სისხლის სამართლის მეცნიერება ერთიანი ევროპული განვითარების პროცესში

სისხლის სამართლის სამეცნიერო სიმპოზიუმის კრებული

გამომცემლობა „მერიდიანი“
თბილისი 2013

უაკ. (UDC) 343(063)
ს-542

კრებული შეიცავს იმ ქართველი და გერმანელი მეცნიერების სტატიებს, რომლებმაც მონაწილეობა მიიღეს სისხლის სამართლის სამეცნიერო სიმპოზიუმში, რომელიც გაიმართა 2011 წლის 6-9 ოქტომბერს, ქალაქ თბილისში. ამით საფუძველი ჩაეყარა სისხლის სამართლის მეცნიერ-იურისტთა პროფესიულ შეხვედრას, რომელიც მომდევნო წლებშიც პერიოდულად გაიმართება. კრებულში თავმოყრილი ცალკეული სტატიები შეეხება სისხლის სამართლის, სისხლის სამართლის პროცესის, საერთაშორისო და ევროპული სისხლის სამართლის აქტუალურ პრობლემებს.

რედაქტორი პროფესორი მერაბ ტურავა

კრებული გამოსაცემად მოამზადა ასისტენტ-პროფესორმა
ლავრენტი მაღლაკელიძემ

VolkswagenStiftung

სიმპოზიუმი ჩატარდა და კრებული დაიბეჭდა ფოლკსვაგენის ფონდის მხარდაჭერით

© გამომცემლობა „მერიდიანი“, 2013

© მ. ტურავა

ISBN 978-9941-10-713-9

Die Festschrift enthält Beiträge der deutschen und georgischen Wissenschaftler, die an der Strafrechtslehrertagung – vom 06. bis 09. Oktober 2011 in Tbilissi – teilgenommen haben. Somit wurde ein berufliches Treffen unter den Juristen-Wissenschaftlern im Strafrecht zustande gebracht. Diese Treffen werden auch in den kommenden Jahren regelmäßig stattfinden. Die einzelnen Publikationen beziehen sich auf die aktuellen Probleme des Strafrechts, Strafprozessrechts, Europäischen und Internationalen Strafrechts.

Herausgegeben vom Professor MERAB TURAVA

Die Druckvorbereitung vom Assistent-Professor
LAVRENTI MAGLAKELIDZE



Gefördert von der VolkswagenStiftung

© Verlag „Meridiani", 2013

© M. Turava

ISBN 978-9941-10-713-9

Geleitwort

Die Festschrift soll die Idee regelmäßiger Fachdiskussionen der georgischen Strafrechtswissenschaftler untereinander, auch unter Einbeziehung von Gästen aus dem Ausland, im allgemeinen Bewusstsein befestigen. Solche offiziellen Veranstaltungen sind grundsätzlich geeignet, wertvollen Zielen zu dienen.

Zum einen befördern sie einen freien Meinungsaustausch über unterschiedliche politische Richtungen und akademische Schulen hinweg. Nur Argumente zählen! Der dadurch zum Ausdruck gelangende Anspruch auf Wissenschaftlichkeit hat wiederum Rückwirkungen auf die Ausgestaltung eines solchen Studiums der Rechtswissenschaft an den Universitäten, das seinen Namen auch verdient.

Zum anderen geht es darum, das Recht als Teil des Ganzen einer staatlich organisierten Gesellschaft zu verstehen und dementsprechend im Horizont des Jedermann zu verankern. Strafrechtslehrer und -praktiker dienen nicht partikulären Interessen, sondern sie sind der Gerechtigkeit und dem Gemeinwohl im Kraftfeld einer demokratischen Öffentlichkeit verpflichtet.

Insbesondere Zeiten des Übergangs fordern die kritische Selbstreflexion heraus und manchmal sogar den Versuch, mehr oder weniger alles auf den Prüfstand und gegebenenfalls auf eine neue Basis zu stellen. Jedoch sollten Traditionen, wie der deutsch-georgische Strafrechtsdialog, die der Erinnerung wert sind und historische Wendezeiten schon bisher aus gutem Grund überdauert haben, dabei nicht in Vergessenheit geraten.

