in der EU erfolgt seit dem Vertrag von Lissabon im supranationalen Rahmen des „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, der in Art 67 ff. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) geregelt ist. Sie folgt damit prinzipiell den allgemeinen Regeln, die auch in anderen Rechtsbereichen des Unionsrechts, z.B. im Binnenmarkt, gelten. Allerdings gibt es hier einige Besonderheiten.

II. Ziel der EU-Strafrechtsangleichung

Rechtsangleichung hat in der EU keinen Selbstzweck, sondern ist stets funktional zu verstehen. Sie dient folglich nicht nur dazu, rechtliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten abzubauen, sondern soll auch bestimmte Politikziele und insgesamt ein „europäisches Gemeinwohl“ verwirklichen².

So ist die Angleichung des Strafrechts der Mitgliedstaaten durch die EU nach Art. 67 Abs. 3 und Art. 82 ff. AEUV zunächst ein Baustein des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem ein „hohes Maß an Sicherheit“ gewährleistet ist. Es liegt auf der Hand, dass es in einem solchen europäischen Raum grenzüberschreitende Sachverhalte gibt, die strafrechtliche Probleme aufwerfen.

Das Projekt des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts hat darüber hinaus aber auch eine sinnstiftende Funktion für die EU, die sich von einem europäischen Wirtschaftsgebiet zu einem supranationalen Lebensraum entwickelt hat. Das wird in den Werten und Zielen der EU nach Art. 2 und Art.

3 Abs. 2 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) deutlich³. Die Strafrechtsharmonisierung ist also auch Ausdruck gemeinsamer Werte der Mitgliedstaaten.

III. Mittel der EU-Strafrechtsangleichung

Grenzen für die Harmonisierung ergeben sich zunächst aus den Kompetenzgrenzen der EU. Vielleicht erscheint die Erkenntnis, dass der EU-Gesetzgeber nur dort Rechtsangleichung betreiben kann, wo er über die notwendigen Gesetzgebungsbefugnisse verfügt, banal. Der EU-Gesetzgeber neigt allerdings bekanntlich dazu, seine Gesetzgebungs- und Harmonisierungskompetenzen sehr stark auszudehnen. So wurde die Richtlinie (EU) 2015/849 zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung⁴ auf die Binnenmarktcompetenz gestützt, was nachvollziehbar erscheint, weil es einen Konnex zur Kapitalverkehrsfreiheit gibt. Eigentlich handelt es sich dabei jedoch um ein Begleitgesetz zur effektiven Durchsetzung strafrechtlicher Verbote, für die es in Art. 83 AEUV spezielle Kompetenztitel gibt.

Im Regelfall findet in der EU Rechtsangleichung im Wege der Mindestharmonisierung statt. Dabei werden in Richtlinien oder Verordnungen lediglich unionsrechtliche Minimalstandards formuliert⁵. Dies eröffnet den Staaten Ermessensspielräume. So verpflichtet z.B. Art. 17 Verordnung 178/2002 über Grundsätze des Lebensmittelrechts die Mitgliedstaaten⁶, wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Strafsanktionen bei Verstößen gegen das Lebensmittelrecht zu schaffen⁷, lässt jedoch offen, welche konkrete Form diese Sanktionen haben sollen.

Ausnahmsweise findet in bestimmten Bereichen des EU-Rechts auch eine Vollharmonisierung statt. In diesem Fall ergeben sich sämtliche Anforderungen der Rechtsangleichung aus dem EU-Rechtsakt selbst. Die Mitgliedstaaten dürfen

3 *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, § 4 Rn. 1 ff., 5. Aufl. 2017.

4 ABl. EU L 141 v. 5.6.2015, S. 73.

5 *Wagner* (Fn. 1), S. 53.

6 ABl. EU L 31 v. 1.2.2002, S. 1.

7 Vgl. EuGH – Reindl, Rs. C-443/13, ECLI:EU:C:2014:2370, Rn. 37 f.

dann keine anderen als in dem EU-Rechtsakt genannte Anforderungen in ihr Recht aufnehmen oder beibehalten⁸.

Im Bereich des Strafprozessrechts und des materiellen Strafrechts verfügt die EU, auch nach dem Vertrag von Lissabon, über keine solche umfassende Kompetenz zur Rechtsvereinheitlichung. Sie darf vielmehr in einzelnen, speziell definierten Bereichen nach Art. 82 und Art. 83 AEUV lediglich „Mindestvorschriften“ für die Angleichung des nationalen Rechts aufstellen, und zwar auch nur durch „Richtlinien“.

IV. Positive und negative Strategien der EU-Strafrechtsangleichung

Um die Bedeutung der Rechtsangleichung in der EU einordnen zu können, muss man wissen, dass diese Methode in einem Spannungsverhältnis zu anderen Strategien steht, mit denen die europäische Rechtsintegration vorangetrieben wird.

1. Prinzip der gegenseitigen Anerkennung

Rechtsangleichung im eigentlichen, eben beschriebenen Sinne bezeichnet man auch als Instrument der positiven Integration. Mit diesem werden Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen beseitigt, indem der EU-Gesetzgeber durch Erlass von Sekundärrecht einen (positiven) einheitlichen Standard für die gesamte EU schafft.

Die Methode der negativen Integration basiert demgegenüber darauf, dass nationale Rechtsunterschiede in der EU durch gegenseitige Anerkennung beseitigt werden⁹. Dieses Konzept stammt ursprünglich aus dem Binnenmarkt und gilt für Bereiche, die noch nicht durch EU-Sekundärrecht harmonisiert worden sind. Es verlangt, dass hoheitliche Entscheidungen aus dem Herkunftsland einer Ware, Dienstleistung oder einer Person rechtlich auch für das Bestimmungsland gelten, wodurch eine weitere rechtliche Überprüfung dieser Entscheidungen überflüssig wird. Eine Ware, Dienstleistung oder berufliche Tätigkeit, die in einem

8 EuGH – Europamur Alimentación, Rs. C-295/16, ECLI:EU:C:2017:782, Rn. 38 ff.

9 Schroeder (Fn. 3), § 18 Rn. 5.

Mitgliedstaat verkehrsfähig oder erlaubt ist, ist deshalb prinzipiell auch in anderen Mitgliedstaaten verkehrsfähig oder erlaubt.

Ein Beispiel: Ein Fruchtlikör aus Frankreich (Creme de Cassis) darf in Deutschland auch dann verkauft werden, wenn sich die rechtlichen Anforderungen an die Zusammensetzung des Likörs in beiden Ländern unterscheiden¹⁰. Man muss sich darüber klar sein, dass dieser Mechanismus faktisch auch eine Rechtsangleichung bewirkt, und zwar in Form einer negativen Angleichung des Rechts auf dem untersten, in der EU geltenden nationalen Niveau.

Gegenseitige Anerkennung hat jedoch bestimmte Grenzen. Im Binnenmarkt ist hierfür erforderlich, dass die rechtlichen Standards in den beiden betroffenen Mitgliedstaaten, d.h. im Herkunfts- und Bestimmungsland, annähernd gleichwertig sind. Sonst kann das Bestimmungsland die Anerkennung unter Berufung auf Rechtfertigungsgründe, z.B. den notwendigen Schutz des nationalen ordre public, verweigern.

2. Verhältnis der EU-Strafrechtsangleichung zur gegenseitigen Anerkennung

Auch im AEUV-Kapitel über die Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen finden sich die beiden genannten Strategien. Bemerkenswert erscheint jedoch, gerade im Vergleich zum Binnenmarktrecht, dass hier die gegenseitige Anerkennung Priorität vor einer Angleichung der staatlichen Rechtsvorschriften durch EU-Sekundärrecht haben soll. Positive Strafrechtsharmonisierung soll lediglich ein subsidiäres Mittel sein, um das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung durchzusetzen¹¹. Art. 67 AEUV („erforderlichenfalls“) und Art. 82 Abs. 2 AEUV („Soweit [...] erforderlich“) bringen das jedenfalls in Bezug auf das Strafprozessrecht deutlich zum Ausdruck.

Wie bereits am Beispiel des Binnenmarkts gezeigt, bewirkt die gegenseitige Anerkennung letztlich auf indirektem Wege auch eine europäische Rechtsangleichung – allerdings, und das ist problematisch, auf dem niedrigsten rechtlichen Niveau, das in einem Mitgliedstaat der EU gilt, weil auch dessen Entscheidungen von allen anderen Staaten anerkannt werden müssen.

10 EuGH – Rewe-Zentral AG (Cassis de Dijon), Rs. 120/78, ECLI:EU:C:1979:42, Rn. 13 f.
11 *Satzger*, Art. 82 AEUV Rn. 10, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018.

Soll das Instrument der gegenseitigen Anerkennung aber ein taugliches Mittel der Strafrechtsintegration sein, sind meiner Meinung nach zwei wesentliche Punkte zu beachten:

(1) Zunächst funktioniert die gegenseitige Anerkennung strafjustizieller Akte – anders als im Binnenmarkt – nicht automatisch. Vielmehr muss der Anerkennungsgrundsatz zuvor durch besondere „Regeln und Verfahren“ gemäß Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 lit. a AEUV von der EU sekundärrechtlich umgesetzt werden. Das wichtigste Beispiel für eine solche Regel ist der Rahmenbeschluss 2002/584/JI über den Europäischen Haftbefehl¹², der gewisse Bedingungen für die gegenseitige Anerkennung eines Haftbefehls festlegt.

(2) Sodann hängt die Umsetzung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen entscheidend von einem wechselseitigen Vertrauen in die Qualität und Rechtsstaatlichkeit der Strafjustiz der einzelnen Mitgliedstaaten ab¹³.

3. Grenzen der gegenseitigen Anerkennung

Man fragt sich, ob ein solches Vertrauen gerechtfertigt ist, soweit die Strafjustiz in den Mitgliedstaaten noch nicht auf einen europäischen Mindeststandard gebracht wurde. Art. 82 Abs. 1 AEUV ignoriert jedoch diese Bedenken und fordert eine gegenseitige Anerkennung justizieller Entscheidungen auch ohne vorhergehende Rechtsangleichung. Das zeigt sich etwa im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl, nach dem ein vom ersuchenden EU-Mitgliedstaat ausgestellter Europäischer Haftbefehl von dem ausliefernden Mitgliedstaat zwingend zu vollstrecken ist (Art. 1 Abs. 2). Gerechtfertigt wird diese strikte Regelung damit, dass ja alle Mitgliedstaaten Rechtsstaaten sind, was bei ihrem Beitritt zur EU überprüft wurde (vgl. Art. 2 EUV i.V.m. Art. Art 49 EUV).

Tatsächlich lässt sich diese Fiktion nicht mehr uneingeschränkt aufrechterhalten¹⁴. In einigen Mitgliedstaaten wie Ungarn, Polen und Rumänien

12 ABI. EU L 190 v. 18.7.2002, S. 1.

13 EuGH – Gözütok u.a., verb. Rs. C-187/01 u. C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87, Rn. 33; *Satzger* (Fn. 11), Art 82 AEUV Rn. 19.

14 Siehe *Schroeder*, *The European Union and the Rule of Law – State of Affairs and*

gibt es massive rechtsstaatliche Probleme, insbesondere im Justizwesen¹⁵. Der EuGH hat deshalb den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im Strafverfahrensbereich relativiert und die Art. 82 f. AEUV durch einen impliziten unionalen Rechtsstaats- und Grundrechtsvorbehalt ergänzt. Sofern es in einem Mitgliedstaat gravierende rechtsstaatliche oder grundrechtliche Defizite gibt, dürfen die anderen Mitgliedstaaten Justizentscheidungen aus diesem Staat nicht mehr anerkennen. Der EuGH hat dies im Widerspruch zum Wortlaut des EU-Rechts am Beispiel des Europäischen Haftbefehls entschieden¹⁶. Ähnliches gilt nunmehr übrigens ausdrücklich für die Richtlinie 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen¹⁷. Nach ihrem Art. 11 Abs. 1 „kann“ (!) die Anerkennung einer Ermittlungsanordnung im Vollstreckungsstaat versagt werden, wenn zu befürchten ist, dass dadurch das Rechtsstaatsprinzip oder die Grundrechte verletzt werden. Diese Bestimmung ist grundrechtskonform dahingehend auszulegen, dass in derartigen Fällen die Anerkennung versagt werden „muss“.

V. Grenzen der EU-Strafrechtsangleichung

1. Notbremse für die EU-Strafrechtsangleichung

Bei der Strafrechtsharmonisierung hat jeder Mitgliedstaat ein Einspruchsrecht, die sog. „Notbremse“ (Art. 82 Abs. 3, 83 Abs. 3 AEUV). Mit dieser kann er ein laufendes EU-Gesetzgebungsverfahren im Rat stoppen, sofern die geplante Maßnahme „grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung“ berühren würde. Das in diesem Fall vorgesehene Verfahren sieht eine Befassung des Europäischen Rats vor, der sich um eine konsensuale Lösung bemühen muss.

Es dürfte Sache jedes Mitgliedstaats sein, solche „grundlegenden Aspekte“

Ways of Strengthening“, in: *ders.* (Hrsg.), *Strengthening the Rule of Law in Europe – From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, Oxford 2016, S. 3.

15 Siehe jetzt auch EuGH – Kommission/Polen, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, Rn. 60 ff.

16 EuGH – Aranyosi u.a., verb. Rs. C-404/15 u. C-659/15 PPU, EU:ECLI:C:2016:198, Rn. 82 ff.; EuGH – LM, Rs. C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, Rn. 43 ff.

17 ABI. EU L 130 v. 1.5.2014, S. 1.

zu definieren. Aus deutscher Sicht wären das vermutlich das Schuldprinzip oder das Rückwirkungsverbot. Das deutsche Bundesverfassungsgericht macht insoweit strenge Vorgaben, nach denen der deutsche Vertreter im Rat der EU die Notbremse ziehen muss¹⁸.

2. „Schonende“ EU-Strafrechtsangleichung?

Art. 67 Abs. 1 AEUV und Art. 82 Abs. 2 AEUV unterstreichen außerdem mehrfach, dass die Angleichung des nationalen Strafrechts „erforderlich“ und „notwendig“ sein muss. Zudem verlangen sie, dass dabei die „Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten“ geachtet werden.

Für einige deutsche Strafrechtsautoren¹⁹ wird mit diesem Hinweis unionsrechtlich ein spezieller „Schonungsgrundsatz“ anerkannt, demzufolge die EU nur zurückhaltend in die nationalen Strafrechtssysteme eingreifen darf.

Meines Erachtens verlangt der AEUV jedoch keineswegs, dass jeder Akt der EU-Strafgesetzgebung einer besonders restriktiven Prüfung unterzogen werden müsste. Einer vollständigen europäischen Strafrechtsharmonisierung erteilt der Vertrag von Lissabon ja ohnehin eine Absage. Nach meiner Ansicht sind diese Aussagen daher nur als strafrechtspolitische Konkretisierung der allgemeinen Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzipien zu verstehen.

Natürlich müssen wegen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5 Abs. 3 EUV auch strafrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen der EU einen europäischen Mehrwert aufweisen, weil ihre Ziele auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden könnten. Im Übrigen dürfen sie wegen des Gebots der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 EUV auch „nicht über das erforderliche Maß hinaus“ gehen. Das heißt: Je massiver Harmonisierungsmaßnahmen der EU in die nationalen Strafrechtssysteme eingreifen, desto bedeutsamer müssen sie für die Erreichung der Unionsziele sein.

Darüber hinausgehende Beschwörungen nationaler Strafrechtssouveränität

18 Vgl. BVerfGE 123, 267, 413 f – Lissabon.

19 Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. 2015, S. 296 f.; Heger, ZIS 2009, 406, 410; Satzger (Fn. 11), Art. 82 AEUV Rn. 3.

durch einen „Schonungsgrundsatz“ sind jedoch überflüssig. Ein solches Prinzip lässt sich auch in der Rechtsprechung des EuGH nicht nachweisen²⁰, wie das Urteil des EuGH zur Nichtigkeitsklage des Rahmenbeschlusses 2003/80/JI zum Umweltstrafrecht²¹ anschaulich zeigt: „Dies kann den Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch nicht daran hindern, Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, die seiner Meinung nach erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit der von ihm [...] erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten“²².

3. Grundrechtskonforme EU-Strafrechtsangleichung

Die wichtigeren Grenzen der europäischen Strafrechtsharmonisierung sind meines Erachtens in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) zu suchen. Dies wird bereits in Art. 67 Abs. 1 AEUV hervorgehoben, der dokumentiert, dass das Strafrecht aus EU-rechtlicher Sicht kein Bereich wie jeder andere ist. Jede Angleichung des Strafrechts durch EU-Sekundärrecht muss mit der GRCh vereinbar sein (Art. 6 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 51 Abs. 1 und 52 Abs. 1 GRCh). Das betrifft vor allem die justiziellen Grundrechte, z.B. die Unschuldsvermutung nach Art. 48 GRCh und das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Zusammenhang mit Strafen nach Art. 49 GRCh.

Während früher zum Teil bezweifelt wurde, dass der unionale Grundrechtsstandard für den Bereich des Strafrechts einen angemessenen Schutz des Individuums sicherstellt, hat sich dies mit dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta geändert. Das Grundrechtsbewusstsein des EuGH ist seither deutlich gewachsen. Jedoch besteht im Strafrechtsbereich seine Strategie bisher nicht etwa darin, Strafrechtsakte der EU wegen Grundrechtsverstößen für nichtig zu erklären. Er favorisiert vielmehr eine grundrechtskonforme Auslegung der Unionsakte. So weist er z.B. die nationalen Behörden und Gerichte an, einen Europäischen Haftbefehl nicht zu vollstrecken, sofern der auszuliefernde Person im ausstellenden Mitgliedstaat eine unmenschliche und erniedrigende

20 Vgl. *Folz*, ZIS 2009, 427, 428.

21 ABI. EU L 29 v. 5.2.2003, S. 55.

22 EuGH – Kommission/Rat, Rs C-176/03, ECLI:EU:C:2005:542, Rn. 48.

Behandlung i.S.v. Art. 4 GRCh droht²³ oder die Gefahr besteht, dass die Gerichte des ausstellenden Staats das in Art. 47 Abs. 2 GRCh verbürgte Grundrecht auf ein faires Verfahren verletzen²⁴.

4. Innerstaatliche Grenzen der EU-Strafrechtsangleichung

Das Bundesverfassungsgericht nennt in seinem Urteil zur Ratifizierung des Lissabonner Vertrages das Strafrecht als wichtigsten Bereich, welcher im Kern den Mitgliedstaaten erhalten bleiben muss. Deshalb seien die Kompetenzen der EU zur Harmonisierung von Straf- und Strafverfahrensnormen restriktiv auszulegen²⁵. Das Bundesverfassungsgericht fordert, die Notwendigkeit einer Harmonisierung des materiellen Strafrechts in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV ernst zu nehmen. Eine derartige Notwendigkeit liege nicht bereits vor, wenn die Organe der EU einen dementsprechenden Willen zu handeln gefasst hätten²⁶. Sodann müsse auch der Katalog der Straftaten nach Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV einschränkend ausgelegt werden. Es sei darauf zu achten, dass nur die grenzüberschreitende Dimension eines konkreten Straftatbestandes von den europäischen Rahmenvorschriften angesprochen wird²⁷. Gleiches gelte für die Annexkompetenz nach Art. 83 Abs. 2 Satz 1 AEUV. Für die Inanspruchnahme dieser Kompetenz müsse nachweisbar feststehen, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich bestehe²⁸.

Auch müsse im EU-Strafrecht der Schuldgrundsatz gewahrt werden, der zur unverfügbaren deutschen Verfassungsidentität gehöre. Eine strafrechtliche Erfolgshaftung dürfte somit im EU-Strafrecht – jedenfalls aus deutscher Sicht – keine Chance haben²⁹.

Bereits vorher hatte das Gericht in seinem Urteil zum Europäischen Haftbefehl gefordert, dass bei der europäischen Strafrechtsgesetzgebung „ein schonender Weg“ gefunden werden müsse, „um die nationale Identität und Staatlichkeit

23 EuGH – Aranyosi u.a. (Fn. 15), Rn. 98, 104.

24 EuGH – LM (Fn. 15), Rn. 44 ff.

25 BVerfGE 123, 267, 410 – Lissabon.

26 BVerfGE 123, 267, 410 f. – Lissabon.

27 BVerfGE 123, 267, 412 f. – Lissabon.

28 BVerfGE 123, 267, 411 f. – Lissabon.

29 BVerfGE 123, 267, 412. – Lissabon.

in einem einheitlichen europäischen Rechtsraum zu wahren³⁰. Der oben angesprochene „Schonungsgrundsatz“ wurzelt also nicht im Unionsrecht, sondern in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts.

Ob diese Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für die Interpretation der Art. 82 ff. AEUV EU-rechtlich erfolgsversprechend sind, scheint fraglich. Es geht meines Erachtens nicht, dass das Bundesverfassungsgericht bestimmte Bereiche des Strafrechts aus deutscher Sicht für unverfügbar erklärt. Dies gilt bereits für die Katalogtaten von Art. 83 Abs. 1 AEUV. Hier geht der klare Wortlaut des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV über die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hinaus und die teleologische Reduktion der Norm durch das Bundesverfassungsgericht ist aus europarechtlicher Sicht keineswegs zwingend. Gleiches gilt für die Vorstellung des Bundesverfassungsgerichts, der Unionsgesetzgeber müsse einen Regelungsbedarf empirisch nachweisen lassen. Letztlich ist dies aus Sicht der EU eine Frage des gesetzgeberischen Ermessens.

Glaubwürdig ist es, wenn sich das Bundesverfassungsgericht zum Sachwalter eines europäischen Grundrechtsmindeststandards bei der EU-Strafgesetzgebung macht und hierzu in einen Dialog mit dem EuGH eintritt. Das passiert ja teilweise auch. So hatte das Gericht bereits 2015 noch vor der Aranyosi-Entscheidung des EuGH von 2016 festgestellt, dass deutsche Gerichte nicht aufgrund des Europäischen Haftbefehls ausliefern dürfen, wenn dadurch die Menschenwürde verletzt wird, z.B. weil das Schuldprinzip bei einer Verurteilung in Abwesenheit missachtet wird³¹. Ein solcher Diskussionsprozess kann hilfreich sein, muss aber auch in den anderen Mitgliedstaaten vermittelt werden.

VI. Resümee

Die europäische Strafrechtsangleichung fördert nicht nur die Sicherheit in der EU, sondern leistet einen wichtigen Beitrag zur europäischen Integration. Das wird meines Erachtens teilweise von den Befürwortern des „Schonungsgrundsatzes“ unterschätzt.

30 BVerfGE 113, 273, 299 – Europäischer Haftbefehl.

31 BVerfG NJW 2016, 1149.

Grenzen für die Harmonisierung des Strafrechts ergeben sich weniger aus kompetenzrechtlichen Schranken und nationalen Souveränitätsvorbehalten als aus grundrechtlichen Bedenken, die für diese sensible Rechtsmaterie in besonderem Maß gelten.

Gibt es ernsthafte Zweifel an der Rechtsstaatlichkeit einiger Mitgliedstaaten der EU, vor allem in Bezug auf ihr Justizsystem, ist außerdem eine wesentliche Prämisse für das ganze europäische Projekt des „Raums der Freiheit, Sicherheit und des Rechts“ entfallen. Dann müssen wir nicht nur die gegenseitige Anerkennung justizieller Entscheidungen stoppen, sondern auch hinterfragen, ob eine weitere punktuelle Angleichung des Strafprozessrechts und Strafrechts durch EU-Richtlinien überhaupt noch zu vertreten ist.

DIE STRAFRECHTLICHE BEWERTUNG DES DROGENKONSUMS

Dr. **Mustafa Temmuz Oğlacioğlu**, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen/
Nürnberg

Der folgende Beitrag will der strafrechtlichen Relevanz des Drogenkonsums im deutschen Betäubungsmittelrecht nachgehen. Eine Tathandlung des „Konsums“ existiert im deutschen Betäubungsmittelstrafrecht nicht. Dass aber Handlungen im Kontext des Konsums eine strafrechtliche Verfolgung nach sich ziehen können, wird sich herausstellen, wenn man sich mit den Grundlagen des Betäubungsmittelrechts befasst. Nachdem konsumnahe Handlungen und ihre betäubungsmittelrechtliche Einordnung feststehen, können die prozessualen Mechanismen beim Umgang mit Drogen zu Konsumzwecken skizziert werden, um mit einer knappen verfassungsrechtlichen Bewertung des derzeitigen Zustands abzuschließen.

I. Das deutsche Betäubungsmittelstrafrecht im Überblick

Hauptrechtsquelle des Betäubungsmittelrechts ist das Betäubungsmittelgesetz. Es legt in § 1 BtMG die Substanzen fest, welche überhaupt als Betäubungsmittel gelten und konkretisiert in § 2 BtMG die Reichweite des Betäubungsmittelbegriffs im Übrigen. Kernstück ist das in § 3 BtMG aufgestellte Umgangsverbot bzw. eine Erlaubnispflicht für fast alle denkbaren Umgangsformen bzgl. Betäubungsmitteln im Sinne dieses Gesetzes. In § 4 BtMG sind Ausnahmen von der Erlaubnispflicht festgelegt. Verstoßen die Beteiligten gegen die Erlaubnis- oder sonstige Pflichten, handeln sie illegal. Während leichtere Pflichtverletzungen als Ordnungswidrigkeiten gem. § 32 BtMG geahndet werden, führen schwerwiegende Verstöße zu einer Strafbarkeit nach den §§ 29 ff. BtMG¹.

Die Straftatbestände des BtMG lassen sich in den Grundtatbestand des § 29 BtMG und die anschließenden Qualifikationen (Verbrechen i.S.d. § 12 Abs. 1 StGB) der §§ 29a, 30, 30a BtMG gliedern. Der Grundtatbestand enthält im ersten Absatz

1 Eine Einführung in das deutsche Betäubungsmittelrecht geben *Exner*, JuS 2019, 211, sowie *Heinrich/van Bergen*, JA 2019, 321.

einen sehr umfangreichen Katalog an Handlungsmodalitäten (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 bis 14 BtMG), der jeden erdenklichen unerlaubten Umgang mit Betäubungsmitteln erfasst, um dem Schutzzweck des BtMG effektiv nachzukommen. Der Strafraum beträgt Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe, es handelt sich somit um ein Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB). Bei den meisten Handlungsmodalitäten ist sowohl die versuchte als auch die fahrlässige Begehung sanktioniert (§ 29 Abs. 2, Abs. 4 BtMG).

Vom Verbot des Umgangs mit Betäubungsmitteln nach § 3 BtMG sind gem. § 1 Abs. 1 BtMG diejenigen Stoffe betroffen, die in den Anlagen des Gesetzes abschließend aufgezählt werden. Diese „Positivliste“ grenzt das (illegale) Betäubungsmittel von anderen Drogen ab². Die Anlagen sind dreigeteilt, im Übrigen nach Alphabet geordnet. Änderungen der Anlagen I bis III können von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates im Verordnungswege vorgenommen werden (§ 1 Abs. 2 BtMG, ggf. auch durch eine sog. „Dringlichkeitsverordnung“, vgl. § 1 Abs. 3 BtMG). Die Regelungsbefugnis wurde dem Ordnungsgeber übertragen, um den Veränderungen des Drogenmarktes flexibel begegnen zu können³. Die Urfassung der Anlagen geht auf die Anlage der Single Convention zurück, die ihrerseits unter Mitwirkung der WHO zustande kam. Sie wurde aber seitdem stetig erweitert (sei es infolge weiterer internationaler Übereinkommen, sei es durch den Gesetz- bzw. Ordnungsgeber). Anlage I enthält die nichtverkehrsfähigen Betäubungsmittel. Sie gelten als gesundheitsschädlich und für medizinische Zwecke nicht geeignet (Heroin, Cannabis und LSD). Anlage II enthält die verkehrsfähigen, aber nicht verschreibungsfähigen Betäubungsmittel. Sie dürfen nur in der Pharmaindustrie als Rohstoffe und Zwischenprodukte verwendet werden. Hierzu gehören Cocablätter und Codein (außer bei einem ganz geringen Wirkstoffanteil in Zubereitungen). Anlage III enthält die verkehrsfähigen und verschreibungsfähigen Betäubungsmittel.

Die Positivliste folgt keinem bestimmten Schema oder denkbaren Klassifizierungsmerkmalen. Eine rein chemische Einordnung nach Stoffklassen (insb. Alkaloiden einerseits, Terpenoiden andererseits) erfolgt ebenso wenig wie eine Einteilung nach ihrem Ursprung (biogen, halbsynthetisch, vollsynthetisch).

2 *Oğlakcioğlu*, in: MüKo StGB, Bd. 8. 3. Aufl. 2018, § 1 BtMG Rn. 1 ff.

3 Vgl. auch BT-Drs. 8/3551, 26.

Der potentiell therapeutische Einsatz spielt nur für die Einordnung eines Betäubungsmittels als „verschreibungsfähig“ (also Betäubungsmittel der Anlage III) eine Rolle. Die in der Liste aufgeführten Substanzen erfassen damit das gesamte Spektrum an Wirkweisen, von Dissoziativa, Narkotika und Sedativa hin zu psychedelischen bzw. halluzinogen wirkenden Substanzen (Lysergsäure, Psilocybin) bis zu Stimulantia (Kokain).

Lediglich in der Verordnungsermächtigung (§ 1 Abs. 2 BtMG) finden sich vage Kriterien, die bei der Aufnahme eines Stoffes in die Liste Berücksichtigung finden müssen, namentlich die „Wirkungsweise eines Stoffes, vor allem im Hinblick auf das Hervorrufen einer Abhängigkeit“, sowie das Ausmaß „der mißbräuchlichen Verwendung“ und eine unmittelbare oder mittelbare „Gefährdung der Gesundheit“. Als Zweckmäßigkeitentscheidung unter Hinzuziehung von Sachverständigen ist die Entscheidung über die Aufnahme eines Stoffes bzw. dessen Einordnung als gefährlich kaum justizabel, so dass sich etwaige Kriterien auch nicht durch eine Spruchpraxis entwickeln können. Dies wäre auch schwierig, da selbst die Gefährlichkeit ein und desselben Wirkstoffs von seiner Konzentration, Applikationsart und Aufbereitung wie auch von der Konstitution des Konsumenten sowie dessen Konsumgewohnheiten abhängig ist (Drug/Set/Setting⁴). Dies mag der Grund dafür sein, dass bis heute noch Stoffe mit ganz erheblich divergierendem Gefährlichkeits- und Abhängigkeitspotential einem einheitlichen Regelwerk unterstellt sind, umgekehrt viele Substanzen, die als Narkotika und Delirantia dem weiten Drogenbegriff unterfielen, nicht in der Liste auftauchen (Alkohol, Ketamin). Dieses schon seit Anbeginn der Prohibition bestehende Legitimationsproblem ist bis heute nicht überwunden und geht viel weiter als die damit assoziierte Frage, warum Cannabis illegal, Alkohol hingegen legal sei⁵.

II. Strafloser Konsum und konsumnahe Delikte

Bezieht sich das Täterverhalten auf ein Betäubungsmittel und ist er auch nicht berechtigt, Handlungen in Bezug auf Betäubungsmittel legal vorzunehmen, kommt

4 Hierauf Bezug nehmend auch *Böllinger*, HFR 2015, 23, 30.

5 Hierzu eingehend *Kinzig*, FS Kargl, 2015, S. 273, 274, 278 unter Bezugnahme auf *Nutt*, *Drugs – without the hot air: minimising the harms of legal and illegal drugs*, 2012.

eine Verwirklichung des § 29 Abs. 1 BtMG in Betracht. Dieser weist bereits in § 29 Abs. 1 Nr.1 BtMG – als „Kernstück“ des deutschen Betäubungsmittelstrafrechts – zehn Tatmodalitäten auf, deren detaillierte Darstellung hier schon aus Gründen des Umfangs nicht erfolgen kann, aber auch nicht muss, weil bestimmten Modalitäten in Relation zu anderen eine verschwindend geringe Bedeutung zukommt. Für die hier behandelte Thematik genügt die etablierte Unterscheidung zwischen Absatzdelikten und konsumnahen Delikten. Nur letztere sollen im Folgenden im Mittelpunkt stehen, zumal sie (ausweislich des Bundeslagebilds Rauschgift⁶) praktisch wesentlich bedeutsamer sind, mithin der Erwerb, die Abgabe, das Sich-Verschaffen von und der Besitz von Betäubungsmitteln das Gros der verfolgten Delikte darstellen.

Bei den meisten konsumnahen Delikten stellt die Verfügungsmacht über das Betäubungsmittel das entscheidende Merkmal für die Tatbestandsverwirklichung dar⁷. Verboten ist das Innehaben der Verfügungsgewalt (Besitz) ebenso wie deren Übertragung (Erwerb, Abgabe). Die Verfügungsmacht steht für ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis, mithin die tatsächliche Möglichkeit, auf das Betäubungsmittel nach Belieben und ohne entscheidende Einflussnahme anderer Personen einzuwirken. Ausgehend von diesem gemeinsamen Anknüpfungspunkt lassen sich die Verfügungswechselfelikte folgendermaßen systematisieren: Derjenige, der diese Verfügungsgewalt innehat, besitzt auch regelmäßig die Drogen (umgekehrt muss nicht jeder, der besitzt, zugleich Verfügungsmacht innehaben). Wird die Verfügungsmacht an einen Dritten (freiwillig und unentgeltlich) übertragen, liegt eine Abgabe vor. Kommen die Drogen dem Verfügungsinhaber abhanden oder verliert er sie anderweitig unfreiwillig, kommt ein sonstiges Inverkehrbringen in Betracht. Spiegelbildlich spricht man bei einer Erlangung der Verfügungsmacht vom Erwerb oder – soweit die Übertragung nicht einverständlich erfolgt ist – vom Sich-Verschaffen in sonstiger Weise. Fehlt es an der Erlangung der Verfügungsmacht, liegt lediglich ein (strafloser) Konsum vor.

6 Abrufbar unter <https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Rauschgiftkriminalitaet/2017RauschgiftBundeslagebildZ.html> (zuletzt abgerufen am 1.6.2019).

7 Vgl. BGH StV 1989, 201; BGH NSTZ 1997, 383; NSTZ-RR 1999, 89 sowie BayObLGSt 2003, 116 = NSTZ 2004, 401.

Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Dritte dem Angeklagten einen fertigen Joint zum Konsum übergibt oder lediglich das Marihuana überreicht, um für ihn einen Joint zum anschließenden Verzehr zu bauen. Solange der Dritte sich unmittelbar bei dem Angeklagten aufhält, gibt er seinen unmittelbaren Besitzwillen und auch seine Verfügungsmacht nicht auf. Praktisch hat dies zur Folge, dass der bloße Nachweis des Konsums von Betäubungsmitteln nicht genügt, um dem Täter einen Besitz von Betäubungsmitteln nachzuweisen, schließlich kann er auch nur Gast einer Konsumrunde gewesen sein bzw. sich die Drogen nur verabreicht haben lassen. Entsteht allerdings zwischen der Entgegennahme und dem Verbrauch eine Zeitspanne, bei der eine beliebige Verfügbarkeit gegeben ist, oder entfernen sich Übergebender oder Empfänger voneinander, bevor der Konsum erfolgt ist, erlangt der Empfänger die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Betäubungsmittel (etwa wenn der Angeklagte das Betäubungsmittel in die Hosentasche gesteckt hat).

Der Täter, der einem Dritten den Konsum von Betäubungsmitteln ermöglicht, gibt diese nicht ab, wenn er die Verfügungsmacht nicht aufgegeben hat. Hier kommt aber eine Überlassung zum unmittelbaren Verbrauch bzw. ein Verabreichen entgegen § 13 Abs. 1 BtMG in Betracht. Die unmittelbar vor dem Konsum von Betäubungsmitteln liegenden Tathandlungen des Verabreichens und Überlassens unmittelbar zum Verbrauch sind – weil § 3 BtMG an die Existenz der Droge knüpft – nicht erlaubnisfähig. Verabreichen ist die unmittelbare Anwendung des Betäubungsmittels am Körper des Empfängers (Injizieren, Einreiben, Einsprachen), es handelt sich insofern um eine konkretisierte Körperverletzungshandlung. Zum unmittelbaren Verbrauch überlässt der Täter dann, wenn er die Drogen einem anderen zum sofortigen Verbrauch an Ort und Stelle aushändigt, ohne dem Konsumierenden die Sachherrschaft an dem Stoff zu überlassen.

III. Die Einstellung wegen Geringfügigkeit nach § 31a BtMG

Eine praktisch bedeutsame Schnittstelle zwischen dem materiellen Betäubungsmittelstrafrecht und Strafprozessrecht findet sich in § 31a Abs. 1 BtMG. Es handelt sich um eine spezifische Einstellungsvorschrift, welche die allgemeinen Opportunitätseinstellungsvorschriften der §§ 153 ff. StPO verdrängt

und eine Einstellung ermöglicht, wenn der Täter mit den Betäubungsmitteln „lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge“ umgeht, seine Schuld als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht⁸. Freilich verhindert die Ausgestaltung als Ermessensvorschrift eine Konkretisierung der einzelnen Merkmale im Wege der Rechtsfortbildung. Dies und der Umstand, dass es eine Frage der drogenpolitischen Einstellung im jeweiligen Bundesland einerseits, sowie justizieller Ressourcen andererseits ist, wie mit der Opportunität umgegangen wird, führt zu einem vielfach und auch vom Bundesverfassungsgericht monierten „Nord-Süd-Gefälle“ bzw. zu einer unterschiedlichen Handhabung je nach Bundesland, was sich bis heute noch in unterschiedlichen Einstellungspraktiken manifestiert⁹.

Dies beginnt bereits beim sachlichen Anwendungsbereich des § 31a BtMG. Der Wortlaut der Vorschrift beschränkt sich nicht auf eine bestimmte oder „weiche“ Droge, dennoch wird auf die Einstellung wegen geringer Mengen in der Praxis (in einigen Ländern fast) nur im Falle des Erwerbs und Besitzes von Cannabis zurückgegriffen. Zudem ist auch unklar, wann von einer geringen Menge auszugehen ist, auch wenn sich die meisten Bundesländer nunmehr auf 6 Gramm Gewichtsmenge geeinigt haben.

IV. Verfassungsrechtliche Bewertung

Das Bundesverfassungsgericht hat diese (bis heute noch fortdauernde Praxis) bereits in einer ausführlich begründeten Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Kriminalisierung des Umgangs mit Betäubungsmitteln zu Konsumzwecken – dem sog. „Cannabis-Beschluss“ moniert¹⁰. Es handelte sich um die erste ausführliche Entscheidung zum umfassend reformierten BtMG 1982, das die Strafbarkeit des Umgangs mit Betäubungsmitteln einerseits nochmals erweiterte, andererseits jedoch auch liberalere Tendenzen enthielt.

8 Instruktiv *Wettley*, in: BeckOK BtMG, 2. Edition 15.03.2019, § 31a Rn. 14 ff.

9 *Ođlakciođlu* (Fn. 2), § 31a Rn. 9 f.; *Patzak*, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 9. Aufl. 2019, § 31a Rn. 40 f.

10 BVerfGE 90, 145 ff. = NJW 1994, 1577 ff.

1. Cannabis-Beschluss

Zuallererst stellt auch das Bundesverfassungsgericht im Cannabis-Beschluss zutreffend fest, dass das Verbot nach § 3 BtMG einen Eingriff in Grundrechte, insb. in die allgemeine Handlungsfreiheit, das verfassungsrechtlich gewährleistete Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG, darstellt. Zugleich verfeinert das Gericht das bis zu jenem Zeitpunkt geltende Legitimationskonzept, wonach das Betäubungsmittelrecht die Gesundheit des Einzelnen, aber auch diejenige des Volkes insgesamt schütze, indem es die in der „Volksgesundheit“ enthaltenen Gemeinbelange weiter aufspaltet. U.a. nennt der Senat das von „illegalen Drogen nicht beeinträchtigte soziale Zusammenleben“, den Jugendschutz, die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität und die Gewährleistung der internationalen Zusammenarbeit bei der Suchtstoffkontrolle. Zugleich verwirft es das Konzept eines „Leistungsgrundrechts“ im Sinne eines Rechts auf Rausch¹¹. Im Ergebnis bejaht das Bundesverfassungsgericht mit einer knappen Mehrheit (und zwei veröffentlichten Sondergegnungen) die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Strafvorschriften auch im Hinblick auf die Kriminalisierung von Endkonsumenten¹². Diesbezüglich stehe nämlich den Staatsanwaltschaften mit den besonderen Einstellungsvorschriften der § 31a ff. BtMG ein prozessuales Instrument zur Verfügung, Straftaten mit geringem Unrechtswert angemessen zu begegnen.

2. Ein Menschenrecht auf Rausch?

Das Bundesverfassungsgericht prüft die Verfassungsmäßigkeit des Verbots unter der Einordnung der betroffenen Grundrechte als Abwehrrechte (status negativus). Die Eingriffsintensität wäre anders zu beurteilen, wenn man ein Menschenrecht auf Rausch anerkannte, dessen Geltendmachung durch das Recht nicht nur nicht realisiert, sondern unmöglich gemacht wird. Entsprechend handelt es sich um eine Frage, welche die Drogenpolitik als solche betrifft und damit auch drogenengesetzgebungspolitische Entscheidungen vorjustieren kann. Denn fragt

11 BVerfGE 90, 145 ff. = NJW 1994, 1577 ff.

12 Zur verfassungsrechtlichen Ausgangssituation heute vgl. auch *Enzensperger*, HFR 2014, 48.

man nach dem Recht auf Rausch, fragt man zugleich nach dem Umgang mit der Sucht, mit denjenigen, die nicht mehr im Stande sind, vernünftige Entscheidungen zu treffen bzw. diese Befähigung (anders als viele andere Individuen) irgendwann verloren haben.

Zuletzt hat sich Matthias Kaufmann mit dieser Frage ausführlich beschäftigt¹³. Bei seinem Versuch einer Konzeption des Rechts auf Rausch als Menschenrecht rekurriert er auf den Ansatz des capability-approach von Nussbaum/Sen, der freilich mit zunächst anderer Stoßrichtung, universell gültige Grundwerte zu beschreiben versucht, die erforderlich sind, damit man ein gehaltvolles (flourishing) Leben führen kann. Er stellt also die Frage, ob und inwiefern der Rausch als ein Teil des Menschseins begriffen werden kann. Die Motive des „Sich-Berausehens“ können einen Ansatzpunkt für die Beantwortung dieser Frage bilden. Zu denken ist zunächst an den Konsum zu therapeutischen Zwecken, wobei allerdings zwischen unmittelbar zu Heilzwecken eingesetzten Betäubungsmitteln und Rauschgift zu differenzieren ist (im ersteren Fall geht es dem Konsumenten gerade nicht um einen irgendwie gearteten Rausch, entsprechend hätte solch ein Konsum auch nichts mit einem Menschenrecht auf Rausch, sondern mit einem Recht auf medizinische Versorgung zu tun). Neben dem „recreational use“ zu Entspannung, Stressabfall, Leistungssteigerung etc. kann der Rausch Erkenntniszwecken oder schlicht der Befriedigung der Lust nach Rausch dienen. Doch keines der drei Motive kann trotz der anthropologischen Konstante des „Drogenkonsums“ in der Gesellschaft als eines, das die Existenz des Menschen ausmacht, eingeordnet werden¹⁴. Dies ergibt sich bereits daraus, dass ebenso viele Menschen existieren, die ein zufriedenes Leben führen können, ohne Drogen zu konsumieren. Es besteht schlicht kein Minimalkonsens hinsichtlich der Zweckmäßigkeit des Konsums von Drogen aufgrund eines bestimmten Motivs. Auch objektiv gesehen überwiegen die Vorteile des Drogenkonsums im Hinblick auf das Menschsein (Erkenntnisgewinn, Lust) nicht stichhaltig gegenüber den potentiellen Nachteilen (Nebenwirkungen, Abhängigkeit etc.)¹⁵.

13 Kaufmann, in: Duttge/Holm-Hadulla/Müller/Steuer (Hrsg.), Verantwortungsvoller Umgang mit Cannabis, 2017, S. 135 ff.

14 Kaufmann (Fn. 13), S. 135, 140 f.

15 Kaufmann (Fn. 13), S. 135, 141 f.

Geht man also im Ergebnis davon aus, dass es tatsächlich kaum gelingen kann, ein Menschenrecht auf Rausch zu konstruieren, darf man nun nicht den Schluss ziehen, der Eingriff in die Rechte des Einzelnen sei legitim¹⁶. Ein fehlendes Recht auf Rausch darf niemals zu einer Umkehr der Begründungslasten hinsichtlich der Legitimität eines strafbewehrten Verbots führen, dahingehend, dass der Bürger beweisen müsste, sein Handeln sei „ungefährlich“ bzw. das Verbot sei unangemessen, weil es ihn in seinen Rechten beschränke¹⁷. Diese Gefahr einer Umkehr der Begründungslasten scheint sich aber im Betäubungsmittelrecht bereits realisiert zu haben, wenn unter Verweis auf die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers einschneidendere Maßnahmen als erforderlich und angemessen betrachtet werden, weil nicht bewiesen sei, dass die weniger einschneidende Maßnahme – siehe oben – nicht bewiesen sei. Und dieses Argumentationsmuster begegnet uns im Betäubungsmittelstrafrecht relativ häufig.

Genannt sei an dieser Stelle statt vieler¹⁸ nur ein Beispiel, etwa das Argument der Bekämpfung des Schwarzmarktes. Diesbezüglich betonen Prohibitionsgegner stets, dass das Verbot den Schwarzmarkt erst generiere und damit den Nährboden für organisierte Kriminalität schaffe¹⁹. Zu weit geht es freilich, davon ausgehen zu wollen, eine Legalisierung würde den Schwarzmarkt beseitigen (schließlich existieren Schwarzmärkte auch hinsichtlich legal erhältlicher Substanzen und Gegenstände), bei einer reinen Entkriminalisierungslösung würde sich wohl kaum etwas an der Marktsituation ändern, womöglich würde die Anzahl der Erstkonsumenten sogar etwas ansteigen und damit die Nachfrage. Umgekehrt lässt sich nicht abstreiten, dass eine Schwächung des Schwarzmarkts zumindest plausibel erscheint, wenn legale (und sichere) Bezugsquellen existieren. Der Drogenhandel macht weltweit die Haupteinnahmequelle der organisierten Kriminalität aus. Wenn dem entgegengebracht wird, dass eine Aufhebung der Prohibition den Schwarzmarkt nicht beseitigen werde, kommt auch hier wieder das typische Argumentationsmuster zum Vorschein. Erwägungen, die für

16 So im Ergebnis auch *Kaufmann* (Fn. 13), S. 135, 144 f.

17 *Oğlakcioğlu* (Fn. 2), Vor § 29 Rn. 23 ff.

18 Ausführlich *Böllinger*, HFR 2015, 23; *Oğlakcioğlu* (Fn. 2), Vor § 29 Rn. 23 ff.

19 Zu den denkbaren Reaktionsmöglichkeiten des Schwarzmarkts infolge der Aufhebung einer Prohibition ausführlich *Nadelmann*, Daedalus 1994, 87 ff.

eine Teillegalisierung sprechen, werden aufgrund vermeintlicher Schwächen zurückgewiesen, ohne dass damit die eigene Haltung bekräftigt wurde (ein Schwarzmarkt, der womöglich weiterhin – wenn auch geschwächt – existiert, ist immer noch „besser“, als ein unangetasteter Schwarzmarkt).

So gesehen wird der Adressat des Eingriffs gezwungen, eine „empirisch gesicherte“ Alternative zu präsentieren, um verfassungsrechtlich gehört zu werden. Auch unter Berücksichtigung des Gewaltenteilungsgrundsatzes erscheint dies unter Zugrundelegung verfassungsrechtlicher Allgemeinpostulate – insbesondere „in dubio pro libertate“ – jedenfalls dann problematisch, wenn der Adressat überhaupt nicht die Möglichkeit hat, einen „Gegenbeweis ersten Anscheins“ zu führen (man denke an Feldversuche²⁰ etc.). Mit der Vermutung, andere (nicht exemplifizierte) Konzepte könnten die Verbreitung nicht ebenso gut verhindern, wird der aktuelle Zustand legitimiert. Das ist schon in Anbetracht des Umstands, dass verschiedene Alternativen in Betracht gezogen werden müssen, problematisch, aber vor allem verfassungsrechtsmethodisch äußerst bedenklich, da man auf diese Weise jedes bereits existente Gesetz legitimieren kann. Vielmehr müsste man es umgekehrt handhaben: Je weniger plausibel die Wechselwirkung von Maßnahme und Belangschutz ist, desto höhere Anforderungen sind an die „Begründung“ der Sanktionsnorm zu stellen (ähnlich bei einem Urteil mit schwieriger Beweislage). Fehlt es an einer empirisch gesicherten Begründung, ist dies zumindest mit einer umso strengeren Betrachtung des Angemessenheitsmaßstabs zu „sanktionieren“. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint mir die prozessuale Kompensation, wie es auch bereits das Gegenvotum Sommer im bereits aufgegriffenen Cannabis-Beschluss aufgreift, keineswegs ausreichend, um eine Angemessenheit der Kriminalisierung aufrechtzuerhalten²¹:

„Gegen die ‚prozessuale Lösung‘ des Senats spricht – neben dem auch im Beschluss aufgezeigten Problem einer länderspezifisch erheblich voneinander abweichenden Einstellungspraxis – Art. 103 II GG. Hiernach ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, daß Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen

20 Vgl. *Schefold/Ambos/Böllinger*, ZRP 2016, 81; auch die Global Commission on drug policy spricht sich für eine Verbesserung der Datenlage aus, vgl. Bericht 2014, S. 31.

21 BVerfGE 90, 145 ff. = NJW 1994, 1577, 1590.

sind. Würde diese Entscheidung der vollziehenden oder der rechtsprechenden Gewalt überlassen, so wäre dies unvereinbar mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz, daß die Entscheidung über die Beschränkung von Grundrechten dem Gesetzgeber (...) obliegt. Der Verweis des Senats auf Vorschriften, die StA und Gericht das Absehen von Strafverfolgung bzw. die Einstellung des Verfahrens oder das Absehen von Strafe ermöglichen, nimmt ferner nicht hinreichend auf den Umstand Bedacht, daß nicht erst Verhängung und Vollziehung staatlicher Strafe in besonderem Maße vor den Freiheitsrechten rechtfertigungsbedürftig sind. Schon die Bezeichnung eines Verhaltens als strafbar, aber auch die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens sind grundrechtsrelevant.“ Dem ist nichts hinzuzufügen.

V. Fazit

Die Ausführungen zum materiellen Betäubungsmittelstrafrecht dürften gezeigt haben, dass nicht nur der Handel mit Betäubungsmitteln, sondern auch jeder erdenkliche Umgang im Kontext des Genusskonsums im deutschen Recht unter Strafe gestellt ist, bis auf den Akt des Konsums selbst. Sowohl Erstkonsumenten als auch Abhängige rücken aufgrund dieser Ausgestaltung sogar häufiger ins Visier der Strafverfolgung als die Händler. Auch wenn man davon ausgeht, dass die Konsumenten die Nachfrage bestimmen und daher keine Andersbehandlung in kriminalpolitischer Hinsicht verdienen, muss doch Berücksichtigung finden, dass diese – anders als die Händler – im „Normalfall“ für eine Selbstschädigung haften. Argumente, die gegen eine Legalisierung angebracht werden, vermögen es nicht, den derzeitigen Rechtszustand zu bekräftigen. Dies müsste Anlass genug sein, gleich geeignete, aber weniger einschneidende Mittel zur Überprüfung zuzulassen, etwa das „Sozialexperiment“ des Verzichts auf das Strafrecht. Damit würde man nicht nur dem Bürger ein Stück Freiheit zurückgeben und Vertrauen in die Rechtsgemeinschaft signalisieren, sondern könnte bereits nach kurzer Zeit auf (evidenzbasierte) Forschung zurückgreifen. Man darf sich ja auch nicht davor verschließen, dass gesetzgeberische Schritte nicht unumkehrbar sind. Eine Teillegalisierung bzw. Entkriminalisierung stellt keine Einbahnstraße dar; verspielt der Großteil der Bürger das Vertrauen, besteht die Möglichkeit, das Verbot erneut zu erlassen. Dass sich der Einfluss des gesetzgeberischen Eingriffs wahrscheinlich erst langfristig bemerkbar machen wird, spricht nicht gegen derartige Vorstöße,

sondern macht deutlich, dass kurzfristig ohnehin keine erheblichen Gefahren für die Gesellschaft bzw. Rechtsgemeinschaft zu prognostizieren sind.

DIE STRAFRECHTLICHE BEURTEILUNG DES DROGENKONSUMS IN GEORGIEN

Giorgi Makharadze, Rechtsanwalt

I. Einführung

Der Beitrag behandelt die Problematik der Strafbarkeit des Drogenkonsums in Georgien. Hierbei wird die Entscheidung des georgischen Verfassungsgerichtes zur Entkriminalisierung des Konsums von Marihuana untersucht. Diese Entscheidung hat die georgische Strafrechtswissenschaft zu außergewöhnlich spannenden Diskussionen über die Fragen des Drogenkonsums angeregt.

Betrachtet werden überwiegend die Strafvorschriften der Art. 273 (Herstellung, Erwerb, Aufbewahrung oder gesetzwidriger Konsum ohne ärztliches Rezept von Betäubungsmitteln, ihren Äquivalenten oder Vorläuferstoffen in geringfügiger Menge), Art. 273¹ (gesetzwidriger Erwerb, Aufbewahrung, Beförderung, Transport und/oder Absatz von Cannabispflanzen oder Marihuana) und Art. 260 (gesetzwidrige Herstellung, Produktion, Erwerb, Aufbewahrung, Beförderung, Transport oder Absatz von Betäubungsmitteln, ihren Äquivalenten, ihren Vorläuferstoffen oder neuen psychoaktiven Mitteln) des georgischen Strafgesetzbuchs (gStGB). Eingegangen wird aber auch auf Art. 45 (Herstellung, Erwerb, Aufbewahrung, Beförderung, Transport und/oder Konsum ohne ärztliches Rezept von Betäubungsmitteln, ihren Äquivalenten oder Vorläuferstoffen in geringfügiger Menge) des georgischen Ordnungswidrigkeitengesetzes (gOWiG). Außerdem werden weitere Rechtsakte erläutert, die im Zusammenhang mit der Kriminalisierung des Drogenkonsums stehen.

II. Rechtliche Beurteilung des Drogenkonsums

Mit einem ärztlichen Rezept ist der Konsum von Drogen in Georgien legal¹. Der

¹ Art. 3 des georgischen Gesetzes über Betäubungsmittel, psychoaktive Stoffe, Vorläuferstoffe und narkologische Hilfe.

Gesetzgeber hat den Konsum nur dann als gesetzwidrig eingestuft, wenn er ohne ärztliches Rezept erfolgt. Der Erstkonsum stellt eine bloße Ordnungswidrigkeit dar und wird nach Art. 45 gOWiG geahndet. Die Strafbarkeit nach Art. 273 gStGB wird ausgelöst, wenn eine Person, die zuvor wegen einer Ordnungswidrigkeit zur Verantwortung gezogen wurde, vor Ablauf eines Jahres erneut Drogen konsumiert. Die Strafbarkeit wegen Drogenkonsums setzt also eine vorherige Ahndung oder Bestrafung voraus. Demnach stellt der Drogenkonsum im georgischen Recht keinen schweren Gesetzesverstoß dar, der sofort die Mechanismen des Strafrechts auslösen würde. Dem Gesetzgeber genügt zunächst die Ahndung. Problematisch ist es allerdings, dass die vorherige Ahndung oder Bestrafung einen strafbegründenden Umstand darstellt. Das moderne Strafrecht, das eigentlich ein sog. Handlungsstrafrecht darstellt, beruht auf den Grundsätzen der klassischen Schule. Danach kann nur ein Handeln Gegenstand der Kriminalisierung sein. Die Person des Täters und seine Eigenschaften sind nur für die Strafzumessung von Bedeutung².

Art. 2 der gemeinsamen Anordnung № 1244–№ 278/N (24.10.2006) des georgischen Innenministers und des Ministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales legt fest, wie der Konsum von Betäubungsmitteln festzustellen ist und wann eine Verantwortlichkeit besteht: „Der Konsum von Betäubungsmitteln ohne ärztliches Rezept wird durch eine klinische und/oder labortechnische (chemisch-toxikologische) Untersuchung festgestellt; wird auf Basis einer klinischen und/oder labortechnischen (chemisch-toxikologischen Untersuchung) festgestellt, dass eine Person Betäubungsmittel konsumiert hat, ist sie nach Art. 45 des Ordnungswidrigkeitengesetzes verantwortlich.“

Nach der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte ist der Konsum eines Betäubungsmittels nachgewiesen, wenn Spuren hiervon im biologischen Untersuchungsmaterial einer Person vorhanden sind. Die Gerichte fokussieren also nicht auf den Prozess des Konsumierens (das Rauchen usw.). In dieser Hinsicht ist die Auffassung des Verfassungsgerichtes besonders interessant. Es hat nämlich in der Sache Givi Schanidze gegen georgisches Parlament³

2 *Turava*, Strafrecht AT, 9. Aufl. 2013, S. 350.

3 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3875278?publication=0> (zuletzt aufgerufen am 6.5.19).

festgestellt, dass mit „Konsum“ das Rauchen gemeint ist. Diese Bewertung ist folgerichtig.

Die strafrechtliche, genauer: verfahrensrechtliche Problematik beginnt bei der Feststellung des Konsums. Nach Art. 31 Abs. 11 der georgischen Verfassung⁴ ist niemand verpflichtet, gegen sich selbst oder seine Angehörigen (der entsprechende Personenkreis ist gesetzlich bestimmt) als Zeuge auszusagen. Gemäß dieser Verfassungsnorm kann jede Person die Entnahme von biologischem Material in einem narkologischen Untersuchungszentrum und damit die klinische Untersuchung verweigern. Wenn eine Person also ihre Rechte gut kennt, kann nicht festgestellt werden, ob sie Betäubungsmittel konsumiert hat. Damit ist das Ergebnis der Ermittlungen von Rechtskenntnissen abhängig. Dies zeigt, dass eine Diskussion über die Entkriminalisierung des Konsums von Betäubungsmitteln begonnen werden muss. Hierfür spricht auch die genannte Entscheidung des Verfassungsgerichtes.

Der Staat darf selbstverständlich Zwangsmaßnahmen anwenden. Allerdings fehlt eine feste Praxis, welche die verhältnismäßige Anwendung von Zwangsmaßnahmen sicherstellen könnte. Damit droht eine erniedrigende und menschenunwürdige Behandlung.