Wir sind jedenfalls dankbar, dass wir die georgischen Kollegen auf ihrem Weg ein Stück weit begleiten durften und in Zukunft vielleicht noch dürfen.

Prof. Dr. Heiner Alwart, Friedrich-Schiller-Universität Jena

Prof. Dr. Bernd Heinrich, Humboldt-Universität zu Berlin

წინათქმა

წინამდებარე კრებულის მიზანია, ხელი შეუწყოს ქართველ სისხლის სამართლის მეცნიერთა შორის რეგულარული დარგობრივი დისკუსიების გამართვის იდეის საყოველთაო ცნობიერებაში გამყარებას, რომელშიც ასევე მონაწილეობას მიიღებენ მოწვეული უცხოელი კოლეგები. მსგავსი ოფიციალური ღონისძიებები ძირითადად ემსახურება ღირებულ მიზნებს.

ერთი მხრივ, აღნიშნული ხელს უწყობს აზრთა თავისუფალ გაცვლას სხვადასხვა პოლიტიკური მიმდინარეობებისა და აკადემიური სკოლების მეშვეობით. ამ დროს ხდება მხოლოდ არგუმენტების გათვალისწინება! ამ გზით მისაღწევი მეცნიერულობის მოთხოვნა ზეგავლენას ახდენს საუნივერსიტეტო იურიდიული სწავლების ჩამოყალიბებაზე, რაც ასევე იმსახურებს ხაზგასმით აღნიშვნას.

მეორე მხრივ, საუბარია სამართლის, როგორც სახელმწიფოებრივად მოწყობილი საზოგადოების მთლიანი სისტემის ნაწილის, გაგებასა და, შესაბამისად, მისი თითოეული ადამიანის მხედველობის არეში მოქცევაზე. სისხლის სამართლის დარგის სპეციალისტები და პრაქტიკოსები ემსახურებიან არა პარტიკულარულ ინტერესებს, არამედ ვალდებული არიან, დაიცვან დემოკრატიული საზოგადოების სამართლიანობა და საყოველთაო კეთილდღეობა.

განსაკუთრებით გარდამავალი პერიოდი მოითხოვს კრიტიკულ მიდგომას. ზოგჯერ ადგილი აქვს მცდელობას, მეტად თუ ნაკლებად ყველაფერი სასწორზე იქნეს დადებული და, საჭიროების შემთხვევაში, მოხდეს განვითარების ახალ ბაზისზე დაფუძნება. ამასთან, არ უნდა იქნეს დავიწყებული ისეთი ტრადიციები, რომლებიც ნამდვილად გახსენების ღირსია და ისტორიული გარდატეხის პერიოდები ღირსეულად გადაიტანა. ასეთია, მაგალითად, გერმანულ-ქართული დიალოგი სისხლის სამართლის სფეროში,

ყველა შემთხვევაში მადლიერი ვართ, რომ შესაძლებლობა გვქონდა ქართველ კოლეგებთან გვეთანამშრომლა თავიანთი საქმიანობის გზაზე, რომლის შესაძლებლობა ალბათ მომავალშიც მოგვეცემა.

პროფ. ჰაინერ ალვარტი, იენის ფრიდრიხ შილერის უნივერსიტეტი

პროფ. ბერნდ ჰაინრიხი, ბერლინის ჰუმბოლტის უნივერსიტეტი

სარჩევი

ფინათქმა VIII

სარჩევი IX

მერაბ ტურავა

სამართლებრივად დასაძრახი საფრთხის მდგომარეობის „რისკის ამაღლებაში“ რეალიზაცია მოქმედებით და უმოქმედობით ჩადენილ დელიქტებში 1

ქეთევან მჭედლიშვილი-ჰედრიხი

დანაშაულის მომზადების დასჯადობა ქართულ სისხლის სამართალში დანაშაულის მცდელობის შესახებ გერმანული მოძღვრების გათვალისწინებით 83