Die größte Herausforderung stellt die Bestimmung der konsumierten Menge dar. Im georgischen Recht sind die Betäubungsmittel und deren Mengen (gering, groß und besonders groß) gesetzlich festgelegt. Das Gesetz enthält ein Verzeichnis von Betäubungsmitteln und psychoaktiven Substanzen, deren Besitz gesetzwidrig ist und die nicht verkehrsfähig sind (Anhang 2). Diese Liste umfasst aktuell 288 Betäubungsmittel. Hierbei ist aber nur für 58 Mittel eine geringe Menge festgelegt, die eine Ahndung des Konsums als Ordnungswidrigkeit gestattet. Daher führt z.B. die Entdeckung eines Moleküls Amphetamin, für welches das Gesetz keine geringe Menge festlegt, automatisch zu der Bewertung, dass eine große Menge vorliegt, was eine Freiheitsstrafe von fünf bis acht Jahren (Art. 260 Abs. 3 gStGB) zur Folge hat.

Zu beachten ist, dass sich auf dem Instrument (Spritze, Röhrchen usw.),

4 <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346?publication=35> (zuletzt aufgerufen am 6.5.19).

das für den Konsum verwendet wurde, Spuren des Betäubungsmittels befinden können. Nach dem georgischen Recht und der Gerichtspraxis ist bereits deren Aufbewahrung als gesetzwidriger Erwerb bzw. gesetzwidrige Aufbewahrung eines Betäubungsmittels zu bewerten. Hinzu kommt, dass die maßgebende Menge häufig nicht festgelegt ist. Entdeckt also eine Person eine leere Spritze, mit der jemand zuvor Amphetamin intensiv konsumiert hat, und wird vom Sachverständigen hierin eine mikroskopisch kleine Menge Amphetamin gefunden, könnte die Person, sofern sie von der vorherigen Verwendung weiß, zwar nicht wegen des Konsums, aber wegen gesetzwidrigen Erwerbs bzw. gesetzwidriger Aufbewahrung von Betäubungsmitteln (Art. 260 Abs. 3. lit. a gStGB) bestraft werden.

Diesbezüglich ist allerdings auf die Entscheidung des georgischen Verfassungsgerichtes in der Sache Lasha Bakhutashvili gegen georgisches Parlament (№ 1/8/696, 13.7.2017) hinzuweisen. In diesem Fall wurde der Täter wegen des Erwerbs bzw. der Aufbewahrung von 0.00009 Gramm Desomorphin (die Menge, die in der Spritze gefunden worden war) verurteilt. Als Strafe wurde eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren und zusätzlich das Leisten von gemeinnütziger Arbeit im Umfang von 400 Stunden verhängt (Art. 260 Abs. 3 gStGB). Der Kläger hielt diese Strafe für verfassungswidrig, da sie gegen Art. 17 der Verfassung verstoße: Danach ist es unzulässig einen Menschen zu foltern, ihn unmenschlich und grausam zu behandeln, in seiner Ehre und Würde zu verletzen oder eine solche Strafe anzuwenden. Das Verfassungsgericht folgte dieser Argumentation und bewertete die Verhängung einer Freiheitsstrafe wegen des Erwerbs bzw. der Aufbewahrung von Betäubungsmitteln in dieser geringen Menge als verfassungswidrig.

Der Fall wirft die entscheidende Frage auf, ob die in der Spritze gefundene mikroskopisch kleine Spur eines Betäubungsmittels überhaupt den Tatbestand des Erwerbs bzw. der Aufbewahrung oder den Tatbestand des Konsums erfüllen kann. Denn die Bestrafung macht keinen Sinn, wenn die Menge nicht konsumiert werden kann.

In der Sache Lasha Bakhutashvili gegen georgisches Parlament erklärte der Sachverständige vor Gericht, dass die mikroskopisch kleine Menge des Betäubungsmittels untauglich gewesen sei. Deswegen konnte ihre Aufbewahrung objektiv gesehen keine Gefahr für das strafrechtlich geschützte Rechtsgut

darstellen. Darüber hinaus sei es nicht möglich, im Körper Spuren einer derart geringen Menge nachzuweisen.

Daher muss in dem oben gebildeten Fall die Frage der Strafbarkeit zugunsten der Person beantwortet werden, d.h. es liegt keine Straftat vor, weil keine Rechtsgüter gefährdet wurden. Um diese Probleme erst gar nicht aufkommen zu lassen, empfiehlt es sich, die Menge eines Betäubungsmittels, das die Strafbarkeit auslöst, genau festzulegen.

Für den Betäubungsmittelkonsum ist eine weitere Entscheidung des georgischen Verfassungsgerichtes (№ 1/3/282, 30.7.2018)⁵ von Bedeutung. Ihr Schwerpunkt besteht in der Aufhebung einer Ahndung wegen des Konsums von Marihuana nach dem gOWiG. In der Entscheidung erklärte das Gericht: „Das Gericht schließt es nicht aus, dass es bestimmte Situationen gibt, in denen der Marihuanakonsum eine Gefahr für andere Personen darstellt – z.B. der Konsum in der Schule oder in einer anderen Einrichtung für Minderjährige bzw. in der Anwesenheit von Minderjährigen. Dies könnte nämlich das Interesse der Minderjährigen an Marihuana erwecken und den Konsum auslösen. Daher ist es gerechtfertigt, den Konsum von Marihuana zu beschränken, um Minderjährige vor seinem schädlichen Einfluss zu schützen und ihre gesunde Entwicklung sicherzustellen. Darüber hinaus ist auch die Beschränkung des Konsums in Bildungs-, Erziehungs- und pädagogischen Einrichtungen, in der Armee, medizinischen und staatlichen (öffentlichen) Einrichtungen, an manchen öffentlichen Orten (z.B. in öffentlichen Verkehrsmittel) zum Schutz des öffentlichen Gesundheitswesens und der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt.“

Als Konsum bewertete das Verfassungsgericht den Prozess des Konsumierens. Hierdurch wurde die Auslegung erweitert, die sich zuvor bereits in der Praxis durchgesetzt hatte. Die Entdeckung der Substanz im biologischen Untersuchungsmaterial ist also nicht notwendig, sondern es genügt der Nachweis des Konsums.

Leider hat die Praxis der ordentlichen Gerichte diesen neuen Standard

5 <http://constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/1-3-1282-saqartvelos-moqalaqee-bi-zurab-djafaridze-da-vaxtang-megrelishvili-saqartvelos-parlamentis-winaagmdeg.page> (zuletzt aufgerufen am 10.5.2019).

bis heute nicht übernommen. Auch das Parlament hat trotz der Entscheidung des Verfassungsgerichtes keine Maßnahmen getroffen, um klarere Regeln zu normieren. Dies verursacht Probleme. Raucht z.B. eine Person eine Cannabis-Zigarette, die mehr als 5 Gramm wiegt, liegt nach der geltenden Praxis zwar kein relevanter Konsum vor, die Tat ist aber als gesetzwidriger Erwerb bzw. gesetzwidrige Aufbewahrung zu bewerten. Somit besteht ein Widerspruch, der nur mit Hilfe allgemeiner strafrechtlicher Grundsätze beseitigt werden kann.

Darüber hinaus ist die Gesetzgebung in weiterer Hinsicht problematisch. Nach Art. 273 gStGB (Konsum von Betäubungsmitteln ohne ärztliches Rezept) ist anders als bei Art. 260 gStGB der Absatz von Betäubungsmitteln nicht strafbar. Auch Art. 45 gOWiG setzt eine Mindestmenge voraus, um die Verantwortlichkeit zu begründen. Der Absatz von Betäubungsmitteln ist nach Art. 260 gStGB erst dann strafbar, wenn die festgelegte Mindestmenge, die sog. „strafrechtliche Anfangsmenge“, erreicht wird. Zudem ahndet Art. 45 gOWiG zwar den Erwerb, die Beförderung, den Transport und die Herstellung von Betäubungsmitteln in geringer Menge, nicht aber deren Absatz. Werden daher einer Person Betäubungsmittel in geringer Menge verkauft, ist sie strafrechtlich nicht verantwortlich, weil keine strafrechtliche Anfangsmenge vorliegt. Zugleich kann die Tat auch nicht geahndet werden, da der Absatz einer geringen Menge nicht erfasst ist.

Damit wird sichtbar, dass die Gesetzgebung widersprüchlich ist: Einerseits ist der Absatz von Betäubungsmitteln in geringer Menge straffrei. Andererseits ist aber der Konsum von Betäubungsmitteln strafbar, obwohl er nach der genannten Entscheidung des Verfassungsgerichtes keine Gefahr für strafrechtlich geschützte Rechtsgüter begründet!

III. Fazit

Grundsätzlich ist es aus Sicht des modernen Strafrechts unverstänglich, warum ein Handeln, das andere Personen nicht gefährdet und nur für den Konsumenten selbst eine Gefahr darstellt, kriminalisiert worden ist. Diese Problematik besteht vor allem seit der Entscheidung des Verfassungsgerichtes in der Sache Schanidze gegen georgisches Parlament. Das Gericht hat hier hervorgehoben, dass „das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit es dem Menschen erlaubt, ohne staatlichen Eingriff zu entscheiden, mit welcher Vergnügung oder Freizeitaktivität er sich

beschäftigt. Zweifellos machen Vergnügungen einen Teil der Selbstbestimmung aus. Dementsprechend umfasst das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zwangsläufig auch das Recht auf Vergnügungen.“ Das Verfassungsgericht hat demnach festgestellt, dass die Freiheit, die Art der Vergnügung selbst auszuwählen und entsprechende Aktivitäten vorzunehmen – darunter auch Cannabis zu konsumieren –, von der Privatautonomie gedeckt ist⁶. Obwohl sich die Ausführungen nur auf Cannabis beziehen, spielt es keine Rolle, welcher Stoff vorliegt. Wichtig ist nur, dass die Gefahr der Verbreitung des verbotenen Stoffs und demzufolge die Möglichkeit der Schädigung anderer Personen nicht besteht. Mit der Kriminalisierung des Konsums von Betäubungsmitteln verfolgt der Gesetzgeber den Zweck, die Gesundheit der Bevölkerung und des Einzelnen zu schützen. Die Entscheidung des Verfassungsgerichtes zeigt jedoch, dass es sehr fraglich ist, ob dieses Ziel mit den Mitteln des Strafrechts durchgesetzt werden muss!

DER STRAFRECHTLICHE SCHUTZ DER PRIVATSPHÄRE IN DEUTSCHLAND

Prof. Dr. **Kai Cornelius**, Universität Heidelberg

I. Einleitung

Die Privatsphäre selbst ist ein weiter und in der Rechtswissenschaft in Deutschland schwer fassbarer Begriff. Dieser Begriff wird weder im Grundgesetz noch in zentralen Regelungen des einfachen Gesetzesrechtes verwendet¹. Die „Privatsphäre“ wird vielmehr durch das Zusammenwirken mehrerer grundrechtlicher Normen wie dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, das Post- und Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 GG und die Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG geschützt². So ist es durch das Strafrecht verboten, „in das befriedete Besitztum eines anderen“ einzudringen (siehe die Vorschrift zum Hausfriedensbruch, § 123 StGB)³. Darum soll es nachfolgend jedoch nicht gehen. Vielmehr liegt das Augenmerk auf dem 15. Gesetzesabschnitt des StGB. Bereits aus der Abschnittsüberschrift ergibt sich, dass es um die „Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs“ geht, also jedenfalls auch die individuelle Privatsphäre potentieller Tatopfer geschützt wird⁴.

Allerdings ist die durch den Gesetzgeber gewählte Abschnittsüberschrift der „Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs“ nicht ganz präzise, da es zumindest nicht ausgeschlossen ist, dass die Schutzrichtung nicht auf die individuelle Privatsphäre beschränkt ist⁵. So erfasst die Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes (§ 201 StGB) auch das Aufnehmen bzw. Abhö-

1 *Geminn/Roßnagel*, JZ 2015, 703 mit Gesetzesbeispielen in neueren, aber wenig zentralen Regelungen in Fn. 6 bis 8.

2 *Geminn/Roßnagel*, JZ 2015, 703.

3 *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 8 Rn. 1.

4 *Kargl*, in: NK StGB, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 201 ff. Rn. 4; *Hoyer*, in: SK StGB, 9. Aufl. 2017, Vor § 201 Rn. 1.

5 *Häger*, Der formalisierte Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch das Strafrecht, 2018, S. 17.

ren dienstlicher oder geschäftlicher Unterredungen, die Verletzung des Briefgeheimnisses nach § 202 StGB auch das Öffnen von Behördenpost oder von Handelsbriefen und § 202a StGB das Ausspähen von Daten unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer Privatsphäre; die Vorschrift des § 203 StGB – obwohl als die Verletzung von Privatgeheimnissen bezeichnet – bezieht ausdrücklich auch das „Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis“ als weiteres Tatobjekt neben dem „zum persönlichen Lebensbereich gehörenden Geheimnis“ ein⁶. Dennoch steht der offensichtliche Zusammenhang mit Art. 1 und Art. 2 GG und dem grundrechtlich verbürgten Schutz des Brief- und Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 GG sowie mit dem Schutz der Privatsphäre nach Art. 8 EMRK für eine individualbezogene Rechtsgutsbestimmung⁷. Denn die Möglichkeit eines gesicherten Freiraums für die Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit lässt es geboten erscheinen, einen differenzierten strafrechtlichen Schutz für die Unverletzlichkeit der Eigensphäre bereitzustellen⁸.

Nachfolgend wird die Differenzierung des strafrechtlichen Schutzes an den Beispielen der Überwachung und Störung des Telefonverkehrs (§ 201 StGB), der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch die Videoüberwachung besonders geschützter Räume oder die Bildaufnahmen von Unfallopfern (§ 201a StGB), der Überwachung des Schriftverkehrs (§ 202 StGB) und der Überwachung des E-Mail-Verkehrs (insbesondere § 206 StGB) sowie der Datenhehlerei (§ 202d StGB) skizziert. Auf die gleichfalls bedeutenden Vorschriften der Datenausspähung nach § 202a StGB, des Abfangens von Daten nach § 202b StGB und der Verletzung von Privatgeheimnissen durch Berufsgeheimnisträger nach § 203 StGB sei an dieser Stelle hingewiesen, ohne dass nachfolgend vertieft auf sie eingegangen wird.

II. Überwachung und Störung des Telefonverkehrs (§ 201 StGB)

Bei einer Überwachung des Telefonverkehrs (wie durch Mithören oder Mitschneiden) kommt eine Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes nach § 201

6 Hoyer (Fn. 4), Vor § 201 Rn. 1.

7 Kargl (Fn. 4), Vor §§ 201 ff. Rn. 4.

8 Kargl (Fn. 4), Vor §§ 201 ff. Rn. 4.

StGB in Betracht. Von diesem Straftatbestand wird das Aufnehmen und Abhören des Telefonverkehrs ohne das Einverständnis der Gesprächsteilnehmer erfasst. Dies ist unabhängig von der Art und Weise, wie ein Telefonat geführt wird (ob durch Nutzung eines herkömmlichen Telefons, eines Handys oder eines Internetdienstes wie WhatsApp). Außerdem kommt es nicht auf die Verletzung einer bestimmten Treuepflicht (wie bei einem Telefonprovider – für diesen ist § 206 StGB zu prüfen) an. Die Tatbestandsvariante des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB pönalisiert die Aufnahme eines nichtöffentlich gesprochenen Wortes eines anderen auf einen Tonträger. Diese ist bereits mit der Aufnahme des nichtöffentlich gesprochenen Wortes auf ein (auch digitales) Speichermedium erfüllt⁹. Dabei kommt es nicht auf den Bedeutungsgehalt der Gedankenäußerung an. Unabhängig von einer etwaigen Privatheit wird jedes kundgetane nichtöffentlich gesprochene Wort erfasst. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn das Wort nicht an die Allgemeinheit gerichtet ist und nicht über einen durch persönliche oder sachliche Beziehungen abgegrenzten Personenkreis hinaus ohne Weiteres wahrnehmbar ist¹⁰. Dagegen wird das Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes von § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfasst, wobei zu beachten ist, dass es nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nicht um das Abhören von Daten, sondern nur um das Abhören von Worten geht. Damit ist bereits das bloße Belauschen strafbar, wenn dafür technische Mittel (ein Abhörgerät) eingesetzt werden¹¹.

III. Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen (§ 201a StGB)

Bei einer Videoüberwachung ist zu beachten, dass eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen vermieden wird¹². Denn es führt zu einer Strafbarkeit nach § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn unbefugt Bildaufnahmen von einer Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, hergestellt oder übertragen werden

9 Vgl. *Kargl* (Fn. 4), § 201 Rn. 10.

10 *Beck*, MMR 2008, 77, 78 f.

11 *Heuchemer*, in: BeckOK StGB, 42. Edition 1.5.2019, § 201 StGB Rn. 2.1.

12 Vgl. BGH NSTZ 2015, 391.

und so der höchstpersönliche Lebensbereich verletzt wird. Damit sind öffentlich zugängliche Dienst- und Geschäftsräume, die durch jeden eingesehen werden können, vom Tatbestand ausgeschlossen¹³. Besonders geschützte Räume sind jedoch Umkleieräume oder auch Toiletten¹⁴. Der Taterfolg des § 201a StGB verlangt die Verletzung des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ des Aufgenommenen. Dabei erfolgt eine Orientierung an der Intimsphäre. So sind Krankheit, Tod und Sexualsphäre grundsätzlich erfasst, während solche Tatsachen des Innenlebens einer Person wie die religiöse Überzeugung oder die Ausgestaltung des Familienlebens nicht einbezogen sind¹⁵. Deshalb bleibt die indiskrete Aufnahme für den Abgebildeten in einer peinlichen Situation nach dieser Vorschrift straflos¹⁶.

Darüber hinaus kommt eine Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes nach § 201 StGB in Betracht, wenn beispielsweise eine Videoaufnahme eine entsprechende Tonspur enthält. Eine solche Aufnahme ist strafbar nach § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB (vgl. hierzu den vorherigen Abschnitt).

Der Gesetzgeber verfolgte mit der Neueinführung des § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB unter anderem das Ziel, bestehende (und empfundene) Strafbarkeitslücken zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte zu schließen, welche durch die fortschreitende Digitalisierung und damit einhergehende Miniaturisierung und drastische Vereinfachung der Möglichkeiten entstehen, Bilder in jeglichen Lebenslagen herzustellen und zu verbreiten¹⁷. So haben durch die nahezu flächendeckende Verbreitung von Smartphones mit Kameras die Bildaufnahmen unter anderem von Unfallopfern extrem zugenommen. Deshalb legt § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB eine Strafbarkeit für denjenigen fest, der eine Bildaufnahme, die die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt.

13 *Eisele*, Datenschutzstrafrecht, 2012, S. 98.

14 Zur Bedeutungsbestimmung dieser Begriffe *Kargl*, ZStW 117 (2005), 324, 330 ff.

15 *Eisele*, JR 2005, 6, 9.

16 *Koch*, GA 2005, 589, 597.

17 Vgl. *Bosch*, in: SSW StGB, 4. Aufl. 2019, § 201a, Rn. 1.

IV. Überwachung des Schriftverkehrs

Private Post ist vom Schutzbereich des § 202 StGB umfasst. Deshalb darf eine dritte Person private Briefe oder Schriftstücke, die verschlossen und nicht zu ihrer Kenntnis bestimmt sind, nicht öffnen oder sich auch nicht unter Anwendung technischer Mittel Kenntnis vom Inhalt verschaffen. Ansonsten droht eine Strafbarkeit nach § 202 StGB. Gespeicherte Daten (E-Mails) sind vom Wortlaut des § 202 StGB nicht erfasst¹⁸. Nach der Subsidiaritätsklausel am Ende des ersten Absatzes entfällt eine Strafbarkeit nach § 202 StGB, wenn die Tat bereits nach § 206 StGB wegen einer Verletzung des Post- oder Fernmeldegeheimnisses mit Strafe bedroht ist.

V. Überwachung des E-Mail-Verkehrs

1. Eingriff in das Fernmeldegeheimnis

Bei einer Überwachung des E-Mail-Verkehrs kommt eine Strafbarkeit nach §§ 89, 148 TKG und/oder § 206 StGB in Betracht¹⁹. Wenn es um eine Kenntnisnahme des Inhalts von E-Mails geht, sind die §§ 89, 148 TKG zu prüfen. Sobald dagegen auch Informationen weitergegeben oder Sendungen unterdrückt werden, ist eine Strafbarkeit nach § 206 StGB möglich²⁰. Das Fernmeldegeheimnis erstreckt sich nach zutreffender Ansicht auch auf den E-Mail-Verkehr²¹, sodass bei E-Mails der Übertragungsvorgang vom Fernmeldegeheimnis geschützt ist²². Dagegen ist der Tatbestand des § 201 StGB nicht einschlägig, weil dieser nur die Vertraulichkeit des nichtöffentlich gesprochenen Wortes schützt²³, weshalb nicht gesprochene

18 *Kargl* (Fn. 4), § 202 Rn. 6.

19 Vgl. hierzu auch *Cornelius/Tschoepe*, K&R 2005, 269 ff.; *Heidrich/Tschoepe*, MMR 2004, 75; *Hoeren*, NJW 2004, 3513; *Spindler/Ernst*, CR 2004, 437.

20 *Eisele* (Fn. 13), S. 97; zur Strafbarkeit der Überlassung von Verbindungsdaten BGH NJW 2013, 402.

21 *Cornelius/Tschoepe*, K&R 2005, 269, 270; *Altenhain*, in: MüKo StGB, Bd. 6/1, 2. Aufl. 2015, § 148 TKG Rn. 9; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 206 Rn. 20; OLG Karlsruhe K&R 2005, 181, 183; a.A. *Kargl* (Fn. 4), § 206 Rn. 31.

22 BVerfGE 120, 274, 306 f.; BVerfG NJW 2009, 2431, 2432.

23 *Kargl* (Fn. 4), § 201 Rn. 2, 5; *Eisele* (Fn. 21), § 201 Rn. 5.

Telekommunikation wie abgefangene E-Mails nicht vom Schutzbereich dieser Vorschrift erfasst ist²⁴. Die Vorschrift des § 202b StGB wegen des Abfangens von Daten ist tatbestandlich unproblematisch erfüllt, scheidet aber bei einer Verwirklichung eines anderen Straftatbestandes wegen der formellen Subsidiaritätsklausel aus.

2. Sonderdelikt für Telekommunikationsanbieter nach § 206 StGB und Betreiber von Empfangsanlagen nach § 89 TKG

Der Tatbestand des § 206 StGB verlangt, dass ein Unternehmen geschäftsmäßig Post- und Telekommunikationsdienste erbringt. Das liegt bei dem nachhaltigen Angebot von Telekommunikation und Übertragungswegen für Dritte vor, § 4 Nr. 4 PostG, § 3 Nr. 10 TKG. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist unerheblich²⁵.

Als Unternehmen kommen demnach neben den typischen Post- und Telekommunikationsunternehmen auch Betriebe aus anderen Wirtschaftszweigen wie Rechtsanwaltskanzleien oder Krankenhäuser sowie die Erbringer von OTT-Diensten (wie Facebook und WhatsApp) in Betracht²⁶. Auch hoheitlich tätige Institutionen wie Universitäten (öffentlich-rechtliche Körperschaften) sind dann Unternehmen nach § 206 StGB, wenn sie ihre Telekommunikationsanlagen nicht ausschließlich im Rahmen hoheitlicher Aufgabenerfüllung nutzen, sondern diese zu wissenschaftlichen, dienstlichen, studentischen, privaten oder auch wirtschaftlichen Zwecken unterschiedlichen Nutzergruppen zur Verfügung stellen²⁷.

24 *Cornelius*, JZ 2015, 693, 695.

25 *Cornelius*, in: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 10 Rn. 282; *Wuermeling/Felixberger*, CR 1997, 230 f.

26 *Altenhain*, in: MüKo StGB, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 206 StGB Rn. 13; *Sassenberg/Lammer*, DuD 2008, 461, 461 f.

27 OLG Karlsruhe MMR 2005, 178, 180; *Altenhain* (Fn. 26), § 206 StGB Rn. 13; *Cornelius/Tschoepe*, K&R 2005, 269; a.A. *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 206 Rn. 2; *Weidemann*, in: BeckOK StGB, 42. Edition 1.5.2019, § 206 StGB Rn. 6.

3. Tatsituation bei einem Eingriff in das Fernmeldegeheimnis

Der Straftatbestand des § 148 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 89 TKG soll Schutz vor einer Beeinträchtigung des Fernmeldegeheimnisses und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewähren. Im Gegensatz zu § 202b StGB wird jedoch nur eine über Funk erfolgende Nachrichtenübermittlung erfasst²⁸. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 89 TKG, der das Abhören von Nachrichten mit einer Funkanlage oder die Weitergabe von solcherart gewonnenen Informationen über den Inhalt einer Nachricht oder die Tatsache ihres Empfangs verbietet; die Nutzung einer leitungsgebundenen Überwachungsanlage ist nicht von diesen Vorschriften erfasst²⁹.

Dennoch darf ein Unternehmer als Betreiber der Anlage keinen Inhalt einer E-Mail zur Kenntnis nehmen, die nicht an ihn gerichtet ist, da dies bereits den Tatbestand des § 202b StGB verwirklicht. Dabei ist es nicht erforderlich, dass die E-Mail heimlich abgehört wird oder eine Verschlüsselung im Sinne des § 202a StGB überwunden werden muss.

Ferner kommt das Unterdrücken einer Nachricht i.S.d. § 206 Abs. 2 Nr. 2 StGB in Betracht. Eine Voraussetzung dafür ist, dass diese dem Unternehmen anvertraut ist. Bei unverkörpernten E-Mails ist ein Unterdrücken dann anzunehmen, wenn durch Eingriffe in den technischen Vorgang des Aussendens, Übermittels oder Empfangens von Nachrichten mittels TK-Anlagen verhindert wird, dass die Nachricht ihr Ziel vollständig und unverstümmelt erreicht³⁰.

4. Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ

Kenntnisse, die in Folge einer Online-Durchsuchung von Verfolgungsorganen auf Grundlage von § 100b StPO erlangt werden, können ebenfalls von § 206 Abs. 4 StGB erfasst werden, sofern die Maßnahme in das Post- oder Fernmeldegeheimnis eingreift³¹. Durch die Online-Durchsuchung können einerseits die auf einem

28 *Altenhain* (Fn. 21), § 148 TKG Rn. 6.

29 *Altenhain* (Fn. 21), § 148 TKG Rn. 29 f.; *Cornelius*, JZ 2015, 693, 695; *Graf*, in: BeckOK StPO, 33. Edition 01.04.2019, § 148 TKG Rn. 3; a.A. *Eisele* (Fn. 13), S. 63.

30 *Eisele* (Fn. 21), § 206 Rn. 20b.

31 Zur Online-Durchsuchung *Großmann*, GA 2018, 439.

informationstechnischen Gerät gespeicherten Daten abgerufen werden. Dies stellt keinen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis dar, da der Kommunikationsvorgang hier regelmäßig abgeschlossen ist³². Denn die Daten befinden sich im alleinigen Herrschaftsbereich des Betroffenen und unterfallen nicht mehr dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG oder § 206 StGB. Jedoch ermöglicht die Online-Durchsuchung nach § 100b StPO durch die Infiltration des informationstechnischen Systems auch eine Überwachung und Aufzeichnung von aktuell getätigter Kommunikation, wodurch Art. 10 Abs. 1 GG und § 206 StGB betroffen sind³³.

Maßnahmen der Quellen-Telekommunikationsüberwachung (kurz Quellen-TKÜ, § 100a Abs. 1 S. 2 StPO), die die Echtzeit-Überwachung gerade stattfindender Kommunikation, insbesondere aufgrund der teilweisen Verschlüsselung der Kommunikationsdaten (etwa bei WhatsApp Ende-zu-Ende-Verschlüsselung) zulassen, greifen ebenfalls in das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG ein³⁴. Nach § 100a Abs. 1 S. 3 StPO soll bei der Quellen-TKÜ indes nicht nur auf Daten aus laufender Kommunikation, sondern auch auf gespeicherte Daten nach Abschluss der Kommunikation zugegriffen werden können. Ein solcher Zugriff ist dann nicht an Art. 10 Abs. 1 GG, sondern am Grundrecht der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet) zu messen³⁵. Derart gewonnene Daten können im Falle ihrer (unberechtigten) Weitergabe an Dritte demnach nicht den Tatbestand des § 206 Abs. 4 StGB erfüllen, sondern sind ebenfalls (nur) über § 203 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB geschützt.

VI. Datenhehlerei

Mit dem Vorratsdatenspeichergesetz wurde gleichzeitig mit Wirkung zum 18. Dezember 2015 der Tatbestand der Datenhehlerei (§ 202d StGB) eingeführt. Dem Gesetzgeber ging es darum, den Handel mit Daten (insbesondere

32 *Preuß*, Die Kontrolle von E-Mails und sonstigen elektronischen Dokumenten im Rahmen unternehmensinterner Ermittlungen, 2016, S. 140.

33 BT-Drucks. 18/12785, S. 47; *Großmann*, GA 2018, 439, 446 f.

34 Vgl. *Graf* (Fn. 29), § 100a StPO Rn. 105 f., 109.

35 *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646, 2648.

Kreditkartendaten, Zugangsdaten zu Online-Banking, E-Mail-Diensten oder sozialen Netzwerken), die auf rechtswidrige Weise erlangt wurden, unter Strafe zu stellen, damit auch die zwischen dem Erlangen und Verwenden dieser Daten stehenden Mittler belangt werden können³⁶. Allerdings waren viele Verhaltensweisen des Datenmittlers unter Berücksichtigung auch der möglichen Täterschafts- und Teilnahmeformen bereits erfasst, so dass die Legitimation der Einführung dieses neuen Straftatbestandes fraglich ist³⁷. Entsprechend dieser Zielsetzung ist das Schutzgut das formelle Datengeheimnis und die formelle Verfügungsbefugnis des Berechtigten und entspricht damit dem der §§ 202a ff. StGB³⁸.

Nach § 202d StGB macht sich derjenige strafbar, der „Daten (§ 202a Absatz 2), die nicht allgemein zugänglich sind und die ein anderer durch eine rechtswidrige Tat erlangt hat, sich oder einem anderen verschafft, einem anderen überlässt, verbreitet oder sonst zugänglich macht, um sich oder einen Dritten zu bereichern oder einen anderen zu schädigen“. Die Datenhehlerei ist ebenso wie die Hehlerei als Anschlussdelikt ausgestaltet, so dass konsequenterweise die Strafe nach dieser Vorschrift nicht schwerer sein darf als die für die Vortat angedrohte (Abs. 2). Nach Abs. 3 sind Handlungen nicht nach Abs. 1 strafbar, wenn sie „der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen“. Dazu zählt der Gesetzgeber nach § 202d Abs. 3 S. 2 StGB explizit „solche Handlungen von Amtsträgern oder deren Beauftragten, mit denen Daten ausschließlich der Verwertung in einem Besteuerungsverfahren, einem Strafverfahren oder einem Ordnungswidrigkeitenverfahren zugeführt werden sollen, sowie solche beruflichen Handlungen der in § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 5 der Strafprozessordnung genannten Personen, mit denen Daten entgegengenommen, ausgewertet oder veröffentlicht werden.“

36 *Stam*, StV 2017, 488, 489.

37 Vgl. zur Reichweite von bereits vor der Datenhehlerei vorhandenen Regelungen *Beck/Meinicke*, CR 2015, 481 f.

38 So ausdrücklich BT-Drucks. 18/5088, S. 45; *Kargl* (Fn. 4), § 202d Rn. 5.

VII. Zusammenfassung

Zur Struktur des 15. Abschnittes lässt sich festhalten, dass es grundsätzlich nicht auf den objektiven Wert der erlangten Informationen ankommt. Es handelt sich nicht um Vermögensdelikte. Dabei sind die §§ 201 bis 202b StGB durch jede von außen in die Sphäre des Tatopfers eindringende Person verwirklichtbar. Ein Eingriff in eine formale Rechtsposition kann bereits ausreichen (formeller Geheimnisschutz, unabhängig von der inhaltlichen Bedeutung)³⁹. Dagegen handelt es sich sowohl bei der Vorschrift des § 206 StGB (Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses) als auch bei § 203 StGB (Verletzung von Privatgeheimnissen) um Sonderdelikte, die sich nur an treuepflichtige Täter richten, welche auf berechnete Weise eine Verfügungsgewalt über die Rechtsgutsobjekte erlangt haben, diese aber pflichtwidrig missbrauchen⁴⁰.

Die durch den Gesetzgeber gewählte Abschnittsüberschrift der „Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs“ ist etwas unpräzise, da es zumindest nicht ausgeschlossen ist, dass die Schutzrichtung nicht auf die individuelle Privatsphäre beschränkt ist. Dennoch weist der offensichtliche Zusammenhang mit Art. 1 und Art. 2 GG, dem grundrechtlich verbürgten Schutz des Brief- und Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 GG sowie mit dem Schutz der Privatsphäre nach Art. 8 EMRK in Richtung einer individualbezogenen Rechtsgutsbestimmung.

Die hier nur abrißartig dargestellten Beispiele zur Überwachung des Telefonverkehrs, der Videoüberwachung besonders geschützter Räume und der Aufnahme von Unfallopfern, der Überwachung des Schrift- und E-Mail-Verkehrs sowie der Datenhehlerei haben aufgezeigt, dass ein differenzierter strafrechtlicher Schutz für die Unverletzlichkeit der Eigensphäre bereitgestellt wird, um einen Freiraum für die Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit zu sichern. Allerdings erfordern die enormen informationstechnologischen Möglichkeiten der Datenverarbeitung einen effektiven Schutz vor unbegrenzter Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe von Daten, der letztlich auch ein international koordiniertes Zusammenwirken erforderlich macht.

39 Hoyer (Fn. 4), Vor § 201 Rn. 11.

40 Hoyer (Fn. 4), Vor § 201 Rn. 10.

DAS WAHLSTRAFRECHT ALS GRUNDPFEILER DER DEMOKRATIE

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

Wahldelikte sind Straftaten, die im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen verübt werden. Das Wahlstrafrecht ist in Deutschland in den §§ 107 bis 108d StGB geregelt. Es ist von essentieller Bedeutung, da Wahlen und Abstimmungen als Ausgangspunkt jeder Demokratie besonders anfällig gegenüber regelwidrigen Manipulationen sind und daher eines umfassenden strafrechtlichen Schutzes bedürfen¹.

I. Überblick

Die Wahldelikte lassen sich grob in zwei Gruppen einteilen: Während die §§ 107 bis 107c StGB den ordnungsgemäßen Ablauf einer Wahl oder Abstimmung gewährleisten², dienen die §§ 108, 108a StGB dem Schutz der Freiheit und § 108b StGB dem Schutz der Sachlichkeit der Stimmabgabe³. Geschützt wird also einerseits das Interesse der Allgemeinheit an der Freiheit der demokratischen Willensbildung und -äußerung⁴, andererseits die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen.

Wegen ihrer Bedeutung für das Staatswesen sind die Wahldelikte notwendigerweise mit den Mitteln des Strafrechts wirksam zu schützen. Daran ändert es nichts, dass die Wahldelikte in Deutschland aktuell nur geringe praktische Bedeutung haben. Die Polizei zählt die Wahldelikte zu den Staatsschutzdelikten, so dass sie in der frei zugänglichen Polizeilichen Kriminalstatistik nicht enthalten sind. Nach der Strafverfolgungsstatistik wurden im Jahr 2017 wegen „Wahlvergehen“ (§§ 107 bis 108b StGB) sechs Erwachsene (fünf Männer; eine Frau) verurteilt (acht Abgeurteilte; eine Einstellung; ein Freispruch); die

1 *Zimmermann*, ZIS 2011, 982.

2 BGHSt 29, 380, 386.

3 BGHSt 33, 336, 338.

4 BGHSt 39, 54, 60.

Verurteilten waren überwiegend fortgeschrittenen Alters (einmal 25 bis 30; zweimal 50-60; zweimal 60 bis 70; einmal über 70)⁵. Die Strafen waren milde. Zwei Personen wurden zu Freiheitsstrafen mit Bewährung verurteilt, vier Personen zu Geldstrafen⁶. Die Freiheitsstrafen betruhen unter einem Jahr (einmal sechs bis neun Monate; einmal neun Monate bis ein Jahr; die Tagessätze der Geldstrafen waren ebenfalls niedrig (zweimal 16 bis 30; einmal 31 bis 90; einmal 181 bis 360)⁷. Die Zahl der Verurteilungen zeigt deutlich, dass Wahlmanipulationen selten sind – was ein sehr gutes Zeichen ist! Größere Bedeutung hatte das Wahlstrafrecht dagegen bei der Aufarbeitung des DDR-Unrechts in den 1990er Jahren erlangt, da es nach h.M.⁸ auch auf Wahlfälschungen in der früheren DDR Anwendung fand. Im Übrigen wird ein größeres Dunkelfeld bei der Briefwahl vermutet, von der immer häufiger Gebrauch gemacht wird, da dort Verstöße nur mit großen Schwierigkeiten feststellbar sind⁹.

II. Wahlen und Abstimmungen (§ 108d StGB)

Der Geltungsbereich der §§ 107 bis 108c StGB ist eng. Nach § 108d S. 1 StGB gelten die Strafvorschriften für Wahlen zu den Volksvertretungen und zum Europäischen Parlament¹⁰, für sonstige Wahlen und Abstimmungen des Volkes im Bund (Bundestag), in den Ländern (Landtage, Bremische und Hamburgische Bürgerschaft, Berliner Abgeordnetenhaus), in kommunalen Gebietskörperschaften (Gemeinden, Gemeindeverbände, Landkreise, Bezirke), für Wahlen und Abstimmungen in Teilgebieten eines Landes oder einer kommunalen

5 *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Strafverfolgung 2017, S. 26 f., 60 f.

6 *Statistisches Bundesamt* (Fn. 5), S. 94 f.

7 *Statistisches Bundesamt* (Fn. 5), S. 162 f., 202 f.

8 Unrechtskontinuität zwischen § 211 DDR-StGB und § 107 BRD-StGB bejahte BGHSt 39, 54 (65 ff.); bestätigt durch BVerfG NJW 1993, 2524; siehe auch *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, Vor §§ 3-7 Rn. 105; a.A. *Arnold/M. Kühl*, NJ 1992, 476, 478 f.; monografisch *J. Müller*, Symbol 89 – Die DDR-Wahlfälschungen und ihre strafrechtliche Aufarbeitung, 2001.

9 *Müller*, in: MüKo StGB, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, Vor § 107 Rn. 4.

10 Nach h.M. nur in Bezug auf deutsche Abgeordnete, siehe nur *Kargl*, in: NK StGB, 5. Aufl. 2017, § 108d Rn. 4; a.A. *Anders/Mavany*, in: AnwK StGB, 3. Aufl. 2019, § 108d Rn. 3; *Zimmermann*, ZIS 2011, 982, 983 f.

Gebietskörperschaft sowie für Urwahlen in der Sozialversicherung (§§ 43 ff. SGB IV). Geschützt sind somit durchweg nur Volkswahlen und Volksabstimmungen, also Entscheidungen im Rahmen der direkten Demokratie.

Nicht einbezogen sind Wahlen und Abstimmungen innerhalb der Staatsorgane, wie die Wahl des Bundeskanzlers durch den Bundestag, also Entscheidungen im Rahmen der indirekten Demokratie. Hier gelangt § 108e StGB (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern) zur Anwendung. Nicht einbezogen sind im Übrigen – mit Ausnahme der Urwahl in der Sozialversicherung, bei welcher der Gesetzgeber die Willensbildung und damit Zusammensetzung der Selbstverwaltungsgremien als besonders schützenswert ansah – alle sonstigen Wahlen in öffentlichen Angelegenheiten, also z.B. kirchliche Wahlen, Betriebsratswahlen, Wahlen in Berufs- und Standesorganisationen (Ärzte, Rechtsanwälte, Handwerker usw.) oder Krankenkassen sowie innerhalb von Körperschaften der Staats- und Justizverwaltung (z.B. Richterwahlausschüsse)¹¹. Insoweit erscheint aber eine punktuelle Erweiterung des Katalogs geboten¹², da auch diese Wahlen Ausdruck einer gelebten und funktionierenden Demokratie sind und deshalb gleichfalls strafrechtlichen Schutz verdienen. Hiermit harmoniert es, dass § 108 StGB a.F., der bis zum 1.10.1953 galt, an den Begriff „öffentliche Angelegenheiten“ anknüpfte, der sehr weit ausgelegt¹³ wurde.

Unter Wahlen sind Personalentscheidungen zu verstehen, durch die aus mehreren Bewerbern einzelne Personen zu Vertretern bestimmt werden, während Abstimmungen Sachentscheidungen darstellen, die einzelne Staatsangelegenheiten regeln¹⁴. Auf Bundesebene haben in Deutschland Volksabstimmungen nur geringe Bedeutung, da sie nur bei einer Neugliederung des Bundesgebietes vorgesehen sind (Art. 29, 118, 118a GG). In den Bundesländern sind Volksbegehren und Volksentscheide dagegen in größerem Umfang zulässig (siehe nur Art. 2 der Verfassung Nordrhein-Westfalens). Auch in den Gemeinden sind Bürgerbegehren und Bürgerentscheide häufig vorgesehen (siehe Art. 26 der

11 BT-Drucks. 7/4122, S. 39.

12 Vgl. *Härtl*, Wahlstraftaten, 2006, S. 171, 200; *Kargl* (Fn. 10), § 108d Rn. 3; krit. *Zimmermann*, ZIS 2011, 982, 984.

13 Siehe *Dreher*, JZ 1953, 421, 427 m.w.N.

14 Siehe nur *Anders/Mavany* (Fn. 10), § 108d Rn. 2.

Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalens).

Ergänzend bezieht § 108 S. 2 StGB das Unterschreiben eines Wahlvorschlags (§ 20 Abs. 2 und 3 BWahlG) und die Unterschrift für ein Volksbegehren ein, womit bereits im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen strafrechtlicher Schutz gewährt wird.

III. Schutz des ordnungsgemäßen Ablaufs

1. Wahlbehinderung (§ 107 StGB)

§ 107 StGB schützt Wahlen und Abstimmungen vor Beeinträchtigungen des Ablaufs durch Nötigungen und verdrängt hierbei den allgemeinen § 240 StGB (Nötigung)¹⁵. Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe, in besonders schweren Fällen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr und damit als Verbrechen, wird bestraft, wer mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt eine Wahl oder die Feststellung ihres Ergebnisses verhindert oder stört (Abs. 1) oder dies versucht (Abs. 2).

Geschützt ist der gesamte Wahlvorgang, von der Vorbereitung¹⁶ bis zur Feststellung des Ergebnisses. Die Tat muss sich gegen den Wahlvorgang als solchen und damit gegen die Ausübung des Wahlrechts durch eine Mehrzahl individuell nicht feststehender Personen richten¹⁷. Einzelne Wahlberechtigte schützt die Strafvorschrift der Wählernötigung (§ 108 StGB). Verhindern bedeutet Unmöglichmachen, etwa durch Blockade eines Wahllokals¹⁸. Eine Störung liegt dann vor, wenn der Wahlvorgang erschwert oder verzögert wird¹⁹. Einbezogen ist auch die Vernichtung von Wahlzetteln oder die Entwendung von Wahlurnen²⁰.

15 *Kargl* (Fn. 10), § 107 Rn. 3.

16 *Eser* (Fn. 8), § 107 Rn. 5; a.A. *Härtl* (Fn. 12), S. 29 ff.; *Müller* (Fn. 9), § 107 Rn. 6.

17 *Eser* (Fn. 8), § 107 Rn. 4.

18 *Bauer/Gmel*, in: LK StGB, Bd. 4, 12. Aufl. 2011, § 107 Rn. 3.

19 *Eser* (Fn. 8), § 107 Rn. 4.

20 *Eser* (Fn. 8), § 107 Rn. 5.

2. Wahlfälschung (§ 107a StGB)

§ 107a StGB schützt vor Einflussnahmen auf den Wahl- oder Auszählungsvorgang. Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer unbefugt wählt oder sonst ein unrichtiges Ergebnis einer Wahl herbeiführt bzw. das Ergebnis verfälscht (Abs. 1). Bestraft wird ebenso, wer das Ergebnis einer Wahl unrichtig verkündet oder verkünden lässt (Abs. 2). Der Versuch ist strafbar (Abs. 3).

Das Herbeiführen eines unrichtigen Ergebnisses einer Wahl (Abs. 1 Alt. 1) muss vor Beendigung der eigentlichen Wahl erfolgen. Das unbefugte Wählen ist ein Unterfall, da es zur Folge hat, dass eine ungültige Stimme als gültig mitgezählt wird²¹. Erfasst sind Fälle, in denen der Täter wählt, ohne ein Stimmrecht zu haben²², mehrmals²³ oder unter falschem Namen²⁴ wählt. Erfasst sind auch Fälle, in denen der Täter bei einer Briefwahl den Stimmzettel eines Wahlberechtigten nach Gutdünken ausfüllt und abgibt²⁵. In sonstiger Weise wird ein unrichtiges Ergebnis herbeigeführt, wenn daraus ein anderes Stimmenverhältnis resultiert²⁶, z.B. durch Untermischen zusätzlicher oder Entfernen abgegebener Stimmzettel, Aushändigen bereits ausgefüllter Stimmzettel²⁷ oder Beeinflussung eines Briefwahlberechtigten²⁸. Nicht erfasst ist dagegen die nur mittelbare Beeinflussung des Ergebnisses im Vorfeld einer Wahl, etwa durch den Einsatz von Fake News und Social Bots²⁹. Den wachsenden Gefahren, die aus diesen Formen der Manipulation resultieren, können die bestehenden Strafvorschriften nicht entgegenwirken.

Demgegenüber setzt das Verfälschen des Ergebnisses einer Wahl (Abs. 1 Alt. 2) voraus, dass die Wahl als solche beendet ist. Die Manipulation kann z.B. durch Entfernen oder Hinzufügen von Stimmzetteln, falsches Auszählen, falsche

21 BGHSt 29, 380, 383.

22 BGHSt 29, 380, 382.

23 RGSt 37, 297, 298; 37, 380, 384 f.; auch als Staatsangehöriger mehrerer EU-Staaten bei der Wahl zum Europäischen Parlament, *Müller* (Fn. 9), § 107a Rn. 11.

24 BGHSt 29, 380, 382.

25 BGH NJW 2011, 2448.

26 OLG Celle BeckRS 2012, 01600; OLG Zweibrücken NSTz 1986, 554, 555; *Eser* (Fn. 8), § 107a Rn. 5.

27 *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 107a Rn. 4.

28 OLG Zweibrücken NSTz 1986, 554; OLG Koblenz NSTz 1992, 134.

29 *Liberius*, ZUM 2018, 20, 24; *Sinn*, in: SK StGB, 9. Aufl. 2018, § 107a Rn. 4.

Protokollierung oder durch Verwertung von ungültigen Stimmzetteln als gültig erfolgen³⁰.

Täter der falschen Verkündung bzw. des Verkündenlassens eines ordnungsgemäß festgestellten Wahlergebnisses (Abs. 2) kann nur sein, wer den amtlichen Auftrag zur öffentlichen Bekanntmachung hat. Daher machen sich Parteivertreter oder Journalisten, die unrichtige Ergebnisse verkünden, nicht strafbar. Nicht erfasst ist zudem nach h.M.³¹, wer sich diese Befugnis nur anmaßt.

3. Fälschung von Wahlunterlagen (§ 107b StGB)

Die subsidiäre Strafvorschrift des § 107b StGB stellt in Ergänzung zu § 107a StGB besonders gefährliche Vorbereitungshandlungen unter Strafe. Der Strafraum ist mit einer Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe relativ gering.

Erfasst ist zum einen die Manipulation von Wählerlisten (Abs. 1 Nr. 1 bis 3). Einschlägig sind Fälle, in denen der Täter seine Eintragung in die Wählerliste (Wahlkartei) – d.h. das Wahlverzeichnis (§ 17 BWahlG, § 14 BWO) – durch falsche Angaben (z.B. zu Alter, Staatsangehörigkeit, Wohnsitzdauer) erwirkt (Nr. 1), einen anderen, von dem er weiß, dass er keinen Anspruch auf Eintragung als Wähler hat, einträgt (Nr. 2) oder die Eintragung eines Wahlberechtigten als Wähler verhindert, obwohl er dessen Wahlberechtigung kennt (Nr. 3). Der Eintragung in die Wählerliste gleichgestellt ist die Ausstellung der Wahlunterlagen für die Urwahlen in der Sozialversicherung (Abs. 2), da für diese keine Wählerlisten geführt werden. Erfasst sind zum anderen Manipulationen hinsichtlich der Wählbarkeit (Abs. 1 Nr. 4), wenn der Täter sich als Bewerber für eine Wahl aufstellen lässt, obwohl er nicht wählbar ist.

30 Kargl (Fn. 10), § 107a Rn. 4.

31 Eser (Fn. 8), § 107a Rn. 7; anders BT-Drucks. I/1307 S. 41; Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 107a Rn. 3.

4. Verletzung des Wahlheimnisses (§ 107c StGB)

§ 107c StGB soll den Schutz des Wahlheimnisses verstärken. Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer Vorschriften zuwiderhandelt, die dem Schutz des Wahlheimnisses dienen, und hierbei in der Absicht handelt, sich oder einem anderen Kenntnis zu verschaffen, wie jemand gewählt hat.

Vorschriften zum Schutz von Wahlen enthalten die Wahlgesetze und Wahlordnungen von Bund und Ländern. So sind z.B. nach § 33 Abs. 1 BWahlG Vorkehrungen dafür zu treffen, dass der Wähler den Stimmzettel unbeobachtet kennzeichnen und falten kann, etwa durch Verwendung einer Wahlkabine (§ 50 BWO); für die Aufnahme der Stimmzettel sind Wahlurnen (§ 51 BWO) zu verwenden. Nach § 34 BWahlG wird mit amtlichen Stimmzetteln gewählt, wobei der Wähler den Stimmzettel in der Weise zu falten hat, dass seine Stimmabgabe nicht erkennbar ist (§ 56 Abs. 2 S. 1 BWO); in der Wahlkabine darf weder fotografiert noch gefilmt werden (§ 56 Abs. 2 S. 2 BWO); auch darf sich immer nur ein Wähler in der Wahlkabine aufhalten (§ 56 Abs. 2 S. 3 BWO). Nach § 45 BWO muss das Papier der Stimmzettel so beschaffen sein, dass nach der Kennzeichnung und Faltung durch den Wähler andere Personen nicht erkennen können, wie er gewählt hat. Nach § 57 Abs. 3 BWO sind Hilfspersonen, die Wählern mit Behinderungen bei der Stimmabgabe behilflich waren, zur Geheimhaltung der Kenntnisse verpflichtet, die sie erlangt haben.

Der Schutz ist nur fragmentarisch, da andere Verhaltensweisen, die dazu dienen, sich Kenntnis von einer Stimmabgabe zu verschaffen, nicht erfasst sind. Daher ist z.B. das Beobachten eines Wählers beim Ausfüllen seiner Briefwahlunterlagen³² oder das Ausforschen von Angehörigen nicht strafbar³³. Zudem wird Personenverschiedenheit von Täter und Wähler vorausgesetzt. Daher ist weder das Fotografieren des eigenen Stimmzettels in der Wahlkabine zwecks Veröffentlichung in den sozialen Medien noch die anschließende Veröffentlichung erfasst³⁴. Schließlich ist es nicht tatbestandsmäßig, wenn sich der Handelnde

32 OLG Celle NdsRpfl. 1961, 134.

33 Für Schaffung weiterer Schutzvorschriften *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 107c Rn. 2; *Müller* (Fn. 9), § 107c Rn. 3.

34 *Valerius*, in: BeckOK StGB, 40. Edition 01.11.2018, § 107c Rn. 2.

Kenntnis verschafft, ob jemand gewählt hat, weil die Absicht darauf gerichtet sein muss, sich Kenntnis zu verschaffen, wie gewählt wurde³⁵.

IV. Schutz der Entscheidungsfreiheit und Sachlichkeit

1. Wählernötigung (§ 108 StGB)

§ 108 StGB schützt die Entscheidungsfreiheit des einzelnen Wahlberechtigten hinsichtlich des Ob und Wie der Stimmabgabe – nicht aber wie § 107 StGB den Wahlvorgang im Ganzen – und verdrängt nach h.M.³⁶ ebenfalls § 240 StGB. Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer rechtswidrig mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel, durch Missbrauch eines beruflichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses oder durch sonstigen wirtschaftlichen Druck einen anderen nötigt oder daran hindert (bzw. dies versucht; Abs. 2), zu wählen oder sein Wahlrecht auszuüben. In besonders schweren Fällen beträgt die Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, womit die Tat ein Verbrechen ist. Die Tat muss rechtswidrig sein, wobei nach h.M.³⁷ auf die Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB zurückzugreifen ist.

Die Totalalternative des wirtschaftlichen Drucks hat nach h.M.³⁸ keinen eigenständigen Anwendungsbereich, da sie eine zumindest konkludente Drohung beinhaltet. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁹ muss der Druck als „unausweichliche Handlungsanweisung“ erscheinen. Im Interesse eines umfassenden Schutzes muss es jedoch ausreichen, dass konkrete wirtschaftliche Nachteile angedroht werden, von denen ein besonnener Wähler beeinflusst werden kann⁴⁰. Daher ist es tatbestandsmäßig, wenn ein Unternehmer ankündigt,

35 *Kargl* (Fn. 10), § 107c Rn. 3; a.A. *Anders/Mavany* (Fn. 10), § 107c Rn. 4; in Betracht kommt (auch) eine Strafbarkeit aus § 203 Abs. 2 StGB.

36 *Kargl* (Fn. 10), § 108 Rn. 7; a.A. *Fischer* (Fn. 31), § 108 Rn. 2.

37 *Eser* (Fn. 8), § 108 Rn. 6; krit. *Kargl* (Fn. 10), § 108 Rn. 6; *Müller* (Fn. 9), § 108 Rn. 14; a.A. *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 108 Rn. 5; *Sinn* (Fn. 29), § 108 Rn. 5.

38 *Fischer* (Fn. 31), § 108 Rn. 3; a.A. *Kühl*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl. 2018, § 108 Rn. 2.

39 BVerfGE 66, 369, 384; zust. *Fischer* (Fn. 31), § 108 Rn. 4; *Sinn* (Fn. 29), § 108 Rn. 3; *Vogler*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. 2019, § 108 Rn. 3.

40 *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 108 Rn. 3; *Eser* (Fn. 18), § 108 Rn. 6; *Kargl* (Fn. 10), § 108 Rn.

bei einem bestimmten Wahlausgang seinen Betrieb ganz oder teilweise zu verlegen, stillzulegen oder Arbeitnehmer zu entlassen⁴¹. Dagegen sind bloße Warnungen (von Politikern, Unternehmern) vor den allgemeinen wirtschaftlichen Folgen eines bestimmten Wahlausgangs nicht erfasst⁴².

2. Wählertäuschung (§ 108a StGB)

§ 108a StGB soll nicht nur die Entscheidungsfreiheit schützen, sondern nach h.M.⁴³ zugleich mittelbar die Verfälschung des Wahlergebnisses verhindern. Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer durch Täuschung bewirkt, dass jemand bei der Stimmabgabe über den Inhalt seiner Erklärung irrt oder gegen seinen Willen nicht oder ungültig wählt (Abs. 1). Auch hier ist der Versuch strafbar (Abs. 2). Praktische Bedeutung hat die Vorschrift für Wahlberechtigte, die auf Rat oder Hilfe bei der Wahl angewiesen sind, insbesondere infolge Unkenntnis, Gebrechlichkeit oder Behinderung⁴⁴.

Über den Inhalt seiner Erklärung (Alt. 1) irrt der Getäuschte, wenn er ein seinem Willen nicht entsprechendes Feld auf dem Wahlzettel ankreuzt oder entgegen seinem Willen zu einer gültigen Stimmabgabe veranlasst wird, ohne dies zu erkennen⁴⁵. Überhaupt nicht (Alt. 2) wählt der Getäuschte etwa, wenn er irrtumsbedingt den Wahltermin versäumt⁴⁶. Ungültig (Alt. 3) wählt er, wenn er z.B. täuschungsbedingt durch mehrfaches Ankreuzen einen ungültigen Stimmzettel abgibt. Nicht erfasst sind Fälle, in denen jemand aufgrund lügnerischer Wahlpropaganda veranlasst wird, in einem bestimmten Sinne oder überhaupt nicht zu wählen, da dies nur als Motivirtum zu bewerten ist⁴⁷. Auch vor diesen Formen der Manipulation bieten die bestehenden Strafvorschriften keinen Schutz.

3. Wählerbestechung (§ 108b StGB)

§ 108b StGB soll vor Korruption schützen. Abs. 1 erfasst den „Stimmenkäufer“. Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer einem anderen dafür, dass er nicht oder in einem bestimmten Sinne wähle, Geschenke oder

3; *Oppermann*, JuS 1985, 519, 521 f.

andere Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt. Abs. 2 bestraft spiegelbildlich den „Stimmenverkäufer“, den Wahlberechtigten, der Geschenke oder andere Vorteile fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Vorausgesetzt wird, dass die Wahl noch bevorsteht („wähle“) und eine Unrechtsvereinbarung besteht („dafür“). Dies erfordert, dass zwischen „Käufer“ und „Verkäufer“ eine personale Beziehung besteht oder hergestellt wird, die im Hinblick auf den Vorteil zu einer – wenn auch nur gefühlsmäßigen – Verpflichtung führen kann⁴⁸.

Nicht erfasst sind daher Versprechen oder Zuwendungen an eine unbestimmte Personenmehrheit, auch wenn ein spürbarer Einfluss nur durch die Einwirkung auf den Willen vieler Stimmberechtigter ausgeübt werden kann. Politische Wahlversprechen ohne persönlichen Bezug sind nicht tatbestandsmäßig⁴⁹. Bedeutung hat dies für Steuersenkungen oder gar einen Schuldenerlass. Dasselbe gilt für alle Maßnahmen von Wahlbewerbern, die als Gegenleistung für eine bestimmte Wahlentscheidung allgemein in Aussicht gestellt werden und im Rahmen einer rechtmäßigen Amtsausübung zulässig sind⁵⁰. Weil keine gefühlsmäßige Verpflichtung begründet werden soll, ist auch die Verteilung von geringwertigen Geschenken (z.B. Kugelschreibern; Luftballons) im „Straßenwahlkampf“ von vornherein nicht erfasst⁵¹. Einer Korrektur unter dem Gesichtspunkt der „Sozialadäquanz“⁵² bedarf es nicht. Schließlich ist auch die Auslobung von Geld für die bloße Teilnahme an einer Wahl nicht erfasst, da damit keine hinreichende Erwartung verbunden ist, die Stimme in einem bestimmten Sinne abzugeben⁵³.

V. Prozessuale Fragen

Im Strafverfahren stellt sich mitunter die Frage, ob bestimmte Maßnahmen zulässig sind bzw. Beweiserhebungsverbote bestehen.