ოთარ გამყრელიძე

ტერმინოლოგიური ლექსიკონი მნიშვნელოვანი ხარვეზებით 105

გურამ ნაჭყებია

სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა და ქმედების მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებანი 117

ნონა თოდუა

მისატევებელი უკიდურესი აუცილებლობა ქართულ სისხლის სამართალში 127

გოჩა მამულაშვილი

უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია როგორც ორგანიზებული დანაშაულის გამოვლენის ფორმა და თანამედროვეობის გლობალური პრობლემა 165

დავით სულაქველიძე

ქმედებაზე ბატონობა და დანაშაულში თანამონაწილეობა 191

ნინო გვენეტაძე

საპროცესო შეთანხმება – საქართველოში კანონმდებლობის ანალიზი 213

ირაკლი დვალიძე

აუცილებელი მოგერიება და „უვარგისი ობიექტი“ 243

გიორგი თუმანიშვილი

აღდგენითი (რესტორაციული) მართლმსაჯულება და მისი განვითარების პერსპექტივა საქართველოში 253

თამარ ლალიაშვილი

საპროცესო შეთანხმების დამკვიდრებული არასწორი პრაქტიკა და მისი აღმოფხვრის გზები 275

ლავრენტი მაღლაკელიძე

განზრახვის ცნების ზოგიერთი პრობლემისათვის თანამედროვე გერმანულ სისხლის სამართალის დოგმატიკაში 291

გიორგი დგებაშაძე

ამსრულებლობა საერთაშორისო სისხლის სამართალში 325

ლევან ხარანაული

დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტი 355

ბაჩანა ჯიშკარიანი

ევროკავშირის სამართლის უპირატესი იურიდიული ძალა ნაციონალური სისხლის სამართლის მიმართ 401

ჰაინერ ალვარტი

„მოძღვრება შეცდომის შესახებ“ და გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსი – მოსაზრებათა ექსპერიმენტი 421

ბერნდ შუნემანი

სისხლის სამართლის მეცნიერება ევროპის გაფართოების ფონზე 435

ბერნდ ჰაინრიხი

დანაშაულის განხორციელების სტადიები 451

იორგ აიზელე

ევროსაბჭოს კიბერდანაშაულის კონვენციის იმპლემენტაცია ეროვნულ სისხლის სამართალში 467

ბურქჰარდ იენკე

სისხლის სამართლის პროცესი სამართლებრივ სახელმწიფოში და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს დანიშნულება 481

ერიქ ჰილგენდორფი

საგარეო სამეცნიერო პოლიტიკა 497

Inhaltsverzeichnis

GELEITWORT VII

INHALTSVERZEICHNIS XI

MERAB TURAVA

Die Realisierung der rechtlich missbilligten Gefahr als bloße „Risikoerhöhung" bei Handlungs- und Unterlassungsdelikten 1

KETEVAN MTSCHEDLISCHWILI-HÄDRICH

Strafbarkeit der Vorbereitung im georgischen Strafrecht unter Beruecksichtigung der deutschen Versuchslehre 83

OTAR GAMKRELIDZE

Begriffliches Wörterbuch mit erherblichen Mängeln 105

GURAM NACHKEBIA

Ausschließungsgründe der Rechtswidrigkeit im Strafrecht 117

NONA TODUA

Entschuldigender Notstand in der georgischen Strafgesetzgebung 127

GOCHA MAMULASHVILI

Legalisierung der gesetzwidrigen Einkommen als Erscheinungsform der Organisierten Kriminalität und globale Probleme der Gegenwart 165

DAVID SULAKVELIDZE

Tatherrschaft und Mitbeteiligung 191

NINO GVENETADZE

Die neue georgische Strafprozessordnung und „plea bargaining" 213

IRAKLI DVALIDZE

Notwehr und untaugliches Objekt 243

GIORGI TUMANISHVILI

Die restitutive Justiz und ihre Entwicklungsperspektive in Georgien 253

TAMAR LALIASHVILI

Die etablierte illegale Praxis der Absprache in Georgien und die Wege zu Problemlösung 275