48 BGHSt 33, 336, 339; *Eser* (Fn. 8), § 108b Rn. 2; *Kargl* (Fn. 10), § 108b Rn. 2; *Müller* (Fn. 9), § 108b Rn. 6.

49 *Müller* (Fn. 9), § 108 Rn. 6.

50 *Kargl* (Fn. 10), § 108b Rn. 3.

51 *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 108b Rn. 2; *Müller* (Fn. 9), § 108 Rn. 6; zur Verteilung von Schneidebrettchen an schwäbische Hausfrauen BVerfGE 21, 196 ff.

52 Hierfür *Anders/Mavany* (Fn. 10), § 108b Rn. 3; *Eser* (Fn. 8), § 108b Rn. 2; *Fischer* (Fn. 31), § 108b Rn. 3; *Vogler* (Fn. 39), § 108b Rn. 4.

53 *Fischer* (Fn. 31), § 108b Rn. 2.

So ist im Ermittlungsverfahren die Beschlagnahme von Tagebuchaufzeichnungen wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Privatsphäre unverhältnismäßig, sofern ein Straftatbestand nur als Vergehen ausgestaltet ist und damit nicht zur Schwerekriminalität zählt⁵⁴. Diese Maßnahmen sind somit nur in besonders schweren Fällen der Wahlbehinderung und Wählernötigung (§§ 107, 108 StGB) zulässig.

Im Strafverfahren kann es erforderlich sein, bei Straftaten nach §§ 107c bis 108b StGB Beweis über den Inhalt der Stimmabgabe des Wählers zu erheben. Diesbezüglich könnte aber ein Beweiserhebungsverbot bestehen⁵⁵, da das Wahlgeheimnis verfassungsrechtlichen Schutz genießt (siehe für die Bundestagswahl Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG). Folge wäre aber, dass die Strafvorschriften ins Leere laufen und der strafrechtliche Schutz konterkariert würde. Die h.M. folgt daher zu Recht einem Mittelweg und billigt dem Wähler zwar kein (umfassendes) Zeugnisverweigerungsrecht⁵⁶, aber ein (punktuell) Auskunftsverweigerungsrecht über den Inhalt der Stimmabgabe zu⁵⁷.

VI. Verlust des Wahlrechts (§ 108c StGB)

Wird ein Täter wegen einer Straftat nach §§ 107, 107a, 108 oder 108b StGB zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt, kann ihm das Gericht nach § 108c StGB als Nebenfolge die Wählbarkeit (passives Wahlrecht, § 45 Abs. 2 StGB) und das Stimmrecht (aktives Wahlrecht, § 45 Abs. 5 StGB) aberkennen. Das Gericht kann diese Rechte auch einzeln aberkennen⁵⁸. In der Sache handelt es sich nach h.M. um Nebenstrafen, die „aus optischen Gründen“⁵⁹ als Nebenfolgen bezeichnet wurden; daher sind für das Ob und die Dauer – mindestens zwei und maximal fünf Jahre – die allgemeinen Strafzumessungsregeln anzuwenden. Hintergrund des Streits um die Bezeichnung ist die Auseinandersetzung darum,

54 Zu § 107a StGB VerfGH Berlin NJW 2004, 593.

55 Hierfür *Böckenförde*, NJW 1967, 239.

56 *Tiedemann*, NJW 1967, 1013, 1014; zustimmend *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 107c Rn. 4; *Härtl* (Fn. 12), S. 258 ff.

57 Siehe nur *Müller* (Fn. 9), § 107c Rn. 7; offen gelassen von BGHSt 29, 380, 386.

58 *Kühl* (Fn. 38), § 108c Rn. 1.

59 *Bauer/Gmel* (Fn. 18), § 180c Rn. 1; *Kühl* (Fn. 38), § 45 Rn. 3.

ob derart gravierende Statusfolgen überhaupt als strafrechtliche Sanktionen vertretbar sind⁶⁰. Hierfür spricht jedoch, dass es zum Schutz der Allgemeinheit sachgerecht ist, dem Täter eines schweren Wahldelikts das Wahlrecht für gewisse Zeit zu entziehen und damit seine Möglichkeiten einzuschränken, Wahldelikte zu begehen. In der Praxis spielt die gerichtliche Aberkennung jedenfalls keine Rolle.

VII. Schlussfolgerungen

1. Das Wahlstrafrecht ist unverzichtbar, selbst wenn es gerade in einer funktionierenden Demokratie geringe praktische Bedeutung hat.
2. Die deutschen Wahldelikte schützen durchweg nur Volkswahlen und Volksabstimmungen. Der Schutz vor Manipulationen von indirekten Wahlen und Abstimmungen ist anderweitig sicherzustellen. Wahlen in sonstigen öffentlichen Angelegenheiten sind nur in Bezug auf Urwahlen zur Sozialversicherung erfasst. Insoweit ist eine Ausdehnung auf weitere Bereiche angebracht.
3. Die Wahldelikte schützen Allgemein- und zugleich Individualinteressen, indem sie sowohl den ordnungsgemäßen Ablauf von Wahlen und Abstimmungen als auch die Entscheidungsfreiheit des einzelnen Wahlberechtigten und die Sachlichkeit der Stimmabgabe sicherstellen.
4. Die §§ 107 bis 108b StGB bieten, jedenfalls für die hiervon erfassten Wahlen und Abstimmungen, einen recht umfassenden Schutz vor Fälschung, Nötigung, Täuschung, Korruption und der Verletzung des Wahlheimnisses.
5. Vor Fake News, Social Bots, falscher Wahlpropaganda und zweifelhaften politischen Wahlversprechen können die Wahldelikte nicht schützen.

60 *Kühl* (Fn. 38), § 45 Rn. 6.

VERKEHRSDELIKTE UND SCHULDPRINZIP IN DEUTSCHLAND

Prof. Dr. **Inge Goeckenjan**, Ruhr-Universität Bochum

I. Einführung

Im Titel dieses Beitrags sind mit den Verkehrsdelikten und dem Schuldprinzip gleich zwei gewaltige Themenfelder benannt, die auch in ihrer Schnittmenge vielfältige Fragen aufwerfen. Es wird im Folgenden versucht, die Dimensionen dieser Schnittmenge etwas genauer auszuleuchten. Dazu wird zunächst – auch als Grundlage für den Vergleich mit der Rechtslage in Georgien – das Schuldprinzip nach deutschem Rechtsverständnis in seinen Grundzügen vorgestellt (II.). Daran schließt sich ein Überblick über die Straßenverkehrsstraftaten nach deutschem Recht an (III.). Abschließend soll ein kurzes Schlaglicht auf die spezifischen Probleme der Fahrlässigkeit geworfen werden (IV.).

Zur Veranschaulichung der Thematik soll eingangs der auch als Berliner „Raser-Fall“¹ bekannt gewordene Sachverhalt geschildert werden, der in Deutschland für viel medialen Wirbel gesorgt hat. In diesem Fall tritt die Bedeutung beider Themenfelder – Schuldprinzip und Straßenverkehrsdelikte – klar hervor.

Im Jahr 2016 lieferten sich zwei junge Männer spontan nachts mit ihren leistungsstarken Autos ein illegales Straßenrennen und fuhren mit Geschwindigkeiten von bis zu 170 km/h mitten durch das Zentrum der Stadt Berlin. Sie überfuhren dabei ohne jede Verringerung ihrer Geschwindigkeit mehrere rote Ampeln. Einer der beiden Männer rammte auf einer Kreuzung einen vorfahrtberechtigten Pkw; der 69-jährige Fahrer des unbeteiligten Autos verstarb noch am Unfallort.

Das Landgericht Berlin hatte im späteren Strafverfahren die schwierige Frage zu klären, ob die Angeklagten mit – zumindest bedingtem – Vorsatz der

1 Vgl. zum Sachverhalt das erste Urteil des LG Berlin vom 27. Februar 2017, NStZ 2017, 471, das Urteil des BGH vom 1. März 2018, BGHSt 63, 88, sowie das neuerliche (noch nicht rechtskräftige) Urteil des LG Berlin vom 26. März 2019 (die schriftlichen Urteilsgründe liegen noch nicht vor).

Tötung anderer Verkehrsteilnehmer oder lediglich fahrlässig gehandelt hatten. Während fahrlässige Tötung nach § 222 StGB mit höchstens fünf Jahren Freiheitsstrafe oder mit Geldstrafe bestraft werden kann, liegt bei Bejahung des Tötungsvorsatzes ein Totschlag vor, der gemäß § 212 StGB mit mindestens fünf Jahren, in besonders schweren Fällen sogar mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft wird. Kommt zu einer vorsätzlichen Tötung ein Mordmerkmal wie der Einsatz von gemeingefährlichen, also vom Täter nicht zu kontrollierenden Mitteln hinzu, ist die Rechtsfolge gem. § 211 StGB zwingend lebenslange Freiheitsstrafe.

Das Landgericht Berlin gelangte in seinem Urteil im Februar 2017 zu der Einschätzung, die Angeklagten hätten den Tod anderer Verkehrsteilnehmer „billigend in Kauf genommen“, was nach der Rechtsprechung für die Annahme von bedingtem Vorsatz genügt². Zusätzlich hätten sie das Mordmerkmal der gemeingefährlichen Mittel erfüllt³. Das Gericht verurteilte daher die beiden Angeklagten im Jahr 2017 wegen mittäterschaftlich begangenen Mordes (§ 211 StGB) in Tateinheit (§ 52 StGB) mit gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 StGB) und vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. a und Nr. 2 lit. d StGB) zu lebenslanger Freiheitsstrafe⁴. Damit wurden deutschlandweit zum ersten Mal bei einem Straßenrennen mit tödlichem Ausgang lebenslange Freiheitsstrafen wegen Mordes verhängt. In ähnlich gelagerten Fällen hatten Gerichte – außer bei Vorliegen einer Suizidabsicht des Fahrers – zuvor einen Tötungsvorsatz abgelehnt, weil sie davon ausgingen, die Angeklagten hätten darauf vertraut, dass nichts passieren würde – schon aus Sorge um die eigene körperliche Unversehrtheit.

Auf die Revisionen der Angeklagten hin hat der Bundesgerichtshof das Urteil auf rechtliche Fehler überprüft und dem Landgericht Mängel bei der Tatsachenfeststellung und der Begründung des bedingten Tötungsvorsatzes sowie der mittäterschaftlichen Begehungsweise attestiert. Das landgerichtliche Urteil wurde daher im März 2018 aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts Berlin zurückverwiesen⁵.

2 LG Berlin NSTZ 2017, 471, 473 ff.

3 LG Berlin NSTZ 2017, 471, 477.

4 LG Berlin NSTZ 2017, 471, 473 ff.

5 BGHSt 63, 88.

In seiner erneuten Entscheidung im März 2019 hat das Landgericht Berlin den Tötungsvorsatz der Angeklagten wieder bejaht und zudem noch zwei zusätzliche Mordmerkmale (Heimtücke und niedrige Beweggründe) angenommen⁶. Es hat die Angeklagten daher wieder wegen gemeinschaftlichen Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs zu lebenslangen Freiheitsstrafen verurteilt. Dagegen haben die Angeklagten ein weiteres Mal Revision eingelegt. Das Urteil ist somit noch nicht rechtskräftig. Die Diskussion um die Abgrenzung von (bedingtem) Vorsatz und (bewusster) Fahrlässigkeit ist daher sicher noch lange nicht abgeschlossen⁷.

Im Hinblick auf die für diesen Beitrag maßgeblichen Themenfelder verdeutlicht der geschilderte Fall zweierlei: Zum einen macht er deutlich, dass von einer mitunter haarfeinen Abgrenzung zwischen fahrlässiger Tötung und Mord eine folgenschwere Diskrepanz im (vom Gesetzgeber zugeschriebenen) Unrechts- und Schuldgehalt einer Tat abhängt. Zum anderen zeigt er das breite Spektrum der Vorschriften, nach denen Straßenverkehrsdelinquenz zu beurteilen ist; dies sind nicht nur spezifische Straßenverkehrsdelikte, sondern – auch und gerade im Bereich der schweren Delinquenz – allgemeine Körperverletzungs- und Tötungstatbestände.

II. Das Schuldprinzip im deutschen Strafrecht

1. Das Schuldprinzip als Grundlage und Begrenzung staatlicher Strafgewalt

Das Schuldprinzip bildet eines der Fundamente des deutschen Strafrechtssystems: Jede Strafe setzt Schuld voraus („*nulla poena sine culpa*“)⁸. Eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Tat ist demnach nur dann strafbar, wenn

6 Urteil des LG Berlin vom 26. März 2019 – 532 Ks 9/18 (die schriftlichen Urteilsgründe liegen noch nicht vor).

7 Für die Annahme bedingten Tötungsvorsatzes im geschilderten Fall etwa *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439; dagegen etwa *Jäger*, JA 2017, 786; *Momsen*, KriPoZ 2018, 76; *Sasse*, NJW 2017, 387; *T. Walter*, NJW 2017, 1350, sowie *ders.*, NStZ 2018, 412 (Anm. zu BGHSt 63, 88).

8 BVerfGE 9, 167, 169; 20, 323, 331; 45, 187, 228; 90, 145, 173; 120, 224, 241; 123, 267, 413; 133, 168, 197; BGHSt 2, 194, 200; 10, 259, 262.

sie auch schuldhaft begangen wurde, wenn sie dem Handelnden also persönlich vorgeworfen werden kann. Dieses Erfordernis ergibt sich schon daraus, dass Strafe nicht bloß eine wertindifferente Reaktion auf ein menschliches Verhalten darstellt, sondern mit ihr eine Missbilligung, ein sozial-ethischer Tadel verbunden ist⁹. Eine solche Missbilligung kann aber legitimerweise nur dann ausgesprochen werden, wenn der Täter nicht nur den rechtlichen Sollensanforderungen zuwiderhandelt, sondern dafür auch individuell verantwortlich ist, er also „etwas dafür kann“¹⁰. Eine reine Erfolgshaftung – im Sinne des Einstehenmüssens für eine nur kausal, aber nicht vorwerfbar herbeigeführte Schadensfolge – wäre damit nicht vereinbar. Die Schuld bildet somit eine Voraussetzung für die Verhängung von Strafe; in dieser Funktion wird sie als Strafbegründungsschuld bezeichnet¹¹.

Aus dem Schuldprinzip ergibt sich aber auch, dass Straftatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein müssen. Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen. In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein. Im jedem Einzelfall muss die Schuld quantifiziert und in ein bestimmtes Strafmaß umgewertet werden. Insoweit wird von der Strafzumessungsschuld gesprochen¹².

Anders als das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) ist der Schuldgrundsatz nicht ausdrücklich im deutschen Grundgesetz verankert. Dennoch wird ihm – abgeleitet aus dem Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), den Freiheitsrechten und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) – Verfassungsrang zugesprochen¹³. Daher unterfällt er auch der sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG¹⁴.

Dem Schuldprinzip zugrunde liegt – wie auch das Bundesverfassungsgericht immer wieder betont – die Annahme der Eigenverantwortung des Menschen, der

9 *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 103/104 m.w.N.

10 Statt vieler *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 103/104 m.w.N.; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 24 Rn. 1.

11 Vgl. etwa *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 111; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 19 Rn. 54.

12 *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 112; *Roxin* (Fn. 11), § 19 Rn. 54.

13 BVerfGE 20, 323, 331; 57, 250, 275; 90, 145, 173; 123, 267, 413; 133, 168, 197.

14 BVerfGE 123, 267, 413.

sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann¹⁵. Diese herkömmliche juristische Sichtweise, also die Annahme der Willens- und Entscheidungsfreiheit des Menschen, ist durch die neueren Erkenntnisse der Neurowissenschaften zunehmend herausgefordert¹⁶. Mit dem vorliegenden auf einen Überblick zielenden Beitrag wird nicht der Anspruch verfolgt, zu dieser jedenfalls nach heutigem Erkenntnisstand unlöslichen Streitfrage etwas Neues beizutragen. Es sei jedoch der Hinweis darauf erlaubt, dass die Strafrechtswissenschaft überwiegend das wissenschaftlich nicht zu entscheidende Problem dahingestellt sein lässt und von einem normativen Schuldbegriff ausgeht¹⁷. Die Fähigkeit des Menschen, seine Entscheidungen nach sozialetischen Wertvorstellungen und Regeln auszurichten, ist unbestreitbar eine soziale Realität. Von dieser Erkenntnis ausgehend wird Schuld z.B. als „unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit“ zugeschrieben¹⁸. Es handelt sich also um eine normative Setzung, die insofern akzeptabel erscheint, als das Menschenbild, von dem eine Rechtsordnung ausgeht, eine Wertentscheidung darstellt und keine empirisch überprüfbare Hypothese¹⁹.

2. Schuldfähigkeit

Schuldhaftes Handeln setzt Schuldfähigkeit voraus. Bei erwachsenen Menschen wird die Schuldfähigkeit normativ unterstellt; nur die Normabweichungen und deren Voraussetzungen werden gesetzlich definiert. Nach der unwiderleglichen Vermutung des § 19 StGB sind alle Kinder unter 14 Jahren unabhängig von ihrem Reifegrad schuldunfähig. Bei Jugendlichen – also bei Personen, die mindestens 14, aber noch nicht 18 Jahre alt sind – hängt die strafrechtliche Verantwortlichkeit von ihrer jeweiligen sittlichen und geistigen Entwicklung ab (§ 3 Satz 1 JGG).

15 BVerfGE 45, 187, 227; 123, 267, 413; 133, 168, 197; ebenso BGHSt 2, 194, 200 f.; 10, 259, 262.

16 Vgl. nur *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 110a m.w.N.

17 Zur Entwicklung vom psychologischen zum normativen Schuldbegriff *Roxin* (Fn. 11), § 19 Rn. 10 ff.

18 So *Roxin* (Fn. 11), § 19 Rn. 36 ff.; *ders.*, ZStW 96 (1984), 641, 650 ff.; *ders.*, GA 2015, 489.

19 *Baumann/Weber/Mitschl Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 16 Rn. 24; *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 110.

Alle anderen Personen sind schuldig, solange bei ihnen im Tatzeitpunkt nicht ausnahmsweise eine seelische Störung im Sinne des § 20 StGB vorliegt. So können psychiatrische Erkrankungen wie etwa Schizophrenie die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit des Täters ausschließen und damit zur Schuldunfähigkeit führen²⁰. Schließt der Mangel die Schuldfähigkeit nicht vollständig aus, sondern vermindert sie nur, so kommt gem. § 21 StGB eine fakultative Strafmilderung in Betracht.

Ein schuldausschließender oder -vermindernder Zustand kann auch in einem alkohol- oder drogenbedingten Rausch liegen; solche Fälle sind bekanntlich für den Bereich der Verkehrsdelinquenz besonders relevant. Feste Grenzwerte für die Blutalkoholkonzentration (BAK), ab der die Schuldfähigkeit sicher vermindert oder ausgeschlossen ist, gibt es nicht, weil jeder Mensch etwas anders auf Alkoholkonsum reagiert²¹. Die Rechtsprechung hat aber gewisse BAK-Werte entwickelt, die als Beweisanzeichen herangezogen werden²². Ab 3.0 % ist in der Regel die Prüfung eines schuldausschließenden Rauschzustands in Erwägung zu ziehen²³; bei schwerwiegenden Gewalttaten gegen das Leben wird der Wert wegen der zu überwindenden Hemmschwelle auf etwa 3.3 % angehoben²⁴. Ab 2.0 % ist regelmäßig eine verminderte Schuldfähigkeit zu erwägen²⁵; auch hier wird der Wert bei Angriffen auf das Leben mit 2.2 % höher angesetzt²⁶. Zu beachten ist, dass die Rechtsprechung im Fall einer alkoholbedingten Einschränkung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit eine Strafmilderung gem. § 21 StGB in der Regel ablehnt, wenn sich der Täter schuldhaft in den Rauschzustand versetzt hat²⁷. Lässt sich die Blutalkoholkonzentration nicht zweifelsfrei feststellen, so ist für die Beurteilung der Schuldunfähigkeit bzw. der verminderten Schuldfähigkeit in dubio pro reo von

20 Zu den möglichen psychischen Ursachen einer Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit vgl. etwa *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 20 Rn. 6 ff.

21 BGHSt 43, 66; BGH NJW 1998, 3427; BGH NStZ 1997, 591; NStZ 2000, 193; NStZ 2002, 532; NStZ 2005, 329; NStZ 2015, 634; BGH NStZ-RR 2016, 102.

22 Vgl. dazu im Einzelnen *Fischer* (Fn. 20), § 20 Rn. 19 ff.

23 BGHR StGB § 20 BAK 20; BGH NStZ-RR 2013, 272.

24 BGH NStZ 1991, 126, 127.

25 BGHSt 37, 231, 234 f.; BGH NStZ 1992, 78; NStZ-RR 2008, 105.

26 BGHSt 37, 231, 235; BGH StV 1995, 407.

27 St. Rspr., BGHSt 34, 29, 33; 43, 66, 78; BGH NStZ-RR 1997, 163, 165; BGH NStZ 1993, 537; 2003, 480; 2004, 678.

dem jeweils höheren Wert auszugehen²⁸.

Ein zum Zeitpunkt der Tatbegehung schuldunfähiger Täter kann nach dem verwirklichten Straftatbestand nicht bestraft werden. Eine Ausnahme hiervon wird in den Fällen der sog. *actio libera in causa* diskutiert. Nach dieser gesetzlich nicht geregelten Rechtsfigur wird eine rechtswidrige Tat trotz Schuldunfähigkeit im Zeitpunkt der Tatbegehung als schuldhaft zugerechnet, wenn der Täter den schuldausschließenden Zustand schon mit dem Vorsatz der späteren Tatbegehung bewusst induziert (*vorsätzliche actio libera in causa*) bzw. wenn er dabei sowohl hinsichtlich der Schuldunfähigkeit als auch der nachfolgenden Tatbegehung fahrlässig handelt (*fahrlässige actio libera in causa*)²⁹.

Es werden verschiedene Ansätze zur Begründung dieser Rechtsfigur diskutiert³⁰; hier möge der Hinweis genügen, dass ihre Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf das Verbot strafscharfenden Gewohnheitsrechts gem. Art. 103 Abs. 2 GG (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) äußerst fraglich bleibt³¹. Nach der Rechtsprechung ist eine Zurechnung über die *actio libera in causa* zumindest in den Fällen ausgeschlossen, in denen das Gesetz bestimmte Handlungsmodalitäten vorschreibt (z.B. Führen eines Fahrzeugs im Straßenverkehr bei §§ 315c, 316 StGB) – jedenfalls dann kann in dem Sich-Berauschen keine Verwirklichung der Tathandlung gesehen werden³².

Eine Art Auffangtatbestand bildet der Straftatbestand des Vollrausches gem. § 323a StGB. Danach wird derjenige bestraft, der sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt und in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht, deretwegen er wegen Schuldunfähigkeit bzw. nicht auszuschließender Schuldunfähigkeit nicht bestraft werden kann. Diese Vorschrift birgt besondere Friktionen mit dem Schuldprinzip, weil die im Rausch begangene Straftat nach überwiegender Ansicht als sog. objektive Bedingung der Strafbarkeit ausgestaltet ist³³. Dann aber

28 *Streng*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 20 Rn. 30 und 72.

29 Dazu *Perroni/Weißer* (Fn. 9), § 20 Rn. 36 und 38.

30 Für einen Überblick siehe etwa *Perroni/Weißer*, (Fn. 9), § 20 Rn. 33 ff.

31 Ebenso *Perroni/Weißer* (Fn. 9), § 20 Rn. 35 ff.

32 BGHSt 42, 235, 238 ff.

33 *Fischer* (Fn. 20), § 323a Rn. 17 m.w.N.

müsste der Täter bezüglich der im Rausch begangenen Straftat weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit aufweisen. Das im Tatbestand beschriebene Unrecht läge dann allein im Sich-Berauschen; es handelte sich nach diesem Verständnis um ein abstraktes Gefährungsdelikt³⁴.

Sicher ist anzuerkennen, dass jeder Rauschzustand eine gewisse Gefahr darstellt, die sich in rechtsguttschädlichen Handlungen zu aktualisieren vermag. Allerdings fällt es schwer, im Sich-Berauschen als solchem – also ohne Berücksichtigung der im Rausch konkret verübten Tat – ein strafwürdiges Unrecht zu sehen. Wenn aber die im Rausch verübte Tat das Unrecht des Vollrausches entscheidend mitprägt – und das tut sie nicht zuletzt über die Begrenzung des Strafrahmens auf den der Rauschtat (§ 323a Abs. 2 StGB) – dann kann die Rauschtat auch nicht mehr als verschuldensirrelevante objektive Strafbarkeitsbedingung betrachtet werden³⁵. Diese Spannungen sind meines Erachtens de lege lata nicht aufzulösen.

3. Weitere Voraussetzungen der Schuld

Die Schuld kann auch beschrieben werden als Vorwerfbarkeit der Tat im Hinblick auf die in ihr zum Ausdruck kommende rechtlich zu missbilligende Gesinnung. Daraus ergibt sich, dass dem Täter das rechtliche Verbotensein der Handlung bewusst sein muss. Das Vorhandensein dieses Unrechtsbewusstseins wird genau wie die Schuldfähigkeit vom Gesetz vermutet; fehlt dem Täter bei Begehung der Tat aber wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums die Einsicht, Unrecht zu tun, so entfällt die Schuld gem. § 17 S. 1 StGB. Kann der Irrtum vermieden werden – etwa durch Einholung von Rechtsrat oder die vielzitierte „gehörige Gewissensanspannung“³⁶, also intensives Nachdenken –, so besteht nur die Möglichkeit einer Strafmilderung nach § 17 S. 2 StGB.

Der Gesinnungsunwert kann zudem auch dann fehlen, wenn der Täter im Zeitpunkt der Tatbegehung unter einem so außergewöhnlichen Motivationsdruck steht, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf das Verhalten

34 *Fischer* (Fn. 20), § 323a Rn. 2.

35 *Hecker* (Fn. 9), § 323a Rn. 1 m.w.N.

36 BGHSt 2, 194, 202; 9, 164, 172; 21, 18, 20; BGH NJW 2006, 2422, 2423.

Nachsicht übt. Präziser formuliert besteht in bestimmten Konstellationen aus gesetzgeberischer Sicht trotz rechtswidriger Tatbestandsverwirklichung keine präventive Bestrafungsnotwendigkeit³⁷. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Voraussetzungen eines entschuldigenden Notstands nach § 35 StGB oder der Notwehrüberschreitung nach § 33 StGB vorliegen; diese Vorschriften werden als Entschuldigungsgründe eingeordnet³⁸.

4. Schuldformen

Wie bereits ausgeführt, ist die Schuld Voraussetzung für die Strafbarkeit einer rechtswidrigen Tatbestandsverwirklichung. Umgekehrt wird der Schuldgehalt einer Straftat durch ihren Unrechtsgehalt mitbestimmt, da jede Steigerung oder Minderung des Unrechts mittelbar die Schwere des Schuldvorwurfs beeinflusst. Vorsatz und Fahrlässigkeit werden zwar nach dem heute vorherrschenden Verständnis nicht mehr als Elemente der Schuld angesehen, sondern schon als Voraussetzungen der Unrechtsverwirklichung geprüft³⁹. Da aber Unrecht und Schuld aufeinander bezogen sind, besteht auch eine Wechselbeziehung zwischen der Verhaltensform und der Schuldform des strafbaren Verhaltens. Damit entspricht dem Vorsatz bzw. der Fahrlässigkeit als Verhaltensform auch eine Vorsatz- bzw. Fahrlässigkeitsschuld als Schuldform⁴⁰.

Dies spielt eine besondere Rolle für die Gewichtung der Schuld als Grundlage für die Strafzumessung und zeigt sich etwa darin, dass die fahrlässige Verwirklichung in der Regel deutlich milder bestraft wird als die vorsätzliche Begehung⁴¹.

37 *Roxin* (Fn. 11), § 22 Rn. 6 ff.

38 Anders als bei § 35 Abs. 1 S. 1 StGB („handelt ohne Schuld“) hat der Gesetzgeber die systematische Einordnung offengelassen; überwiegend wird aber auch in Bezug auf § 33 StGB davon ausgegangen, dass es sich um einen Entschuldigungsgrund handelt, vgl. etwa *Perronl Eisele* (Fn. 9), § 33 Rn. 2 m.w.N.

39 *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 52/53 ff. m.w.N.

40 *Eisele* (Fn. 9), Vor §§ 13 ff. Rn. 120/121.

41 Eine Ausnahme bildet der Tatbestand der Trunkenheit im Verkehr gem. § 316 StGB, der hinsichtlich des Strafrahmens nicht zwischen der vorsätzlichen (Abs. 1) und der fahrlässigen Begehung (Abs. 2) unterscheidet.

III. Straßenverkehrsdelikte im deutschen Strafrecht

Unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Rechtsfolgen Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr in Deutschland geahndet werden, ist nicht in einer einheitlichen Kodifikation niedergelegt. Vielmehr finden sich die einschlägigen Vorschriften in so unterschiedlichen Regelwerken wie dem Straßenverkehrsgesetz (StVG), der Straßenverkehrsordnung (StVO), der Straßenverkehrszulassungsordnung (StVZO), dem Pflichtversicherungsgesetz (PflVG) oder eben auch im Strafgesetzbuch (StGB).

1. Ordnungswidrigkeitentatbestände

Leichtere Regelverstöße im Straßenverkehr ohne besondere Schadensfolgen sind als Ordnungswidrigkeiten ausgestaltet, die nicht mit Kriminalstrafe, sondern nur mit einem Bußgeld sanktioniert werden. Zu diesen Ordnungswidrigkeiten gehören vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen Regelungen des Straßenverkehrs wie z.B. das Überschreiten von Geschwindigkeitsbeschränkungen oder die Missachtung der Vorfahrt (§ 24 StVG i. V. m. § 49 StVO: Geldbuße bis 2.000 Euro). Ordnungswidrig handelt auch, wer vorsätzlich oder fahrlässig im Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug führt, obwohl er 0.5 % oder mehr Alkohol im Blut hat (§ 24a StVG: Geldbuße bis 3.000 Euro).

2. Besondere Straßenverkehrsstraftatbestände

Schwerere Verstöße sind mit Kriminalstrafe bedroht; das gilt z.B. für das Fahren ohne Fahrerlaubnis (§ 21 StVG) oder das Fahren ohne bestehenden Haftpflichtversicherungsschutz (§ 6 PflVG).

Auch das Strafgesetzbuch enthält einige Straftatbestände, die gravierende Zuwiderhandlungen gegen Pflichten im Verkehr unter Strafe stellen. So ist die Trunkenheit im Verkehr nicht nur eine Ordnungswidrigkeit, sondern gem. § 316 StGB eine mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bewehrte Straftat, wenn die Alkoholisierung zu einer Fahruntauglichkeit führt. Nach der Rechtsprechung wird die Fahrunsicherheit als Tatbestandsvoraussetzung ab

einer Blutalkoholkonzentration von 1.1 % unwiderleglich vermutet⁴². Schon bei geringeren BAK-Werten nimmt die Rechtsprechung Fahrunsicherheit an, wenn zusätzlich Ausfallerscheinungen festzustellen sind⁴³. Tritt noch eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert hinzu, kann die Tat als Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315c Abs. 1 StGB mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft werden. Ebenfalls mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe können Eingriffe in den Straßenverkehr von außen geahndet werden, wenn diese zu einer konkreten Gefahr führen (§ 315b Abs. 1 StGB).

An den sog. Raser-Fällen wie dem eingangs geschilderten Fall aus Berlin hat sich eine öffentliche Debatte entzündet, die noch im Jahr 2017 in die Schaffung eines neuen Straftatbestandes mündete (§ 315 StGB), der Verbotene Kraftfahrzeugrennen bei Strafe verbietet⁴⁴. In dem Berliner Fall fand der neue Tatbestand wegen des Rückwirkungsverbots gem. Art. 103 Abs. 2 GG noch keine Anwendung; wäre die Vorschrift schon anwendbar gewesen, wäre das aber jedenfalls im Hinblick auf die Rechtsfolge nicht zu Buche geschlagen, weil mit der Bejahung des Mordes die absolute Strafandrohung – lebenslange Freiheitsstrafe – einherging.

3. Allgemeine Straftatbestände

Der eingangs geschilderte Berliner „Raser-Fall“ zeigt auch, dass insbesondere bei schwereren Formen der Verkehrsdelinquenz allgemeine – also nicht auf den Anwendungsbereich „Straßenverkehr“ beschränkte – Tatbestände zur Anwendung kommen. Kommt es zu Verletzungen oder gar Tötungen anderer Verkehrsteilnehmer, sind in den weitaus meisten Fällen nur Fahrlässigkeitsdelikte verwirklicht (fahrlässige Körperverletzung gem. § 229 StGB oder fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB). Nur in Ausnahmefällen wie dem beschriebenen Berliner „Raser-Fall“ stellt sich die Frage, ob die Beeinträchtigung der anderen

42 BGHSt 37, 89; 44, 219, 222.

43 BGHSt 31, 42; 44, 219, 225.

44 Eingefügt durch das 56. Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. September 2017, BGBl. I, S. 3532.

Verkehrsteilnehmer (zumindest bedingt) vorsätzlich herbeigeführt wurde. Bei Bejahung des Vorsatzes ist dann wegen Körperverletzung (§§ 223, 224 StGB) bzw. Totschlags (§ 212 StGB) oder – bei Vorliegen von Mordmerkmalen – wegen Mordes (§ 211 StGB) zu verurteilen.

4. Besondere Sanktionen

Neben den beiden Hauptstrafen Geldstrafe oder Freiheitsstrafe kommen im Verkehrsstrafrecht häufig noch zwei spezifische Sanktionen zur Anwendung: das Fahrverbot (§ 44 StGB) und die Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 69 StGB). Beide Rechtsfolgen haben gemeinsam, dass mit ihnen das Führen von Kraftfahrzeugen verboten werden kann. Aber während das Fahrverbot als „Denkzettelstrafe“ verstanden wird und Schuld voraussetzt, ist die Entziehung der Fahrerlaubnis eine schuldunabhängige sog. Maßregel der Besserung und Sicherung. Zudem weisen die beiden Sanktionen erhebliche Unterschiede in den konkreten tatbestandlichen Voraussetzungen und in ihren Rechtsfolgen auf⁴⁵.

IV. Schlaglicht: Fahrlässigkeit

Im Verkehrsstrafrecht spielt die Fahrlässigkeit als Verhaltens- und Schuldform eine große Rolle. Die dogmatischen Schwierigkeiten der Fahrlässigkeit zeigen sich in diesem Deliktsbereich in besonderer Weise.

Zum einen liegt – das zeigt der Berliner Fall – eine Herausforderung bei gravierenderen Verkehrsdelikten darin, die Grenze zwischen (bewusster) Fahrlässigkeit und (bedingtem) Vorsatz zu ziehen. Dies ließe sich als Abgrenzung der Fahrlässigkeit „nach oben“ bezeichnen. Hier wird sich die Strafrechtswissenschaft, aber eben auch die höchstrichterliche Rechtsprechung noch weiter mit den Abgrenzungskriterien, insbesondere dem Erfordernis und der Ausgestaltung eines voluntativen Elements des bedingten Vorsatzes auseinanderzusetzen haben.

Zum anderen erweist es sich bei der Alltagsdelinquenz, um die es im

45 Vgl. im Einzelnen etwa *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015, S. 149, 280; *Kett-Straub/Kudlich*, Sanktionenrecht, 1. Aufl. 2017, § 13 Rn. 3 ff., § 17 Rn. 24 ff.

Straßenverkehr weitaus häufiger geht, oftmals als schwierig, die Grenze der Fahrlässigkeit zur Strafflosigkeit zu ziehen. Man kann das als Abgrenzung der Fahrlässigkeit „nach unten“ bezeichnen. Hier bedarf es weiterer rechtsdogmatischer Anstrengungen, um die Voraussetzungen von Sorgfaltspflichtverletzung und Vorhersehbarkeit klar zu umreißen und in der Rechtsanwendung auch handhabbar zu machen⁴⁶.

Bei der strafrechtsdogmatischen Arbeit sind nach meiner Überzeugung auch die psychologischen Bedingungen der Rechtsanwendung zu berücksichtigen. In jedem Fahrlässigkeits-, aber auch in jedem Vorsatzurteil steckt eine gewisse Vorhersehbarkeitseinschätzung bzw. eine Risikobewertung, die aber vom Rechtsanwender in einem Zeitpunkt vorgenommen wird, in dem in der Regel bekannt ist, dass der Geschehensverlauf in einen Schaden umgeschlagen ist. Aus der Sozialpsychologie wissen wir, dass eine solche ex tunc vorgenommene Prognoseeinschätzung erheblicher Verzerrung unterliegt (sog. Rückschaufehler oder hindsight bias)⁴⁷. Auf diesem Gebiet müssen psychologische und juristische Erkenntnisse noch weitaus stärker transdisziplinär verzahnt werden.

46 Vgl. dazu etwa die Überlegungen von *Duttge* zum Erfordernis eines „Veranlassungsmoments“, in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, § 15 Rn. 121 f.

47 Siehe dazu näher *Goeckenjan/Oeberst*, Recht & Psychiatrie 2016, 27; *Oeberst/Goeckenjan*, Psychology, Public Policy and Law 2016, 271.

EINIGE UMSTRITTENE ASPEKTE DER KAUSALITÄT DES UNTERLASSENS BEI VERKEHRSDELIKTEN

Prof. Dr. **Nona Todua**, Staatliche Universität Tbilissi

Die Kausalität beim Unterlassen stellt eine der problematischsten Fragestellungen in Theorie und Praxis dar. In dieser Hinsicht ist es interessant, wie das Handeln einer Person zu bewerten ist, die gegen Verkehrssicherheitsregeln verstößt und anschließend den Verletzten hilflos zurücklässt.

Hervorzuheben ist zunächst, dass Tateinheit vorliegt, wenn der Fahrer aus Fahrlässigkeit eine lebensgefährliche Gesundheitsschädigung verursacht und dann den Verletzten ohne Hilfe zurücklässt¹. Betrachten wir einige umstrittene Konstellationen:

Erste Variante: Ein Fahrer hat fahrlässig einen Unfall verursacht und dadurch einen Passanten schwer verletzt. Danach ist er aus Angst vor Strafe geflüchtet. Hierbei hatte der Fahrer keine Hoffnung, dass jemand dem Verletzten helfen würde, da niemand am Unfallort anwesend war. Er ist deshalb davon ausgegangen, dass bereits die Verletzung (und nicht erst das nachfolgende Unterlassen) zum Tod des Passanten führen wird.

In einem derartigen Fall wird das Verhalten sowohl nach Art. 276 Abs. 4 gStGB (Verstoß gegen Verkehrssicherheitsregeln, der eine schwere Gesundheitsschädigung zur Folge hat) als auch nach Art. 128 gStGB (unterlassene Hilfeleistung) bestraft. Es ist wahrscheinlich, dass der Garant mit dem voraussichtlichen Erfolg der Tat, dem Tod, der außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 128 gStGB liegt, nicht nur durch sein fahrlässiges Handeln verbunden ist, sondern dass insoweit auch indirekter Vorsatz vorliegt². Denn für die Strafbarkeit aus Art. 128 gStGB ist es irrelevant, ob der Verletzte überlebt. Dies ist nur für Art. 276 gStGB von Bedeutung (Abs. 4: „Tat, die eine schwere Gesundheitsschädigung verursacht hat“; Abs. 6: „Tat, die den Tod eines Menschen verursacht hat“).

1 Siehe *Mamulashvili*, in: Mamulashvili/Todua (Hrsg.), Strafrecht BT I, 2019, S. 194; *Todua*, Strafrecht BT II, 2017, S. 142-143.

2 Dazu *Mamulashvili* (Fn. 1), S. 194.

Warum kann in einem derartigen Fall, vorausgesetzt der Verletzte stirbt, der Täter nicht nach Art. 108 gStGB wegen mit indirektem Vorsatz begangenen Totschlags durch Unterlassen bestraft werden?

Ohne den Eintritt des Todes käme sogar eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags in Betracht. Im georgischen Schrifttum ist allerdings umstritten, ob ein Versuch mit indirektem Vorsatz begangen werden kann. Die herrschende Meinung verneint dies³.

Aber was spricht dagegen, im Falle des Eintritts des Todes einen Totschlag durch Unterlassen anzunehmen? Dagegen sprechen in formeller und in materieller Hinsicht folgende Argumente: Den Tod hat unmittelbar das fahrlässige Handeln des Fahrers verursacht. Der Verstoß gegen die Verkehrssicherheitsregeln bewirkt eine schwere Gesundheitsschädigung, die wiederum für den Tod kausal ist. Der Tod beruht demnach nicht auf dem nachfolgenden Unterlassen. Mit anderen Worten war für den Tod nicht das Unterlassen des Fahrers kausal, sondern sein fahrlässiges Handeln⁴.

Der Nachweis, dass dem Fahrer im Hinblick auf eine ihm mögliche Hilfeleistung die wahrscheinliche Rettung des Verletzten bewusst war, ist kaum zu führen. Einfacher ist es dagegen nachzuweisen, dass ihm infolge der Körperverletzung der wahrscheinliche Eintritt des Todes bewusst war (er wünschte den Tod des Verletzten zwar nicht, hat in aber dennoch bewusst in Kauf genommen).

Es liegt in einem solchen Fall nahe und leuchtet ein, dass der Fahrer annehmen musste, das Opfer könnte bis zum Erscheinen des Rettungswagens und dem Verbringen ins Krankenhaus sterben.

Für die Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung ist es irrelevant, ob dem Garanten die Möglichkeit der Rettung bewusst war. Wichtig ist, dass ihm die

3 Zur Unmöglichkeit des Versuchs beim bedingt vorsätzlich begangenen Delikt *Tsereteli*, Probleme des Strafrechts, Band I, 2013, S. 486-493; *Gamkrelidze*, Probleme des Strafrechts, Band III, 2013, S. 244-246; *Mtchedlishvili-Hädrich*, Strafrecht AT, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2011, S. 70-83; *Mamulashvili* (Fn. 1), S. 177-188; zur Möglichkeit des Versuchs *Turava*, Strafrecht AT, 2013, S. 310-311; *Kharanauli*, Strafbarkeit der unvollendeten Tat nach georgischem und deutschem Strafrecht, Band II, S. 147-182.

4 Warum die Unterlassung nicht die treibende Kraft der Kausalität sein kann, wird im Folgenden erläutert.

Möglichkeit der Hilfeleistung bewusst war.

In dem genannten Fall hatte der Fahrer hinsichtlich des Eintritts des Todes keinen direkten Vorsatz (weder *dolus directus* 1. noch 2. Grades). Infolgedessen wollte er den Tod nicht. Die Unvermeidbarkeit des Todeseintritts war ihm gleichfalls nicht bewusst.

Unter den angeführten Argumenten ist das erste das wichtigste Argument – das fahrlässige Handeln des Fahrers (der Verstoß gegen Verkehrssicherheitsregeln), das die schwere Gesundheitsschädigung verursacht hat, war unmittelbar kausal für den Tod des Verletzten – nicht aber das nachfolgende Unterlassen.

Der Fall unterscheidet sich damit grundlegend von Fällen, in denen der Täter die Gefahr bedingt vorsätzlich verursacht und nachfolgend der Tod eintritt. Als Beispiel sei der Fall genannt, dass ein Täter in einer belebten Straße spaßeshalber eine Wand mit einer Schusswaffe beschießt. Es ist ihm hierbei zwar bewusst, dass jemand getroffen werden kann, dies ist ihm aber gleichgültig (indirekter Vorsatz). Trifft ein Schuss einen Menschen, der auf der Stelle tot ist, liegt ein mit indirektem Vorsatz begangener Totschlag vor. Es besteht ein unmittelbarer kausaler Zusammenhang zwischen der Handlung, dem Schuss und dem Tod des Menschen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Lässt der Fahrer nach einem fahrlässigen Handeln eine schwerverletzte Person im Stich und hat er hierbei keine Hoffnung auf deren Rettung, ist ihm nicht bewusst, dass sein nachfolgendes Unterlassen den Tod verursacht, sondern es ist ihm bewusst, dass der Tod die Folge der fahrlässig begangenen Schädigung sein wird.

Zweite Variante: Der Fahrer hat fahrlässig gehandelt und den Passanten schwer verletzt. Er ist zu ihm hingelaufen, um Hilfe zu leisten, aber plötzlich erkennt er in ihm seinen Erzfeind. Er hatte sogar zuvor geplant, ihn zu töten. Infolgedessen freut er sich sehr darüber, ihn schwerverletzt zu sehen und lässt ihn absichtlich im Stich, obwohl er ihn mühelos in ein Krankenhaus bringen könnte.

Wie wir gesehen haben, hatte der Täter in Bezug auf den Eintritt des Todes *dolus directus* 1. Grades. Daher kann sein Unterlassen nicht gemäß Art. 128 gStGB als unterlassene Hilfeleistung bestraft werden. Diese Strafvorschrift erfasst nur diejenigen Fälle, in denen dem Täter die Gefahr zwar bewusst war, er aber

keinen direkten Vorsatz hinsichtlich des Todeseintritts hatte⁵. Dementsprechend wird der Täter hier sowohl aus Art. 276 Abs. 4 gStGB als auch aus Art. 19, 108 gStGB bestraft – also wegen fahrlässiger Körperverletzung in Verbindung mit versuchtem einfachen Totschlag.

Warum liegt in diesem Fall trotz der Wehrlosigkeit des Verletzten lediglich ein einfacher Totschlagsversuch und kein Mordversuch vor? Die Antwort auf diese Frage lautet: In den Fällen der Wehrlosigkeit nutzt der Täter die besondere Lage des Opfers aus, das aufgrund von physischen oder psychischen Probleme keinen Widerstand leisten kann. Der Täter verursacht (vorsätzlich) durch eine Handlung eine Gefahr, die den Tod herbeiführt oder dessen Eintritt beschleunigt. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Täter mit einem Messer eine im Bett liegende alte, todkranke Frau ersticht. Die Frau wäre zwar ohnehin bald gestorben, aber nicht zu diesem Zeitpunkt. Oder wenn der Fahrer in dem oben genannten Beispiel in dem Verletzten seinen Feind erkennt und ihn deshalb einen Abhang hinunterstößt, wodurch der Eintritt des Todes beschleunigt wird. Das Vorliegen eines erschwerenden Umstandes setzt daher voraus, dass der Täter die Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt, um den Todeseintritt zu beschleunigen, was regelmäßig ein Handeln erfordert⁶. Hieran fehlt es in dem genannten Fall. Es ist allgemein anerkannt, dass ein erschwerender Umstand nicht vorliegt, wenn der Täter selbst das Opfer in eine wehrlose Lage versetzt (z.B. gefesselt) hat, um damit den Totschlag zu erleichtern⁷.

Wie bereits erwähnt, kann das Unterlassen eines Garanten nicht die „treibende Kraft“ der Kausalität sein⁸. Infolgedessen ist diese Frage in der georgischen Lehre umstritten. Einige Länder – z.B. Frankreich – lehnen sogar eine Kausalität des Unterlassens ab.

Warum kann ein Unterlassen nicht die treibende Kraft der Kausalität sein?

5 Zur Schuld bei Gefährdungsdelikten *Tsereteli*, Die Problematik des Strafrechts IV, S. 216-220; dazu auch *Ugrechelidze*, Die Schuld im Falle des Gefährdungsdelikts, 1982, S. 12-14; *Mamulashvili* (Fn. 1) S. 177-183; *Tskitishvili*, Straftaten gegen Leben und Gesundheit, 2015, S. 42-158.

6 Dazu *Lekveishvili/Todua*, Strafrecht BT I, 2019, S. 55-57.

7 Siehe ebenda.

8 Dazu *Mtchedlishvili-Hädrich*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2016, S. 125; *Todua* in: *Tkeshelashvili/Lekveishvili* u.a., Strafrecht AT I, 2. Aufl. 2016, S. 374-375.

Dafür sprechen folgende Argumente:

Das Geschehen wird in den Fällen des Unterlassens von einer anderen Kraft kausal begründet und gelenkt. Genau deshalb stellt sich die Frage nach der Kausalität nur dann, wenn ein Garant unterlässt. In Bezug auf einen Nicht-Garanten ist sie ohne Bedeutung.

Wäre das Unterlassen die treibende Kraft der Kausalität, könnte – wie bei den Begehungsdelikten – jede schuldfähige Person ab dem 14. Lebensjahr Täter sein.

Darüber hinaus erfordert die Kausalität des Unterlassens die Feststellung, dass der Garant die Möglichkeit der Pflichterfüllung hatte. Das alleine genügt allerdings noch nicht für die Feststellung des ursächlichen Zusammenhangs: Es muss festgestellt werden, ob der Erfolg durch ein mögliches und pflichtgemäßes Handeln hätte vermieden werden können (Art. 8 Abs. 3 gStGB).

Genau hier ist zu fragen: Welcher Erfolg ist zu vermeiden? Selbstverständlich der Erfolg, dessen Eintritt bereits unter dem Einfluss anderer Faktoren begründet war. Das Unterlassen kann nicht zugleich für den Erfolg und dessen Vermeidbarkeit kausal sein. So ist z.B. das medizinische Personal verpflichtet, einem Patienten die erforderliche Hilfe zu leisten. Unterbleibt dies und tritt der Tod ein, stellt sich die Frage nach einem Unterlassen gemäß Art. 8 Abs. 3 gStGB (könnte der Arzt den Erfolg, dessen Eintritt von einem anderen Umstand begründet wurde, durch ein mögliches und pflichtgemäßes Handeln vermeiden?).

Auch hier wird sichtbar, dass nur ein Garant verpflichtet sein kann, die durch das Handeln eines Anderen begründete Gefahr des Erfolgeintritts zu vermeiden. Für andere Menschen ist die Pflicht zur Hilfeleistung lediglich eine Ausprägung der allgemeinen Solidarität.

Bei der zweiten Variante war die treibende Kraft der Kausalität der Verkehrsunfall (und die dadurch eingetretene schwere Gesundheitsschädigung) und nicht das nachfolgende Unterlassen des Fahrers. Der Fahrer hat mit dem Unterlassen nicht versucht (er könnte dies auch gar nicht), eine neue Gefahr für die lebensgefährlich verletzte Person zu begründen oder den Todeseintritt zu beschleunigen. Vielmehr befand sich der Verletzte bereits in einer lebensgefährlichen Lage. Deshalb konnte der Fahrer mit seinem Unterlassen keine neue Gefahr begründen oder eine zuvor begründete Gefahr erhöhen. Mit dem Recht ist er nur dadurch in Konflikt geraten,

dass er der bereits vorhandenen Gefahr nicht entgegengetreten ist.

In dem Fall wäre das Schaffen einer neuen Gefahr oder die Erhöhung der bereits vorhandenen Gefahr nur mittels eines Handelns möglich. Hätte der Fahrer z.B. den durch den Verkehrsunfall Verletzten mit einem Schuss getötet, wäre dies – infolge der Wehrlosigkeit des Opfers – ein Mord. In diesem Fall hätte er eine neue Gefahr geschaffen, die den Tod des Verletzten beschleunigt hat. Ob der Erfolg später ohnehin eingetreten wäre, ist irrelevant. Demnach ist der Tod nicht die Folge der durch den Verkehrsunfall verursachten Schädigung, sondern der von dem Fahrer neu (und zugleich vorsätzlich) geschaffenen Gefahr.

In dem oben genannten Fall hat der Fahrer den Todeseintritt objektiv nicht beschleunigt. Er ist jedoch als Garant in solchen Fällen verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, um die Person, die sich in einer lebensgefährlichen Lage befindet, zu retten. Er hat dies absichtlich unterlassen. Genau deshalb liegt ein versuchter Totschlag vor.

Hervorzuheben ist in Bezug auf diesen Fall eine weitere Frage: Kann sich der Täter wegen Mordes (Art. 109 gStGB) strafbar machen, wenn er einer wehrlosen Person keine Hilfe leistet?

Beispiel: Eine Ehefrau hat keine Lust mehr, ihren alten Ehemann zu pflegen, der sich ohne fremde Hilfe nicht fortbewegen kann. Sie lässt ihn zwei Wochen lang absichtlich alleine, damit er ohne Essen und Pflege stirbt. Wie geplant tritt der Tod ein.

In diesem Fall handelt es sich um einen Mord, da dem Täter die Wehrlosigkeit des Opfers bewusst war. Alle Voraussetzungen des Unterlassens sind vorhanden:

Die Frau war verpflichtet, ihren Mann nicht ohne Hilfe zu lassen;

sie hatte die Möglichkeit, diese Pflicht zu erfüllen;

hätte sie gehandelt, wäre ihr Mann nicht tot (Kausalität);

zudem hat sie mit direktem Vorsatz gehandelt.

Was unterscheidet die beiden letzten Fälle voneinander? Der Unterschied besteht in den folgenden Details:

Im ersten Fall ist der Verletzte wehrlos, weil er sich durch den Unfall in einer akut lebensgefährlichen Lage befindet. Er benötigt so schnell wie möglich

professionelle medizinische Hilfe. Im zweiten Fall ist die Person aus einem anderen Grund wehrlos. Die Wehrlosigkeit ist nicht Folge einer lebensgefährlichen Lage, sondern liegt darin begründet, dass die Person sich selbst nicht alleine versorgen kann. Sie benötigt jedoch keine dringende medizinische Hilfe.

Dementsprechend ist der Garant im ersten Fall verpflichtet, unverzüglich Maßnahmen zu ergreifen, um die Person aus der lebensgefährlichen Lage zu befreien. Im zweiten Fall oblag dagegen dem Garant (der Ehefrau) zwar nur die Pflicht, das Opfer angemessen zu pflegen, durch ihr absichtliches Unterlassen hat die Ehefrau aber die lebensgefährliche Lage verursacht. Todesursache war die Schwächung des Organismus durch Hunger. Ohne das Unterlassen wäre der Tod nicht eingetreten, er war die natürliche Folge der neuen Gefährdung (Hunger). Diesbezüglich hat die Ehefrau die Wehrlosigkeit ihres Ehemannes ausgenutzt, um ihn zu töten.

Die zwei Fälle sollten daher nicht gleich behandelt werden. Der Fahrer hat das Opfer des Verkehrsunfalls – anders als die Ehefrau – nicht selbst vorsätzlich in die lebensgefährliche Lage versetzt. Im zweiten Fall ist außerdem ein weiteres Mordmerkmal vorhanden: Grausamkeit. Diese Frage soll hier aber nicht vertieft werden.

Zurück zum ersten Fall: Wie wäre er hinsichtlich des Eintritts des Erfolgs zu beurteilen, wenn der Fahrer den Verletzten mit Tötungsvorsatz hilflos zurückgelassen hätte?

Es bestehen zwei Möglichkeiten, diese Frage zu beantworten:

Erste Lösung: Art. 276 Abs. 4 gStGB (und nicht Abs. 6) hinsichtlich der schweren Körperverletzung, die durch die Verletzung der Verkehrssicherheitsregeln verursacht wurde, in Tateinheit zu Art. 108 gStGB (Totschlag durch Unterlassen). Allerdings müssen hierfür alle drei von Art. 8 Abs. 3 gStGB geforderten Voraussetzungen des Unterlassens vorliegen:

- Handlungspflicht (Garant);
- Möglichkeit der Handlung;
- Möglichkeit der Erfolgsabwendung.

Die ersten beiden Voraussetzungen liegen ohne Weiteres vor. Die dritte Voraussetzung müsste von einem Sachverständigen geprüft werden. Steht fest,

dass der Verletzte durch ein mögliches und pflichtgemäßes Handeln des Fahrers hätte gerettet werden können, ist der Erfolg (Tod) dem Täter objektiv zuzurechnen, so dass – wie ausgeführt – in Tateinheit ein Totschlag durch Unterlassen vorliegt.

Darauf hinzuweisen ist, dass das Gutachten zu dem eindeutigen Ergebnis gelangen muss, der Erfolg wäre durch ein Handeln des Täters abgewendet worden. Eine bloße Vermutung („die Rettungschancen wären größer gewesen“; „der Verletzte hätte möglicherweise überlebt“) reicht für die Annahme eines Totschlags nicht aus. Nach dem Grundsatz in dubio pro reo kommen Unklarheiten bei der Erfolgszurechnung dem Täter zugute, so dass nur eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung nach Art. 276 Abs. 6 oder 7 gStGB besteht. Hinzu tritt in Tateinheit ein versuchter Totschlag.

Zweite Lösung: Selbst wenn eindeutig festgestellt wird, dass ein Handeln des Fahrers den Verletzten gerettet hätte, können wiederum der versuchte Totschlag und die durch die Verletzung der Verkehrssicherheitsregeln verursachte fahrlässige Tötung in Tateinheit stehen. Die Begründung hierfür lautet: Auch hier war der fahrlässige Zusammenstoß mit dem Passanten die treibende Kraft für den Erfolgseintritt. Daher beruht er auf Fahrlässigkeit gemäß Art. 276 gStGB. Die nachfolgende unterlassene Hilfeleistung fällt – je nach Vorsatz – unter verschiedene Tatbestände. Handelte der Täter bzgl. des Todeseintritts bedingt vorsätzlich oder fahrlässig, ist er nach Art. 128 gStGB wegen unterlassener Hilfeleistung zu bestrafen. Hatte er beim Unterlassen die Absicht, dass der Tod eintritt, kommt wiederum zusätzlich zu Art. 276 gStGB versuchter Totschlag in Betracht.

Dies bedeutet, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen der fahrlässigen Handlung des Fahrers (Verstoß gegen Verkehrssicherheitsregeln) und dem Todeserfolg festzustellen ist, und nicht etwa ein hypothetischer Zusammenhang zwischen dem Unterlassen und dem Todeserfolg.

Was ist aber dann unter der in Art. 8 Abs. 3 gStGB normierten Kausalität des Unterlassens zu verstehen, wenn wir im obigen Fall die Notwendigkeit der Feststellung verneint haben?

Art. 8 Abs. 3 gStGB hat die Aufgabe, die Kausalität des Unterlassens in Fällen festzustellen, in denen die Lebensgefahr nicht aus dem vorherigen Handeln des Täters resultiert, sondern durch einen anderen Umstand begründet wurde – z.B.

durch eine Hilflosigkeit, die durch ein Unwetter, einen Angriff oder eine Krankheit entstanden ist. In diesen Fällen ist ein Garant zum Eingreifen verpflichtet. Art. 8 Abs. 3 gStGB ist hingegen nicht dafür bestimmt, die Strafbarkeit in Fällen festzustellen, in denen der Täter durch ein eigenes Handeln (z.B. durch Fahrlässigkeit) die Lebensgefahr begründet hat.

Wenn wir in der komfortablen Lage sein sollten, zwischen zwei Arten der Kausalität auszuwählen, sollte stets der Begehungskausalität der Vorzug gegeben werden, da bei ihr der Kausalzusammenhang nicht lediglich auf hypothetischen Erwägungen beruht.