LAVRENTI MAGLAKELIDZE

Über einige Probleme des Vorsatzbegriffs in der deutschen Strafrechtslehre 291

GIORGI DGEBUADZE

Täterschaft im Völkerstrafrecht 325

LEVAN KHARANAULI

Rücktritt 355

BACHANA JISHKARIANI

Der Vorrang des Rechts der Europäischen Union gegenüber dem nationalen Strafrecht .. 401

HEINER ALWART

„Irrtumslehre" und deutsches Strafgesetz – ein Gedankenexperiment 421

BERND SCHÜNEMANN

„Strafrechtswissenschaft in einemzusammenwachsenden Europa" 435

BERND HEINRICH

Verwirklichungsstufen der Straftat 451

JÖRG EISELE

Umsetzung der Cybercrime-Konvention des Europaratesin nationales Strafrecht 467

BURKHARD JÄHNKE

Unverfügbares im rechtsstaatlichen Strafprozess und die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 481

ERIC HILGENDORF

Außenwissenschaftspolitik 497

მერაბ ტურავა

სამართლის დოქტორი,
ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტის სრული პროფესორი

სამართლებრივად დასაძრახი საფრთხის მდგომარეობის „რისკის ამაღლებაში" რეალიზაცია მოქმედებით და უმოქმედობით ჩადენილ დელიქტებში

(სამეცნიერო-პრაქტიკული დისკუსიისათვის ქართულ სისხლის სამართალში)

1. შესავალი: პრობლემის დასმა

უკანასკნელი ათწლეულების მანძილზე სისხლის სამართალში განვითარდა მოძღვრება ობიექტური შერაცხვის შესახებ.[1] მისი ძირითადი ფორმულა („სამართლებრივად დასაძრახი რისკის შედეგში რეალიზაცია") ჩამოყალიბებულია *კარლ ენგიშის* ადეკვატურობის თეორიაზე დაფუძნებულ დეფინიციაში.[2] ამ მოძღვრების დანერგვა ქართულ სისხლის სამართალში მიზნად ისახავს კაუზალობის თეორიის[3] თანამედროვე სისხლის სამართლის დოგმატიკის მიღწევებთან შესაბამისობაში მოყვანას. ობიექტური შერაცხვის შესახებ მოძღვრება გასული საუკუნის 80-იანი წლებიდან ინტენსიურად ვითარდება გერმანულენოვან სისხლის სამართალის დოგმატიკაში და ასევე აღიარება მოიპოვა არაერთ სხვა ქვეყანაშიც.[4] შედარებისთვის, თუ გასული საუკუნის 50-60-იან წლებში გერმანულ სისხლის სამართლის მეცნიერებაში დისკუსია მიმდინარეობდა მოქმედების ფინალური მოძღვრების გარშემო, რომელმაც ასევე საზღვარგარეთ, მათ შორის საქართველოში, მოიპოვა დიდი გამოხმაურება, დღეს, თითქმის ნახევარი საუკუნის შემდეგ, როგორც *ფრიდრიხ-ქრისტიან შროედერი* აღნიშნავს, ობიექტური შე-

[1] შედეგის ობიექტური შერაცხვის შესახებ გერმანულ სისხლის სამართალში იხ. *Ch. Hübner,* Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, 2004, ხოლო ავსტრიულ სისხლის სამართალში – *A. Reitmaier,* Die objektive Erfolgszurechnung im österreichischen Strafrecht, 1998. ქართულ სისხლის სამართალში ამ პრობლემის შესახებ იხ. *მ. ტურავა,* სისხლის სამართალი, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, გვ. 215-260.

[2] შეად. *K. Engisch,* Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, გვ. 61 ff., 68 f. თვით „ობიექტური შერაცხვის" ცნების ინტეგრაცია სისხლის სამართალის დოგმატიკაში კი, უკავშირდება *რიხარდ ჰონიგის* სახელს. იხ. *R. Honig,* Reinhard Frank-FG I, 1930, გვ. 174 ff.

[3] იხ. *Т. Церетели,* Причинная связь в уголовном праве, 1963.