KUNST, GESELLSCHAFT, STRAFRECHT – SKIZZE EINER KONFLIKTRÄCHTIGEN BEZIEHUNG

Prof. Dr. **Benno Zabel**, Universität Bonn

Zwischen Kunst und Strafrecht, moderner Gesellschaft und Justiz kommt es immer wieder zu Konflikten. Die Folge sind öffentliche und medienwirksame Auseinandersetzungen über den Eigenwert des Künstlerischen und die Reichweite der rechtlichen Regulierung. Die juristische und insbesondere dogmatische Debatte in der Bundesrepublik spitzt sich häufig auf die Frage zu, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen gestraft werden sollte oder nicht. Seltener wird auf die wechselseitigen Einflüsse und die rechtspolitische Bedeutung Bezug genommen. Darauf wollen wir uns in diesem Text konzentrieren.

Die Beschäftigung mit der heiklen Beziehung von Kunst und Strafrecht hat Konjunktur. Spielten Juristen*innen innerhalb dieser Debatten zunächst nur eine Außenseiterrolle, so mischen sie inzwischen kräftig mit. Es gibt Symposien zu diesem Thema, Ausstellungen und immer öfter auch theoretische Auseinandersetzungen. Aber was macht dieses Thema eigentlich so interessant? Ohne Zweifel haben in den letzten Jahren Entwicklungen stattgefunden, die die Öffentlichkeit für die gesellschaftliche Bedeutung der Kunst, für den politischen Umgang mit Kunst usw. sensibilisiert haben, man denke nur an die Aufarbeitung der Raubkunstpraxis im Dritten Reich, die spätestens seit dem Fall Gurlitt verstärkte Provenienzforschung¹, mit der sich sogar die Documenta 14 beschäftigt hat². oder an die Neuausrichtung des Kunst- und Urheberrechtes, der Kolonialismus-Stu-

1 Der Fall Gurlitt ist gut dokumentiert bei *Meier/Feller/Christ* (Hrsg.), *Der Gurlitt-Komplex*, 2017; aus zivilrechtsdogmatischer Perspektive *Bergmann*, *Der Verfall des Eigentums*, 2015. Die Provenienzforschung widmet sich vor allem der Herkunftsgeschichte und den Besitzverhältnissen von Kunstwerken und sonstigen Kulturgütern. Informationen zur Entwicklung und zum gegenwärtigen Stand bietet das Deutsche Zentrum für Kulturgutverluste in Magdeburg: <https://www.kulturgutverluste.de/Webs/DE/Start/Index.html>.

2 Das betraf vor allem die Arbeiten von *Maria Eichhorn*: <http://www.documenta14.de/de/news/23357/rose-valland-institut>.

dien usw.³ Der folgende Beitrag will aber darauf aufmerksam machen, dass der Umgang mit Kunst, wie er sich besonders im Kontext des Strafrechts beobachten lässt, auch ein Zeichen für den Zustand einer staatlichen Verfassung, nicht zuletzt ihrer Grund- und Menschenrechtsstandards ist – und dass dieser Zustand unser Interesse verdient.

Beginnen wir mit einem der letzten großen Aufreger in der deutschen Debatte, Jan Böhmermanns Schmähdgedicht auf den türkischen Präsidenten Erdogan. Böhmermann hatte bekanntermaßen in einem Fernsehbeitrag unter dem Titel „Schmähdkritik“ ein Gedicht an den türkischen Staatspräsidenten adressiert, das Erdogan mit sexuell und sozial anstößigem Verhalten in Verbindung brachte; wobei in der Sendung mehrmals darauf hingewiesen wurde, dass mit diesem Beitrag die Grenzen zwischen straffreier Satire und strafrechtlich relevanter Schmähdkritik veranschaulicht werden sollten⁴. Wie aus dem Nichts gerät so eine Verbotsnorm in das öffentliche Blickfeld, die sogar die meisten Juristen*innen bis dato überhaupt nicht zur Kenntnis genommen hatten – nämlich die Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes, § 103 StGB (die Norm wurde inzwischen abgeschafft, schon das ist eine beachtliche Leistung für eine Satire)⁵. Was wir im Anschluss erleben konnten, war ein veritabler Skandal. Die Hauptstadtdiplomatie bemüht sich um Krisenbewältigung, die maßgeblichen Feuilletons um die Deutungshoheit und die Straferichte um Schadensbegrenzung. Eine Satire, eine Installation, ein Bild: Kunst, oder das, was dafür ausgegeben wird, setzt Politik und Öffentlichkeit, vor allem aber das Strafrecht unter Stress⁶. Nur was ist eigentlich der Grund für diesen Stress?

Versuchen wir das Spannungsfeld etwas genauer zu betrachten. Zu diesem Zweck sollten wir nicht nur – wie es das Thema nahe legt – von Kunst und Strafrecht, sondern von der Kunst des Strafrechts sprechen. In dieser Formulierung wird nämlich deutlich, dass die Verbindung von Kunst und Strafrecht

3 Dazu *Pfennig*, Kunst, Markt und Recht, 3. Aufl. 2016.

4 Informativ *Volkman*, Die Causa Böhmermann, Fachinformationsdienst für internationale und interdisziplinäre Rechtsforschung Staatsbibliothek zu Berlin - Preußischer Kulturbesitz, 2016.

5 § 103 StGB wurde mit Wirkung von 1. Januar 2018 gestrichen.

6 Den medientheoretischen Hintergrund liefert *Debord*, Die Gesellschaft des Spektakels, 1996.

eine selbst- und wechselbezügliche ist. Das Strafrecht hat es – darauf spielt der Genitiv an – in einem doppelten Sinne mit Kunst zu tun. Das Strafrecht ist nämlich selbst eine (juristisch-methodische) Kunst und wird andererseits mit (ästhetischer) Kunst konfrontiert⁷. In diesem Sinne sehen wir zwei verschiedene, vielleicht sogar fremde Welten aufeinanderstoßen und sich dabei gegenseitig beeinflussen. Nehmen wir den ersten Genitiv: Unter der Kunst des Strafrechts können wir zum einen die Form verstehen, in der das Strafrecht mit seinen eigenen Mitteln und aus seiner Perspektive versucht, Konflikte in den Griff zu bekommen. Mit anderen Worten, die Ausbildung der Juristen*innen und vor allem die Praxis – sei es bei der Staatsanwaltschaft, im Richterdienst oder im Anwaltsberuf – beruht auf einem professionellen Umgang mit dem einschlägigen dogmatischen Rüstzeug⁸.

Dogmatisches Rüstzeug ermöglicht Jurist*innen eine spezielle Kultur oder eben Kunst des Entscheidens (und grenzt sie dadurch von anderen Praktiken ab). Dogmatik generalisiert, strukturiert, schematisiert. Sie konkretisiert die Rolle der Jurist*innen in den Verfahren des Rechts wie auch deren Kompetenzen. Durch dogmatische Institute, Figuren oder Theoriemodelle werden Jurist*innen in die Lage versetzt, rechtlich Relevantes von Irrelevantem zu trennen. Dogmatik ist eine Wissenstransformationstechnik. Sie soll einen Weg der spezialwissenschaftlichen Begründung von Einzelfallgerechtigkeit eröffnen; sie soll aber auch die normative Kohärenz (Einheitlichkeit) eines Rechtsgebiets, etwa des Strafrechts, garantieren⁹.

Zu ermitteln gilt es demnach, wem eine Rechtsgutsverletzung, eine Körperverletzung, eine Beleidigung usw. zugeordnet werden kann und für den Fall, dass keine Ausschlussgründe in Betracht kommen, welcher Strafausspruch dafür angemessen ist¹⁰. Wir reden dann gewöhnlich von einem Verfahren, das aufgrund

7 In der modernen Sprachwissenschaft und der lateinischen Kasuslehre ist insofern von *genitivus subjektivus* und *genitivus objektivus* die Rede.

8 Zur Dogmatik, Methodik und Argumentation der Juristen im Allgemeinen Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008 sowie *Gröschner*, Dialogik des Rechts, 2013, zuletzt *Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017.

9 Einzelheiten bei *I. Augsberg*, Lob der Dogmatik, rescriptum 2014, S. 63 ff.; *Bumke*, Rechtsdogmatik, S. 44 ff. und öfter sowie *Steinhauer*, Vom Scheiden, 2014.

10 Es geht also um das typische strafrechtliche Zurechnungssystem, bestehend aus der Tatbestandsmäßigkeit, der Rechtswidrigkeit und der Schuldhaftigkeit; als Ganzes ist die Rechtsgutsverletzung schuldhaftige Tat, dazu statt vieler *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts, 2017.

herrschender Zurechnungsregeln und systematisch erfolgt ist¹¹. Das Strafrecht – und das Verfassungsrecht zumal – entwickeln also aus sich heraus eine Kunst des Argumentierens, Subsumierens und Urteilens, mit der dann die Gesellschaft in Gestalt von Definitionen, Gesetzesänderungen und Entscheidungen konfrontiert wird. Die verfassungs- und strafrechtliche Dogmatisierung der Kunstfreiheit kann inzwischen sogar als eigenes Spezialgebiet bezeichnet werden. Ich komme auf dieses Problemfeld zurück.

Dieser eher selten betrachteten Perspektive von „Kunst und Strafrecht“ steht eine andere, nämlich die in der Regel gemeinte gegenüber. Die Rede von der Kunst des Strafrechts verweist insofern auf die Kunst, mit der das Strafrecht konfrontiert wird. Diese ästhetische Kunst ist etwas von außen an das Strafrecht – und seine „dogmatische“ Kunst – Herangetragen. Jan Böhmermanns Schmähedicht auf den türkischen Präsidenten, Jonathan Meeses provokativer Umgang mit einschlägiger Nazisymbolik oder Bushidos Gangsta Rap „Stress ohne Grund“ sind Beispiele dafür, wie massiv die zwei Welten aufeinanderprallen können¹². Wann geht es im juristischen Sinne um Beleidigungen, Religionsbeschimpfungen oder Volksverhetzungen? Nun ist es nicht so, dass Mauerschützen, Kannibalen oder irrlichternde Raser das Strafrecht kalt ließen, das Gegenteil ist der Fall, wie wir an aktuellen Entscheidungen sehen können¹³. Immer wieder werden Dogmatik und Rechtsprechungspraxis auf eine harte Probe gestellt; und immer wieder muss die Rechtsprechung eine auch gesellschaftlich akzeptable Entscheidung treffen. Einzelheiten brauchen wir hier nicht zu diskutieren. Aber der rechtliche und gesellschaftliche Umgang mit Kunst scheint doch Besonderheiten aufzuweisen. Nur warum?

Nähern wir uns der Frage durch einen rechtsexternen Blick: Der Berliner Kunsthistoriker Horst Bredekamp berichtet in einer Studie mit dem Titel „Der Künstler als Verbrecher“ von dem besonderen Verhältnis der Kunst zur politischen

11 Zur Zurechnungslehre des Strafrechts siehe *Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, 2005; *Jakobs*, Das System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, und jüngst *Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017.

12 Die Aufregung, die die Aktionen von Messe und Bushido erzeugten, können hier nicht im Einzelnen dargestellt werden.

13 BGHSt 39, 1; 40, 218; 41, 101; 50, 80 und jüngst die Entscheidungen des LG Berlin NSTZ 2017, 471 und BGHSt 63, 88.

Macht in der Frühmoderne. Bredekamp veranschaulicht dieses Verhältnis, indem er verschiedene Fälle straffällig gewordener Künstler und die Reaktion der „Strafgewalt“ untersucht¹⁴. Interessant ist dieser Blick deshalb, weil er zunächst gar nicht die Kunst – als Opfer oder Täter –, sondern den kriminellen Künstler selbst in den Mittelpunkt rückt. Bredekamp zeigt, dass exponierten Künstlern, wie etwa Michelangelo, Cesari oder Bernini eine gewisse Rechtsenthobenheit zugestanden wurde, die schließlich auch zu verschiedenen Formen der „Entstrafung“, wir würden heute sagen, zu Strafbefreiungen führte¹⁵. Ein besonders krasses Beispiel gibt Benvenuto Cellini ab. Cellini, der uns durch Goethes Arbeiten als exaltierter Renaissance-Künstler, als Bildhauer, Schriftsteller und Musiker in Erinnerung ist, tötete in einem brutalen Racheakt den Mörder seines Bruders auf offener Straße; später auch noch einen Konkurrenten auf das Amt des päpstlichen Münzmeisters. Die fällige Verurteilung wegen Mordes und damit die Todesstrafe unterband Papst Paul III. mit der Bemerkung: Man brauche doch die Künstler, was täten wir ohne ihren Geist und ihre Genialität. Und im Übrigen „nehmt zur Kenntnis, dass Männer wie Benvenuto, die in ihrem Beruf einzigartig sind, nicht dem Gesetz unterworfen sein müssen“¹⁶. Was uns zunächst wie eine Absurdität vorkommt, hat aber durchaus einen tieferen Sinn. Das Verbrechen des Künstlers wird durch die Bedeutung der Kunst für das Gemeinwesen – jedenfalls aber für den Herrscher – in den Hintergrund gedrängt. Wir können auch sagen, die Person verschwindet mehr oder weniger vollständig hinter den Artefakten. Bredekamp vermutet, dass in diesem Akt der Ausnahme nicht nur die Souveränität von Papst und Kaiser ausgespielt werden sollte. Demonstriert werden sollte zudem die Fähigkeit zur selbständigen Schöpfung (so wie der Leviathan nach Hobbes eine Schöpfung der Menschen ist). Der Renaissancekünstler war, so kann man das verstehen, Normbrecher und Sinnstifter zugleich und insofern selbst ein „kleiner Souverän“¹⁷.

14 *Bredkamp*, Der Künstler als Verbrecher, 2007.

15 *Bredkamp* (Fn. 14), S. 9 ff., 23 ff.

16 *Cellini*, La Vita, herausgegeben von Lorenzo Bellotto, Parma 1996, S. 266; deutsche Übersetzung, *Cellini*, Die Autobiographie eines Künstlers aus der Renaissance, 2000, S. 222.

17 *Bredkamp* (Fn. 14), S. 13 ff., 68 ff. Bredekamp bezieht sich mit seiner These vom Akt der Ausnahme auf die Theorie von Carl Schmitt, der bekanntermaßen die Entscheidung über den Ausnahmezustand als zentrales Kennzeichen von politischer Souveränität ausgemacht hatte, vgl. *Schmitt*, Politische Theologie, 1922/ 2004, S. 13.

Einen solchen Akt der Ausnahme, auch durch eine Macht von höchsten Gnaden, lässt der moderne Rechtsstaat nicht zu. Der Strafjustiz ist ihre Unabhängigkeit verfassungsrechtlich zugesichert¹⁸. Päpste mischen sich nicht mehr in das Geschäft der Juristen*innen ein; täten sie es, würde die dritte Gewalt lautstark protestieren. Und ja, die Künstler sind natürlich dem Gesetz unterworfen. Aber selbst wenn der Künstler als Verbrecher für die heutige Justiz ein Fall unter vielen darstellt, ist nicht zu übersehen, dass sich das Recht schwer tut mit den Künsten und ihren Artefakten. Im zeitgenössischem Verständnis von Kunst, ob in Form der Satire, der Skulptur oder der Malerei, scheint sich noch eine Spur dieser ästhetisch vermittelten Souveränität erhalten zu haben. Kunst gilt als eine autonome Form der Sublimation und Kritik, der Ästhetisierung moderner Lebensformen. Die Kraft der Kunst bestehe gerade darin, so etwa der Frankfurter Philosoph Christoph Menke, reflexiv mit dem Eingewöhnten und Gewohnten zu brechen, dabei allerdings nicht an der Ratio des praktisch-juridischen Urteilens anzusetzen. Kunst kann uns zeigen, dass unsere Welt zwiespältiger, vielleicht auch brüchiger ist, als wir zu meinen glauben¹⁹. Dazu kommt ein weiterer Aspekt: Neben die von Kant und Schiller vertretene Vorstellung von einer Kunst, die sich im „interesselosen Wohlgefallen“, in einer Autonomie von Moral, Zwecken und Naturgesetzen erschöpft oder zur Geltung bringt²⁰, hat sich eine Kunstkultur etabliert, die gerade im sozialen Raum Relevanz erzeugen will. Kunst, die sich auf ihre Narrenfreiheit etwas einbildet, so heißt es nun im Gefolge einer auf Performances getrimmten Ästhetik, ist nicht nur bedeutungslos, sondern in ihrer L'art pour l'art-Attitüde ästhetischer Solipsismus. Der Aktionskünstler Joseph Beuys wird mit seinem „erweiterten Kunstbegriff“ zum Vorreiter und Protagonisten einer emanzipierten Kunstproduktion, Kunstwahrnehmung und Kunstvermarktung. Ästhetische Konzepte sollten, so die Vorstellung, an den gesellschaftlichen Strukturen selbst ansetzen oder gar nicht. Beuys' Arbeit „Dürer, ich führe persönlich Baader + Meinhof durch die Documenta V“, die den beginnenden Terror der RAF thematisierte, steht paradigmatisch für

18 Man denke nur an die Art. 97 und 101 GG.

19 *Menke*, Die Kraft der Kunst, 2013, S. 11 ff. und öfter.

20 *Kant*, Kritik der Urteilskraft, Akademie-Ausgabe, 1968 (1900), Bd. V, §§ 2-5 (205 ff.); *Schiller*, Über die ästhetische Erziehung des Menschen, in einer Reihe von Briefen, in: Werke, Bd. 5, 3. Aufl. 1962.

diese Entwicklung²¹. Aber wie auch immer man sich dazu verhält, in dem Moment, in dem sich Kunst in der Öffentlichkeit exponiert, in dem Moment stoßen Kunst, Gesellschaft und Recht notwendig aufeinander. Damit rücken wir ins Zentrum des juristischen Problemfeldes vor.

Kunst ist, wie wir wissen, frei. Sie kann nicht durch einfaches Recht begrenzt werden, Art. 5 Abs. 3 GG. Hinter diesen zwei Sätzen verbirgt sich eine ganze Dogmengeschichte, ein unfassbar weiter Theorieraum. Er kann hier nicht abgeschritten werden²². Wir werden uns auf wenige, für das Verhältnis von Kunst und Strafrecht zentrale Punkte beschränken. Da es einen speziellen strafrechtlichen Kunstbegriff nicht gibt, ist ein Blick auf das Verfassungsrecht und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts notwendig. In einer prominenten Entscheidung des Gerichts können wir lesen, dass „staatliche Eingriffe umso weniger zuzulassen“ sind, „je näher die umstrittene Handlung dem Kern der Kunstfreiheit zuzuordnen ist und je mehr sie sich im Bereich des Schaffens [also im Werkbereich] abspielt“²³. Der ehemalige deutsche Verfassungsrichter Hoffmann-Riem wird noch deutlicher. In solchen Konflikten, so sagt er, müsse es um eine „Vermutung des Künstlerischen“ gehen, wenn man dem Eigenwert des Ästhetischen und der Bedeutung des Fiktionalen überhaupt gerecht werden wolle²⁴. Dogmatisch ist dann bekanntermaßen von einem formellen, materialen oder offenen Kunstbegriff des Rechts die Rede.

Für den formellen Kunstbegriff ist ausschlaggebend, ob das als Kunst proklamierte Projekt einem bestimmten Werkstypus – der Malerei, Photographie, Prosa/ Lyrik usw. – zugeordnet werden kann. Er geht damit am weitesten²⁵ Der materiale Kunstbegriff stellt auf die Eigenart der ästhetischen Arbeit ab; insofern ginge es um die „freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden“²⁶. Der offene Kunstbegriff sieht

-
- 21 *Beuys*, Art and Politics, in: Mesch (Hrsg.), *Beuys. The Reader*, 2007, S. 177 ff.
22 Siehe aber Fischer/Beduhn (Hrsg.), *Der Künstler und sein Recht*, 2. Aufl. 2007.
23 BVerfGE 77, 240, 254 (Herrnburger Bericht).
24 Hoffmann-Riem, Sondervotum BVerfGE 119, 48, 52 f. (Esra).
25 BVerfGE 67, 213, 226 f. (Anachronistischer Zug).
26 BVerfGE 30, 173, 188 f. (Mephisto).

das zentrale Merkmal von Kunst darin, „dass es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiter reichende Bedeutungen zu entnehmen“, so dass sich eine unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergebe²⁷.

Alle drei juristischen Kunstbegriffe versuchen das Unmögliche. Sie versuchen Kunst rechtlich zu fassen, sie vielleicht sogar zu verrechtlichen; gerade in dem Wissen, dass Kunst sich immer wieder diesen Definitionsversuchen entzieht, ja entziehen muss, und dass Juristen*innen, wie große Teile der Gesellschaft, keine Kunstsachverständige sind. Im Grunde offenbart sich hier ein Dilemma, dem Juristen*innen nicht entgehen können, sobald der Konflikt im Raume steht und eine Konfliktlösung unumgänglich ist. Denn die Freiheit der Kunst steht eben nicht über der Verfassung, sie ist nicht translegal. Sie konkurriert, wie wir immer wieder beobachten können, mit anderen Grundrechten, mit dem Persönlichkeitsrecht etwa, der Religions- oder Wissenschaftsfreiheit, und es gilt dann – ein Lieblingswort der Juristen*innen – nach allen Seiten abzuwägen. Wo diese Abwägung oder eben die Herstellung praktische Konkordanz hinführt²⁸, ist offen und, wie soll es anders sein, eine Frage des Einzelfalls²⁹. Aber der Verweis auf den Einzelfall, eigentlich etwas Selbstverständliches, veranlasst (nicht nur) Strafrechtler zu der Mutmaßung, dass in Sachen Kunst so gut wie jeder Prozessausgang möglich sei³⁰.

Dabei versucht die Dogmatik den Spannungen oder eben dem Stress, den die Kunst hervorruft, in unterschiedlichster Weise zu begegnen. Vorgeschlagen werden zum einen strafrechtsimmanente Lösungen, die den Konflikt auf Tatbestands- oder Rechtsfertigungsebene neutralisieren wollen. In Betracht kommen verfassungskonforme Auslegungen von Strafnormen oder die (analoge)

27 BVerfGE 67, 213, 227.

28 Zum Begriff der praktischen Konkordanz *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1999, Rn. 72.

29 Die Dogmatik der Abwägung im Allgemeinen, aber auch mit Blick auf die Kunstfreiheit kann hier nicht erschöpfend eingegangen werden, vgl. aber *Klatt*, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, Tübingen 2014; Müller/Mastronardi (Hrsg.) Abwägung, 2014; *Teifke*, Das Prinzip Menschenwürde, 2011; *Hofmann*, Abwägung im Recht, 2007 und *Schlink*, Abwägung im Verfassungsstaat, 1976; kritisch *Fischer-Lescano*, Kritik der praktischen Konkordanz, KJ 2008, 166 ff.

30 So etwa Kollege *Uwe Scheffler*: <http://www.monopol-magazin.de/bei-kunst-ist-jeder-prozessausgang-moeglich>.

Anwendung von Regelungen, wie der § 193 bzw. § 34 StGB³¹. Möglich erscheint darüber hinaus eine prozessuale Lösung, wie sie das Bundesverfassungsgericht in der Cannabis-Entscheidung vorgeschlagen hat³². Danach könnte auch in Fragen der Kunst die Einstellung des Verfahrens nach § 153 StPO zumindest erwogen werden, wenn selbst eine milde Strafe verfassungswidrig wäre³³. Zudem wird die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG auch als eigenständiger, verfassungsrechtlicher Rechtfertigungsgrund diskutiert³⁴. Danach gewähre das Grundrecht immer dann einen Rechtfertigungsgrund, wenn das Verhalten des Künstlers in den Schutzbereich der Kunstfreiheit falle, die fragliche Strafnorm Schrankenqualität besitze und im Rahmen der Abwägung die Kunstfreiheit das von der Strafnorm geschützte Rechtsgut überwiege³⁵.

Heißt das nun: Im Zweifel für die Kunst oder gegen sie?

Die Verunsicherung, die hier durchscheint, dieses gleichermaßen Strategische und Defensive des Rechts muss uns hellhörig machen. Könnte es sein, dass die Einstellung des Strafrechts zu den Künsten und ihren Grenzüberschreitungen dem Umstand geschuldet ist, dass Kunst nicht selten mit dem Anspruch auftritt, gezielt ethische Grundfragen und die „blinden Flecke“ einer Gesellschaft auszuleuchten und damit permanent Unruhestiftung betreibt? Denken wir an die Angriffe auf eine traditionelle bürgerliche Moral bei Karl Krauss, die Auseinandersetzungen mit einer bigotten Religion bei George Grosz oder den Kampf gegen einen tiefsitzenden Rassismus bei Bob Dylan oder Eminem. Schaut man allein schon auf die Form, so wird deutlich, nicht um Konzilianz oder Angemessenheit geht es, sondern um die kalkulierte Provokation, um eine Gegenmacht, die sich an keine Konventionen hält.

Was folgt daraus für das konkrete Strafverfahren? Der exzentrische Maler und Performancekünstler Jonathan Meese war an der Universität Kassel zum

31 In diese Richtung *Böse* ZStW 113 (2001), 40, 42 ff.

32 BVerfGE 90, 145, 191 unter Verweis auf BVerfGE 50, 205, 213 ff.

33 *Böse* ZStW 113 (2001), 40, 68.

34 Pars pro toto *Hassemer*, Festschrift für Wassermann, 1985, S. 332.

35 Ausgenommen davon ist – weil abwägungsfest – die Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG. Zum gesamten Problemkreis auch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 18 Rn. 49 ff.

Thema „Größenwahn in der Kunstwelt“ interviewt worden und hatte in diesem Zusammenhang – auf die Frage, ob er vor guter Kunst strammstehen könne – zweimal den Arm zum „Hitlergruß“ gehoben. Im anschließenden Strafverfahren wurde er u.a. wegen des Verwendens von Kennzeichen verfassungsfeindlicher Organisationen, § 86a StGB angeklagt. Das Amtsgericht Kassel³⁶ setzt sich in geradezu klassischer Weise mit dem Verhältnis von strafrechtlichem Schutzanspruch und einem Grundrecht von Verfassungsrang auseinander. Zunächst wird der Normzweck von § 86a StGB betont, der namentlich im Schutz des demokratischen Rechtsstaates und des öffentlichen politischen Friedens bestünde. In einem zweiten Schritt wird der „Hitlergruß“ als Performance bestimmt und damit das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Abs. 1 GG mobilisiert. Die nachfolgende Abwägung betont – unter Zugrundelegung des offenen Kunstbegriffs – den Charakter der Satire zum Zweck der bewussten Enttabuisierung typischer nationalsozialistischer Symbole. Dies geschah zuallererst, um eine öffentliche Auseinandersetzung über den heutigen Umgang mit dem Nationalsozialismus und dessen Verbrechen zu forcieren. Dass der Künstler mit der Performance gleichzeitig Aufsehen erregen und Werbezwecke verfolgen wollte, steht einem Vorrang der Kunstfreiheit nicht entgegen, wenn das künstlerische Stilmittel, hier die Satire, deutlich werde, gerade das sei aber unzweifelhaft. Im Ergebnis verneint das Amtsgericht die Strafbarkeit.

Ein Blick auf § 86a StGB zeigt, so das Amtsgericht, „dass solche Handlungen nicht erfasst werden sollen, die der Kunst dienen. Der Gesetzgeber hat dadurch klar zum Ausdruck gebracht, dass er selbst nicht jede Verwendung der Kennzeichen in der Öffentlichkeit unter Strafe stellen will. Legitimer Zweck...ist daher nicht die gänzliche Verbannung derselben, sondern die rationale Auseinandersetzung mit den symbolisierten Inhalten... Wie bereits ausgeführt, handelte es sich bei den Handlungen des Angekl. um Kunst... Der Angekl. wollte den Hitlergruß bewusst enttabuisieren, um zu einer inhaltlichen Auseinandersetzung zu gelangen. Vor diesem Hintergrund ist das Zeigen des Hitlergrußes durch den Angekl. nicht strafbar“³⁷.

Meese kommentierte den Freispruch mit den lapidaren Worten: „Die Diktatur

36 AG Kassel NJW 2014, 801 ff.

37 Ebenda.

der Kunst siegt über die Demokratie“³⁸. Kunst nimmt keine Rücksicht auf gewählte Autoritäten, auf die Correctness und die Neutralität des Rechts.

Sind Strafrecht und Kunst also schnöde Antipoden? Versuchen wir das eben Gesagte nochmal anders zu wenden. Was wir sehen, sind gegenläufige Deutungen und Interessen: Das Strafrecht ist konservativ und generalisierend, Kunst ist exzentrisch und subversiv – oder will es jedenfalls sein. Aber Vorsicht, damit ist keine voreilige Bewertung, schon gar keine Geringschätzung des Rechts intendiert. Das Strafrecht ist konservativ und generalisierend, weil es in der Form des Rechts und in der Logik einer rechtlichen Rationalität agiert, in welcher sonst? Die Kunst des Strafrechts besteht vor allem darin, mit Hilfe einer speziellen Expertise, von theoretischem Wissen und praktischer Urteilskraft, auf der Produktion von Einzelfallgerechtigkeit zu beharren, die immer schon den Horizont des individuellen Moral- und des subjektiven Gerechtigkeitsmaßstabs überschreiten. Mehr noch: Das Recht entzieht dem Konflikt das Unversöhnliche, Emotionale, Parteiliche und schafft auf diese Weise überhaupt erst die Möglichkeit für eine Verarbeitung des Dissenses innerhalb plural organisierter Gesellschaften³⁹. Niklas Luhmann, der nicht nur Soziologe, sondern auch Jurist war, hat für das Phänomen des Rechts in modernen Gesellschaften eine bestechend einfache Antwort: Unter kontingenten sozialen Umständen sei, so Luhmann, das Recht die verlässlichste Technik, mit Kontingenz umzugehen. Die gerechte Lösung für Konflikte – das betrifft auch diejenigen, die die Kunst auslöst – ist eine, mit der das Recht versucht, komplexe Lebensverhältnisse in konsistenten Entscheidungen abzubilden⁴⁰. Weniger systemtheoretisch: Mehr als demokratische Gesetze und Verfahren haben wir nicht.