[4] შეად.: *C. Roxin,* Strafrecht, AT I, 4. Aufl., 2006, გვ. 372, 374; *O. Triffterer,* Ulrich Klug-FS, 1983, გვ. 419; *K. Schmoller,* Otto Triffterer-FS, 1996, გვ. 226.

რაცხვის მოძღვრება წარმოადგენს ნააზრევს, რომელიც, თავისი ფუძემდებლური მნიშვნელობითა და საზღვარგარეთ მოპოვებული რეზონანსით, მოქმედების ფინალური მოძღვრების ადგილას დადგა.[5]

შედეგის ობიექტური შერაცხვის ძირითადი ფორმულის ჩამოყალიბების დროს ზოგიერთი ავტორი ყურადღებას ამახვილებს მხოლოდ სამართლებრივად დასაძრახი (აკრძალული) რისკის (საფრთხის) მდგომარეობის შექმნასა და შემცირებაზე და არ უთითებს მის ამაღლებაზე. ეს გამოწვეულია იმით, რომ „რისკის ამაღლების თეორიას", რომელიც უკავშირდება მსოფლიოში ცნობილი გერმანელი პროფესორის *კლაუს როქსინის* სახელს, თვით ობიექტური შერაცხვის თეორიის მიმდევრებს შორისაც ჰყავს როგორც მომხრეები, ისე მოწინააღმდეგეები. რისკის ამაღლების თეორიასთან დაკავშირებით სამეცნიერო ლიტერატურაში ჯერ კიდევ გასული საუკუნის 60-იან წლებში დისკუსია წამოიწყო *როქსინმა*.[6] მან ამისათვის მოიყვანა შემდეგი ოთხი მაგალითი:[7]

შემთხვევა 1: *„ავტომანქანის საბურავებში ჩაყარდნილი ველოსიპედისტი"* [8]

სატვირთო ავტომანქანის მძღოლს უნდოდა, გაესწრო ველოსიპედისთვის, რა დროსაც არ დაიცვა ტრანსპორტის მოძრაობის უსაფრთხოების წესებით დადგენილი გვერდითი დისტანცია. ამ დროს მთვრალი ველოსიპედისტი, რომელმაც ალკოჰოლით გამოწვეული რეაქციით ველოსიპედი მარცხნივ გადასწია, ტრაილერს ჩაუვარდა უკანა საბურავებში და სასიკვდილო დაზიანებისაგან გარდაიცვალა. დადგინდა, რომ ეს უბედური შემთხვევა, ალბათობის მაღალი ხარისხით, იმავე სასიკვდილო შედეგით მაშინაც შეიძლებოდა დამთავრებულიყო, თუ სატვირთო ავტომანქანის მძღოლი გასწრების დროს დადგენილ დისტანციას დაიცავდა.

შემთხვევა 2: *„აფთიაქარის მიერ გაცემული მედიკამენტი"* [9]

აფთიაქარმა ფოსფორის შემცველი მედიკამენტი ექიმის ნებართვის გარეშე მისცა ავადმყოფი ბავშვის დედას მისივე თხოვნით. მან თავდაპირველად ეს წამალი გასცა ექიმის რეცეპტით, ხოლო შემდეგ, რამდენჯერმე რეცეპტის გარეშე. ბავშვი გარდაიცვალა დედის მიერ მიცემული ამ მედიკამენტისგან მოწამვლით. დადგინდა, რომ მიმართვის შემთხვევაში შესაძლებელია, ამ წამლის განმეორებით გაცემის ნებართვა ექიმს უპრობლემოდ გაეცა და ბავშვის მიმართ იგივე შედეგი დამდგარიყო.

შემთხვევა 3: *„ჩინური თხის თმა"* [10]

ფუნჯის დამამზადებელი ფაბრიკის წარმოების უფროსმა თავის საწარ-

---

[5] იხ. *F.-C. Schroeder,* Der Blitz als Mordinstrument, 2009, გვ. 39 f.

[6] იხ.: *C. Roxin,* ZStW 74 (1962), გვ. 411; *C. Roxin,* ZStW 78 (1966), გვ. 214.