Aber demokratische Gesetze und Verfahren interessieren die Kunst, wie wir schon gehört haben, herzlich wenig. Exzentrik und Subversion des Künstlerischen können die Frage von Recht und Gerechtigkeit links liegen lassen. Wenn sie sich

38 Siehe nur die Künstlerhomepage, <http://www.jonathanmeese.com>.

39 Damit ist allerdings noch nicht diskutiert, inwiefern das Recht (und mit ihm die staatliche Gewalt) selbst Interessen vertritt, die es offenzulegen und möglicherweise zu kritisieren gilt, dazu jüngst *Menke*, *Kritik der Rechte*, 2015 und *Loick*, *Juridismus*, 2017.

40 In diesem Zusammenhang taucht auch die Rede von „Gerechtigkeit als Kontingenzformel des Rechts“ auf; *Luhmann*, *Ausdifferenzierung des Rechts*. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1981, S. 374 ff.

aber damit beschäftigen – wie Marina Abramović, Klaus Staeck oder der schon verstorbene Christoph Schlingensief –, dann geht es um das politische Fundament des Gemeinwesens, um die Aporien, in die sich Recht, Gesetz und Kriminalpolitik verstricken können und die jede Gesellschaft aushalten muss⁴¹. Dann geht es darum, der Gesellschaft den Spiegel vorzuhalten. Kunst ist insofern immer politisch, kritisch, womöglich überzeichnend oder unversöhnlich – davon war schon die Rede⁴². In diesem Akt der Politisierung werden aber nicht nur Probleme sichtbar gemacht und der Gesellschaft diverse Spiegel vorgehalten. Bezweckt ist häufig ein Angriff auf bestimmte, als unsozial oder ungerecht wahrgenommene Regeln und Politikverständnisse, was wiederum das Strafrecht als Normerhaltungsagent auf den Plan ruft. Die künstlerische Auseinandersetzung um die nationalsozialistische Vergangenheit deutscher Eliten, um den Schwangerschaftsabbruch und die Stellung der Frau in der modernen Gesellschaft oder den Umgang mit dem Asylgrundrecht sollten als Beispiele genügen. Politische Kunst, gerade wenn sie im öffentlichen Raum auftritt, schockiert, will die Normen in Frage stellen – das Strafrecht dagegen will sie schützen. Die Konsequenzen für die Künstler bleiben heikel. Was in Deutschland, wie gesehen, aufgrund einer belastbaren Dogmatik und Verfassungsrechtsprechung noch in rechtsstaatlichen Verfahren mündet (mit welchem Ausgang auch immer), wächst sich in anderen Ländern zu erheblichen Problemen aus, in Russland etwa für die Punkband Pussy Riot oder in China für den Performancekünstler Ai Weiwei.

Ist damit alles zum Verhältnis von Kunst und Strafrecht gesagt? Noch nicht ganz. Politische Kunst übt Gesellschaftskritik – und wenn sie Politik nicht nur als Parteinahme, sondern als Programmatik begreift, schließt das eine Kritik eigener Werte und für selbstverständlich genommene Überzeugungen notwendig mit ein. Insofern ist sie das Andere des Rechts, gegebenenfalls auch Wortführerin zivilen Ungehorsams oder des Protests⁴³. Aber wir sollten nicht übersehen, dass Kunst

41 Zuletzt etwa zu beobachten bei der Einführung des § 217 – Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung – in das Strafgesetzbuch.

42 Im Übrigen siehe *Menke* (Fn. 19).

43 Erwähnt sei nur Schlingensiefs Container-Aktion („Ausländer raus!“) gegen die Fremdenfeindlichkeit in Österreich, Dokumentation: <http://www.schlingensief.com/backup/wienaktion/html/archiv00.html>; Kritik: http://www.getidan.de/kritik/film/georg_seesslen/719/auslander-raus-schlingensiefs-container. Zum Verhältnis von Kunst und zivilem Ungehorsam/

selbst nur in einigermaßen geordneten Gesellschaftsverhältnissen existieren und zur Kenntnis genommen werden kann (wie sollen wir uns eine Kunst im Krieg vorstellen?); d.h. in geordneten Verhältnissen, die das Recht und eine freiheitliche Gesellschaft garantieren. Dass diese Verhältnisse nie ideal sind, ist eine Trivialität. Darum allein kann es politischer Kunst nicht gehen, eher schon um Angebote für Veränderungen in und durch die Gesellschaft. Politische Kunst ist, wenn man so will, der Stachel im Fleisch allzu selbstgefälliger Disziplinierungs- und Strafroutinen, verbunden mit dem Hinweis, dass juristische Regelungen ihre Ziele verfehlen und ungerecht sein können. Vielleicht verstehen wir jetzt auch besser, warum das Strafrecht und mit ihm der Rechtsstaat im Umgang mit Kunst so vorsichtig, ja zum Teil unsicher und defensiv sind. Nicht nur, dass Kunst per se für Juristen*innen eine größtmögliche Herausforderung darstellt. Politische Kunst ist lästig und penetrant. Sie kämpft zuweilen im Modus eines „aggressiven Humanismus“, so die Selbstaussage eines Künstlerkollektivs, des Zentrums für politische Schönheit⁴⁴ (gegen das ein Ermittlungsverfahren wegen Bildung einer krimineller Vereinigung, § 129 StGB, angestrengt, inzwischen aber eingestellt wurde). Das macht die Sache nicht immer leichter.

Nur ist Kunst für Diskurserleichterungen auch nicht zuständig. Aber der Hinweis auf das humanistische Projekt, das die (politische) Kunst zu verfolgen versucht, zeigt dann auch das Gemeinsame. Denn bei allen mit den Staatsgewalten verknüpften Unzulänglichkeiten und problematischen Entscheidungen kann es dem Strafrecht – und auch dem Gesetzgeber – letztlich um nichts anderes gehen, daran erinnern schon die Verfassung und das universale Prinzip der Menschenwürde⁴⁵. Die Wege mögen andere sein. Vielleicht sprechen wir deshalb von Protagonisten und Ideengebern, von sich überschneidenden und nicht nur fremden Welten – was die kontroversen Interessen und beidseitigen Risiken

Protest/Widerstand *de Lagasnerie*, Die Kunst der Revolte. Snowden, Assange, Manning, 2015; *Kastner*, Transnationale Guerilla. Aktivismus, Kunst und die kommende Gemeinschaft, 2007.

44 <https://www.politicalbeauty.de>.

45 Zur aktuellen Debatte *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts, 2017; *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015; Brunhöber et al. (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, und *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998; aus philosophischer Perspektive *Merle*, Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde, 2007.

keinesfalls unter den Tisch kehren soll.

Fassen wir unsere Überlegungen kurz zusammen: Kunst, Gesellschaft und Strafrecht kommen immer wieder in Konflikt. Die Rede von der Kunst des Strafrechts kann uns aber für die Dynamik sensibilisieren, die dieser Beziehung innewohnt. Kunst und Strafrecht verfolgen einerseits ganz unterschiedliche Zwecke und haben, wie gesehen, divergierende Funktionen. Andererseits treffen sie sich in dem Interesse, auf Gesellschaft einwirken und diese langfristig gestalten zu wollen. Die Konflikte entstehen vor allem dort, wo Strafrecht seine Gestaltungsmacht konservativ, normerhaltend und womöglich repressiv einsetzt, Kunst jedoch subversiv, exzentrisch und im weitesten Sinne politisch agiert. Aber bei genauerem Hinsehen zeigt sich in der Konflikthaftigkeit der Beziehung auch das Gemeinsame, das Verbindende. Denn beiden Akteuren geht es letztlich um eine humane menschenwürdige Gesellschaft.

STRAFRECHT UND KUNST

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

I. Einführung

In der georgischen Rechtswissenschaft ist der Zusammenhang zwischen Strafrecht und Kunst noch nicht gründlich erforscht. Allerdings gibt es in der Praxis bereits Fälle, die wegen der Anwendung verschiedener Strafvorschriften des georgischen Strafgesetzbuches (gStGB) zu einer nicht unerheblichen Verantwortlichkeit führen können. Die Frage der Strafbarkeit im Kontext der Verbreitung pornographischer Inhalte wurde bereits vor das georgische Verfassungsgericht gebracht. Das Gericht prüft gerade einen Fall, auf den später eingegangen wird.

II. Strafrecht und Kunstfreiheit – Die Berührungspunkte

Verschiedene Kapitel des gStGB enthalten Strafvorschriften, die oftmals Berührungspunkte mit der Kunstfreiheit aufweisen. Die wortwörtliche Auslegung dieser Vorschriften kann zu unterschiedlichen Interpretationen führen. Dadurch besteht die Gefahr, dass die Strafverfolgungsbehörden die Normen missbräuchlich anwenden. Hiergegen kann selbst eine feste Gerichtspraxis nichts ausrichten, da eine solche Praxis in Georgien bislang nicht existiert. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Überschrift des Kapitels XXXII des gStGB folgendermaßen lautet: „Straftaten gegen die Gesundheit der Bevölkerung und die gesellschaftliche Moral“. Das Kapitel enthält u.a. die Strafvorschrift der Förderung der Prostitution – obwohl die Prostitution als solche keine Straftat darstellt! Deutlich wird damit, dass der Staat in jüngerer Zeit auf jede problematische gesellschaftliche Frage strafrechtlich reagiert und damit einen überflüssigen Paternalismus betreibt.

Im Hinblick auf die Kunstfreiheit können vor allem folgende Strafvorschriften des gStGB relevant sein: Gesetzwidrige Störung der Religionsausübung (Art. 155), Sachbeschädigung (Art. 187), gesetzwidrige Herstellung oder Verbreitung eines pornographischen Werkes (Art. 255), Einbindung eines Minderjährigen in die gesetzwidrige Herstellung oder Verbreitung eines pornographischen Werkes

(Art. 255-1), Herstellung oder Verbreitung eines solchen Werkes, das einen Gewalt- oder Grausamkeitskult propagiert (Art. 256).

In diesem Beitrag soll nur auf zwei Strafvorschriften näher eingegangen werden. Zunächst wird die auf die Religionsfreiheit bezogene Strafvorschrift des Art. 155 gStGB analysiert, die im Vergleich zu anderen Strafvorschriften weniger erforscht ist. Je religiöser eine Gesellschaft ist, desto wahrscheinlicher sind Konflikte mit dem Strafrecht. Darüber hinaus werden die auf die Pornographie bezogenen Strafvorschriften analysiert, weil das georgische Verfassungsgericht hierzu gerade verhandelt. Diese Gerichtsentscheidung könnte die aktuell existierenden Ansätze fundamental verändern – und zwar sowohl in Bezug auf die Begründung der Strafbarkeit als auch hinsichtlich der Straflosigkeit. Für das georgische Strafrecht wird diese Entscheidung die erste ausführliche in diesem Bereich darstellen.

III. Der Begriff der Kunst im georgischen Recht

In der georgischen Gerichtspraxis – sowohl auf der Ebene der ordentlichen Gerichte als auch auf der Ebene des Verfassungsgerichtes – ist es schwierig eine Definition von Kunst zu finden, welche die Beantwortung der Fragen der Verantwortlichkeit gemäß den zuvor genannten Strafvorschriften vereinfachen würde. Art. 23 des ersten Entwurfs der georgischen Verfassung wollte die intellektuelle Freiheit als Grundrecht ausgestalten. Diese sollte dahingehend zu verstehen sein, dass die Kunst frei ist¹. Dem gleichen Ansatz folgt die aktuelle Fassung des Art. 20 der georgischen Verfassung. Dort ist aber zugleich der Vorbehalt enthalten, dass die Verbreitung kulturschöpferischer Werke auf der Grundlage einer Gerichtsentscheidung verboten werden darf. Ein Verbot ist allerdings nur dann zulässig, wenn die Verbreitung eines Werkes die Rechte Anderer beeinträchtigt. Das zeigt, dass die Kunstfreiheit kein absolutes und uneingeschränktes Recht darstellt.

Die schöpferische Freiheit ist immer eng mit dem Originalprodukt verbunden –

1 *Kublashvili*, in: Korkelia (Hrsg.), Schutz der Menschenrechte nach dem nationalen und internationalen Recht, 2012, S. 138.

wobei zu beachten ist, dass eine umfassende Definition von Kunst kaum möglich ist². Andererseits ist es nicht ganz einfach, alles ausschließlich objektiv zu bestimmen. Deshalb sind die Gerichte verpflichtet, den Maßstab für die Einschränkung der Kunstfreiheit – die Rechte Anderer – eng und restriktiv festzulegen.

Selbstverständlich sind der schöpferische Prozess (Kunstschöpfung) und die Kunstverbreitung voneinander zu unterscheiden. Art. 20 Abs. 2 der georgischen Verfassung untersagt einen Eingriff in den schöpferischen Prozess. Der Staat hat aber zugleich eine Reihe von Einschränkungen festgelegt, die nicht nur die Verbreitung eines Werkes, sondern auch dessen Herstellung für strafbar erklären: Strafbar ist sowohl die illegale Verbreitung als auch die Herstellung von Pornographie. Trotz der Unbestimmtheit der Kunstdefinition hat der Gesetzgeber also einzelne Handlungen als nicht schöpferisch erklärt und sie damit außerhalb des Schutzbereichs des Art. 20 der Verfassung belassen.

Da die Kunstdefinition in der georgischen Verfassungsrechtsprechung bislang offen gelassen werden konnte³, müssen die ordentlichen Gerichte diese Lücke im Hinblick auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit selbst schließen und ihre Entscheidungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls treffen. Nicht vergessen werden darf hierbei, dass jeder strafrechtliche Eingriff in verfassungsrechtlich garantierte Grundrechte den intensivsten Eingriff, der möglich ist, darstellt und jede Entscheidung nicht nur diesen Einzelfall beeinflusst, sondern für die Zukunft erheblich größere Auswirkungen haben kann⁴.

2 *Jorbenadze*, in: Kommentar der georgischen Verfassung, Kapitel 2, 2013, S. 235. Die Erarbeitung eines einheitlichen und umfassenden Begriffs der Kunst könnte selbst im Widerspruch zum Inhalt der Kunst stehen. Denn Kunst heißt genau deswegen „Kunst“, weil man sie nicht einschränken kann. Niemand kann von außen bestimmen, was Kunst eigentlich umfasst – vgl. BVerfGE 75, 377.

3 Vor dem georgischen Verfassungsgericht wurden Klagen mit ähnlichen Inhalten selbstverständlich schon erhoben, jedoch erfüllten sie nicht die Zulässigkeitsvoraussetzungen. Damit musste das Verfassungsgericht den Begriff Kunst nicht definieren. Siehe dazu z.B. den Beschluss des georgischen Verfassungsgerichts №1/13/711, 25.11.2016. Vgl. dazu auch: *Tughuschil/Burjanadze u.a.*, Die Menschenrechte und die Praxis des georgischen Verfassungsgerichts, 2013, S. 289.

4 BVerfGE NJW 1985, 261.

IV. Analyse einzelner Straftatbestände des georgischen Strafgesetzbuches

1. Gesetzswidrige Störung der Religionsausübung

Der Schwerpunkt der nachfolgenden Analyse liegt nicht auf der erschöpfenden Untersuchung der Strafvorschrift des Art. 155 gStGB. Erörtert werden soll nur die Kollision zwischen der Kunstfreiheit und dem Schutz religiöser Interessen. In Kollisionsfällen stellt sich die Frage, ob der Handelnde strafbar ist. Die Überschrift des Kapitels XXIII – Straftaten gegen die Freiheiten und Rechte der Menschen – bietet keinen brauchbaren Orientierungspunkt für das Schutzgut, weil sie zu allgemein gehalten ist. Selbstverständlich bezweckt das gesamte Strafrecht den Schutz von Rechten. Als Schutzgut des Art. 155 gStGB kann aber die Gewährleistung des friedlichen Zusammenlebens unter Einhaltung der religiösen Regeln und Sitten angesehen werden.

Wann kann ein Konflikt zwischen Art. 155 gStGB und der Kunstfreiheit entstehen? Vorstellbar ist z.B., dass sich ein Unterhaltungsbetrieb (Klub, Restaurant usw.) in der Nähe einer religiösen Einrichtung befindet und durch Lärmemissionen (z.B. die von einem DJ gespielte Musik) einen Gottesdienst beeinträchtigt, da sich die Gläubigen gestört fühlen.

Der objektive Tatbestand des Art. 155 gStGB ist weit gefasst und scheint auf den ersten Blick jede störende Handlung zu umfassen. Obwohl das Wort „gesetzswidrig“ vorkommt (gesetzswidrige Störung), stellt dies für die Einschränkung des Tatbestandes keine gewichtige Orientierungshilfe dar. Die Vollendung der Straftat erfordert keine Unterbrechung des Gottesdienstes, sondern lediglich eine Störung. Eine unerhebliche Störung (z.B. geringfügiger Lärm) reicht nicht aus.

Andererseits darf die Kunstfreiheit nicht außer Betracht bleiben. Der DJ hat das Recht, seine Werke zu spielen. Deshalb stellt sich die Frage: Worin besteht der Unterschied zwischen einer strafbaren und einer straflosen Störung der Religionsausübung? Die Antwort könnte im subjektiven Tatbestand zu finden sein. In der deutschen Lehre werden hierzu verschiedene Ansichten vertreten. Der Täter müsse in Bezug auf die Störung mit *dolus directus* 1. Grades handeln⁵. Für

5 Vgl. dazu *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 167 Rn. 9.

die Beleidigung der religiösen Gefühle sei dagegen *dolus eventualis* ausreichend⁶.

Im Unterschied zu § 167 Abs. 1 Nr. 1 dStGB (absichtliche Störung des Gottesdienstes oder einer gottesdienstlichen Handlung) spricht der Wortlaut der georgischen Strafvorschrift nicht von einem absichtlichen Handeln. Die Vorschrift ist aber dennoch ähnlich auszulegen. Für die Strafbarkeit muss mindestens direkter Vorsatz – entweder 1. oder 2. Grades – vorhanden sein.

Wird der DJ bestraft, wenn er weiß, dass sein Handeln auf jeden Fall die Religionsausübung stört? Sofern die Einrichtung, in der er seine Musik spielt, den erlaubten Rahmen einhält, ist er nicht verantwortlich. Sein Handeln ist sozialadäquat, weil die Erlaubnis auf staatlichen Regeln beruht, so dass die Einordnung als Straftat ausscheidet⁷. Wandeln wir jedoch den Fall dahingehend ab, dass er unmittelbar vor dem Kircheneingang seine Werke abspielt und damit den Verlauf des Gottesdienstes erheblich stört, ist Art. 155 gStGB erfüllt.

Nach dem georgischen Strafrecht muss die Störung der Religionsausübung entweder mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt erfolgen. Der Tatbestand ist nach dem Wortlaut des Gesetzes allerdings auch dann erfüllt, wenn es hieran zwar fehlt, aber die religiösen Gefühle eines Gläubigen oder eines Gottesdieners verletzt werden.

Damit wird die Gefahr heraufbeschworen, dass die Vorschrift vom Rechtsanwender überdehnt wird. Denn für die Strafbarkeit könnte das subjektive Empfinden eines einzelnen Gläubigen ausreichend sein. Eine derartige Auslegung wäre selbstverständlich inakzeptabel. Vielmehr ist in der Praxis die Form der Beleidigung zu berücksichtigen. Es muss eine besonders verletzende Handlung vorliegen, wie eine erhebliche Verschmutzung, die Bemalung einer Wand mit einer anstößigen Zeichnung, das unbedeckte Herumlaufen oder eine Handlung mit sexuellem Charakter⁸. Bloßes Lärmen, das Betreten einer Kirche ohne Kopftuch oder das Fotografieren können nicht strafrechtlich relevant sein, obwohl sie für einzelne Gläubige oder Gottesdiener inakzeptabel sein mögen. Denn aus der Perspektive eines objektiven Dritten sind diese Handlungen nicht besonders

6 *Valerius*, in: BeckOK StGB, 41. Edition 01.02.2019, § 167 Rn. 10.

7 *Sach*, Genehmigung als Schutzschild? 1994, S. 260.

8 Vgl. OLG Saarbrücken, NJW 2018, 3795.

beleidigend. Die gleichen Standards müssen aber auch für die Kunstfreiheit gelten. Wenn eine Person eine Kirchenwand mit einer eigenen Malerei „verschönert“, ist dies selbstverständlich strafbar. Wenn sie allerdings z.B. an der Wand eine kleine Zeichnung aufbringt, die objektiv geringfügig ist, wäre der Tatbestand des Art. 155 gStGB nicht erfüllt.

2. Pornographie-bezogene Straftatbestände

Wie eingangs erwähnt, schützt Kapitel XXXII des georgischen Strafgesetzbuchs allgemeine Rechtsgüter wie die Gesundheit der Bevölkerung und die gesellschaftliche Moral. Das Rechtsgut der „Volksgesundheit“ wurde schon häufig kritisiert, z.B. während der Diskussion über Drogenkonsum und bei der Bewertung von Entscheidungen des georgischen Verfassungsgerichts und des deutschen Bundesverfassungsgerichts. Diese Frage wird nachfolgend nicht detailliert untersucht, weil sie thematisch nicht einschlägig ist. Es ist aber hervorzuheben, dass die Gerichte bei der Bewertung von Drogendelikten die Gesundheit der Bevölkerung als Argument heranziehen⁹. Im Übrigen ist die Einordnung der Volksgesundheit als abstraktes Sammelrechtsgut sehr umstritten¹⁰.

Der Begriff der gesellschaftlichen Moral ist noch abstrakter und mit moralischen Inhalten gefüllt¹¹. Die Existenz eines Kapitels im georgischen Strafgesetzbuch mit einer solchen Überschrift ist ein Relikt der Vergangenheit. Es spricht nichts dafür, dass das georgische Strafrecht auch heute noch die Erziehung zu einer moralisch besseren Gesellschaft bezweckt.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht überraschend, dass Kapitel XXXII die Strafvorschrift der gesetzwidrigen Herstellung oder des Absatzes eines pornographischen Werkes oder anderen Gegenstandes (Art.255) enthält. Anzumerken ist zunächst, dass der Konsum eines pornographischen Werkes nicht strafbar ist. Strafbar ist hingegen die gesetzwidrige Herstellung und Verbreitung eines pornographischen Werkes, die Werbung dafür, der Handel damit und seine

9 Vgl. zum Bundesverfassungsgericht BVerfGE 90, 145; siehe auch die Entscheidungen des georgischen Verfassungsgerichts №1/4/592, №1/3/1282.

10 Siehe hierzu *Weber*, BtMG, 5. Aufl., 2017, § 1 Rn. 1 ff.

11 Hierzu *Lekveishvili/Todua/Mamulashvili*, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 2016, S. 703.

Aufbewahrung zum Zwecke der Verbreitung. Die einzige Begründung, die wir für die Existenz einer solchen Vorschrift im gStGB finden können, besteht in der in der Überschrift des Kapitels XXXII erwähnten gesellschaftlichen Moral. Eine andere Begründung aufzufinden, ist kaum möglich, zumal Art. 255 Abs. 1 gStGB nicht auf Minderjährige Bezug nimmt. Die Verbreitung eines Werks mit der Abbildung eines Minderjährigen und pornographischen Inhalten usw. wird im georgischen Strafrecht auf Grund von internationalen Einflüssen von anderen Artikeln erfasst. Da ein solches Handeln die normale physische und psychische Entwicklung Jugendlicher stören kann, ist es nicht schwierig für diese Strafvorschriften ein schutzwürdiges Rechtsgut auszumachen.

Art. 255 gStGB bestraft z.B. die gesetzwidrige Herstellung eines pornographischen Werkes unter der Teilnahme eines Volljährigen (z.B. Bildaufnahme, Zeichnung usw.)¹². Dies wirft in der georgischen Praxis zahlreiche Fragen auf. Der Begriff der gesetzwidrigen Pornographie ist im georgischen Recht nicht definiert. Daher ist es die Auslegung des Tatbestands schwierig. Gemäß der Anmerkung zu Art. 255 gStGB gilt ein Werk als nicht pornographisch, wenn es einen medizinischen, wissenschaftlichen, bildungsmäßigen oder kulturellen Wert hat. Wer diesen Wert festlegen soll, bleibt allerdings im Dunkeln.

Dieser Ansatz hat die georgische Praxis in eine kuriose Lage versetzt. Im Jahr 2016 nahm das georgische Innenministerium Ermittlungen gegen ein Videoportal wegen der gesetzwidrigen Verbreitung von Pornographie auf. Auf dem Portal war der Film „Liebe“ des berühmten argentinischen Regisseurs Gaspar Noe hochgeladen worden. Der Film beschreibt eine Liebesbeziehung und enthält viele explizite Sexszenen¹³. Der Regisseur war Preisträger der internationalen Filmfestspiele von Cannes, und der Film wurde dort auch gezeigt. Der Fall stieß in der georgischen Gesellschaft auf scharfe Ablehnung, sowohl im Hinblick auf seine Verbreitung als auf auch die Strafbarkeit. Letzten Endes wurde niemand angeklagt, obwohl sich das Innenministerium im Ermittlungsverfahren auf ein Sachverständigengutachten gestützt hatte, das den Film als pornographisch

12 Dazu ausführlich *Lekveishvili/Todua/Mamulashvili*, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 2016, S. 725 ff.

13 <http://www.tabula.ge/ge/story/105348-gaspar-noes-film-love-is-gavrcelebaze-shss-m-gamodzieba-daitsko> (aufgerufen am 31.3.2018).

einstufte. Bis heute ist völlig unklar, wer es erstellt hat und auf welchen Kriterien es basierte.

Das Beispiel zeigt, dass die georgische Praxis die maßgebenden Fragen nicht beantworten kann. Es existiert zu Art. 255 gStGB bislang keine Gerichtsentscheidung, die den Inhalt der Strafvorschrift konkretisieren würde. Was bedeutet gesetzwidrige Pornographie? Wie kann man sie von einem Kunstwerk unterscheiden? Wer darf diese Unterscheidung vornehmen? All diese Fragen sind bis heute unbeantwortet.

Genau diese Fragen wurde nunmehr vor das georgische Verfassungsgericht gebracht. Allerdings hat das Gericht noch keine Entscheidung getroffen. Die Klage bezieht sich eigentlich nicht auf die Kunstfreiheit. Der Kläger macht aber geltend, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf einer unbestimmten Rechtsvorschrift basiert. Die vorhandene Strafvorschrift könne dazu führen, dass auch solche Werke nicht verbreitet werden dürfen, die zwar einen pornographieähnlichen Charakter haben, aber keine Pornographie darstellen.

Welche Entscheidung das Verfassungsgericht treffen wird, ist schwer vorherzusagen. Vorstellbar sind die folgenden Szenarien:

Das Gericht weist die Klage mit der Begründung zurück, dass die Lücken unter Zugrundelegung der Praxis gefüllt werden können. Die Begründung einer derartigen Entscheidung dürfte jedoch nicht einfach sein, da die Praxis die Probleme bis jetzt ersichtlich nicht gelöst hat.

Das Gericht folgt der Argumentation des Klägers und erklärt die Strafvorschrift mangels Bestimmtheit für verfassungswidrig. Zugleich weist das Gericht darauf hin, dass bei entsprechender Konkretisierung durch den Gesetzgeber die Strafbarkeit allgemein begründbar ist.

Das Gericht folgt der Argumentation des Klägers und lehnt die Strafbarkeit mit dem Argument ab, dass die betreffenden Handlungen keine Gefahr begründen, die strafrechtlich verfolgt werden darf.

Höchstwahrscheinlich wird das Verfassungsgericht aber auch diesmal keinen Kunstbegriff entwickeln – und das ist richtig so! Aber das Gericht wird zumindest der Untersuchung des Zusammenhanges zwischen Kunst und Strafrecht nicht ausweichen können.

Insgesamt wäre die Streichung des Art. 255 gStGB wünschenswert. Andere Mechanismen, wie z.B. das georgische Telekommunikationsgesetz, sind für eine effektive Kontrolle ausreichend (z.B. eine Kodierungspflicht für „Porno-Sender“, wie sie in der Praxis schon besteht).

In Zukunft wird uns auch die Problematik der Kunstfreiheit im Kontext der Abbildung von Minderjährigen in pornographischen Kunstwerken beschäftigen. Es ist nicht auszuschließen, dass die nicht ausreichend vorbereitete georgische Gerichtspraxis noch weiter geht und die Verbreitung selbst allgemein anerkannter Kunstwerke bestraft. Daher muss das Verfassungsgericht eine grundlegende Entscheidung treffen.

V. Fazit

Zusammenfassend ist zu betonen, dass der georgische Gesetzgeber im Bereich des Strafrechts in jüngerer Zeit aktiv geworden ist, um unterschiedliche gesellschaftliche Probleme zu lösen. Dies führt zu vielen Beschränkungen. Nur eine gute Gerichtspraxis, welche die Expansion des Strafrechts durch restriktive Auslegung der Strafvorschriften teilweise neutralisiert, wird dem entgegenwirken können.



გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“

თბილისი, მ. კოსტავას ქ. №75

ტელ.: 238 35 99; 557 51 51 34

ელ-ფოსტა: Lawyers.world@yahoo.com;

ვებ-გვერდი: www.law.ge

www.facebook.com/PublishingWorldofLawyers