[7] ეს შემთხვევები მითითებული აქვს არაერთ სხვა ავტორსაც, მათ შორის, იხ. *K. Ulsenheimer,* Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965, გვ. 26 f.

[8] იხ. BGHSt 11, გვ. 1.

[9] იხ. RGSt 15, გვ. 151.

[10] იხ. RGSt 63, გვ. 211.

მოსთვის ერთ-ერთი საავაჭრო ფირმისგან შეიძინა ჩინური თხის თმა და, ამ ფირმის მხრიდან გაფრთხილების მიუხედავად, წინასწარი დეზინფექციის გარეშე გადასცა მუშებს გადასამუშავებლად, რითაც დაარღვია სამუშაოს წარმოების დადგენილი წესი. ამის შედეგად ოთხი თანამშრომელი ქალი დაინფიცირდა ჯილეხის ჩხირებით, რასაც მათი სიკვდილი მოჰყვა. ექსპერტიზის დასკვნით დადგინდა, რომ დეზინფექციისთვის განკუთვნილი ის საშუალება, რომელიც უნდა გამოეყენებინათ, შეიძლებოდა ამ ჩხირების წინააღმდეგ არ ყოფილიყო ეფექტური საშუალება და მისი მეშვეობით შედეგის თავიდან აცილება მაინც ვერ მომხდარიყო.

შემთხვევა 4: *„ექიმის მიერ პაციენტის მიმართ კოკაინის გამოყენება“* [11]

ანესთეზიის მიზნით, ექიმმა ბავშვის ოპერაციის დროს იმ დროს მედიცინაში ნებადართული ნოვოკაინის ნაცვლად გამოიყენა კოკაინი. მან დაუშვა სამედიცინო შეცდომა, რის შედეგადაც პაციენტი გარდაიცვალა. შემდგომ დადგინდა, რომ პაციენტის ჯანმრთელობის მდგომარეობის გამო, ნოვოკაინის გამოყენებაც, რომლის უფლება ექიმს ჰქონდა, შესაძლებელია, სასიკვდილო შედეგის გამომწვევი ყოფილიყო.

ყველა ამ შემთხვევას აქვს შემდეგი საერთო დამახასიათებელი ნიშან-თვისებები: (ა) ბრალდებულებმა იმოქმედეს წინდახედულობის ვალდებულების საწინააღმდეგოდ; (ბ) სამართლებრივი სიკეთე დაზიანდა და ქმედების შემადგენლობით გათვალისწინებული შედეგი დადგა; (გ) ნებადართული მართლზომიერი ალტერნატიული ქცევის შემთხვევაში, შესაძლოა, ალბათობის ამა თუ იმ ხარისხით მაინც იგივე შედეგი დამდგარიყო.

აქედან გამომდინარე, ისმის კითხვა: წარმოდგენილ შემთხვევებში ჩადენილია თუ არა დანაშაული გაუფრთხილებლობითი სასიკვდილო შედეგით, თუ ბრალდებულები შედეგისათვის უპირობოდ უნდა გათავისუფლდნენ სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან, ან ხომ არ შეიძლება თითოეული ამ შემთხვევის დიფერენცირებული გადაწყვეტა იმის გათვალისწინებით, დადგენილი წესის შესაბამისი მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედების შემთხვევაში, თუ როგორი ალბათობის ხარისხით იყო შესაძლებელი შედეგის თავიდან აცილება?

ამ შემთხვევებიდან გამომდინარე, გერმანულ სასამართლო პრაქტიკას არ ჩამოუყალიბებია შეფასების ნათელი და ერთგვაროვანი კრიტერიუმები და არც სისხლის სამართლის დოგმატიკა არის ერთსულოვანი. მაგალითად, „ველოსიპედისტის“ პირველ შემთხვევაში, რომელიც წარმოადგენს „რისკის ამაღლების თეორიაზე“ გამართული დისკუსიის *leading-case*-ს[12], გერმანიის ფედერალ-

[11] *კლაუს როქსინი* მიუთითებს, რომ ეს გადაწყვეტილება არ არის გამოქვეყნებული. იხ. *C. Roxin,* ZStW 74 (1962), გვ. 412. *კლაუს ულსენჰაიმერთან* მითითებულია: RG HRR 1926, 1636 Nr. 2302.

[12] იხ. *C. Roxin,* ZStW 78 (1966), გვ. 220. *პუპე* წერს, რომ სასამართლოს ამ გადაწყვეტილებამ „შექმნა სისხლის სამართლის ისტორია“. მის საფუძველზე, გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ განავითარა თავისი ცნობილი მოძღვრება „წინდახედულობის ვალდებულების

ურმა სასამართლომ გაამართლა ბრალდებული, რადგან უარყო სატვირთო ავტომანქანის მძღოლის ქმედების დამდგარ შედეგთან სისხლისსამართლებრივი მნიშვნელობით მიზეზობრივი კავშირის არსებობა, უფრო სწორად, წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევით გამოწვეული კაუზალობა[13]. თავის დროზე *შპენდელმა*[14] და *კაუფმანმა*[15] სასამართლოს ამ გადაწყვეტილების მოტივაცია გააკრიტიკეს, თვითონ კი, განსხვავებული დასაბუთებებით სხვადასხვა შედეგამდე მივიდნენ: *შპენდელმა* მიიჩნია, რომ სახეზეა მძღოლის მიერ სიცოცხლის მოსპობა გაუფრთხილებლობით, ხოლო *კაუფმანი* ფიქრობდა, რომ ბრალდებული უნდა გათავისუფლებულიყო სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან. თავის დისერტაციაში *ულსენჰაიმერიც* მხარს უჭერს თვალსაზრისს, რომ ბრალდებული არ უნდა დასჯილიყო მტკიცებულების არარსებობის გამო.[16] ამის საწინააღმდეგოდ, *როქსინს* მიაჩნია, რომ გადაწყვეტილება იმაზე უნდა იყოს დამოკიდებული, ახლო მანძილიდან გასწრებამ სასიკვდილო შედეგის რისკი *in concreto* აამაღლა თუ არა.[17] ამასთან, მაგალითად, თუ ჩინური თხის თმის შემთხვევაში დადგინდებოდა, რომ წარმოებაში არსებული დეზინფიცირების საშუალება კონკრეტული ბაცილების წინააღმდეგ საერთოდ არ იმოქმედებდა, მაშინ რისკის არავითარ ამაღლებას არ ექნებოდა ადგილი.[18] წინააღმდეგ შემთხვევაში, თუ აუცილებელი მოქმედებით სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების საფრთხე მნიშვნელოვნად შემცირდებოდა, მაშინ სახეზე იქნებოდა კონკრეტული ქმედებით რისკის ამაღლება.

გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს იმის გარკვევას, თუ როგორი ფორმით ჩადენილად უნდა იქნეს მიჩნეული ზემოდასახელებული შემთხვევები: მოქმედებით თუ უმოქმედობით. მოქმედების შემთხვევაში, როგორც სწორად მიუთითებს *როქსინი*, საქმე არ გვექნება მიზეზობრიობის პრობლემასთან. ის, რომ მოქმედებით რისკის ამაღლების შემთხვევაში მიზეზობრივი კავშირი ეკვივალენტურობის (პირობათა) თეორიით სახეზეა, ეჭვს არ უნდა იწვევდეს. თუ მსხვერპლი მანქანის დაჯახების, მედიკამენტის მიღების, ჯილეხის ჩხირებით დაინფიცირების ან ინექციის შედეგად მოკვდება, ოთხივე ეს მოვლენა სიკვდილის მიზეზი იქნება. „კაუზალობა სისხლისსამართლებრივი მნიშვნელობით" ან, სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, „სამართლებრივად რელევანტური მიზეზობრიობა" სახეზეა.

შედეგის ნორმატიულად შერაცხვის თვალსაზრისით, რისკის რეალიზაციასთან მიმართებით ყველაზე უფრო საკამათოა საკითხი, პირს სამართლებრივად

დარღვევის კაუზალობაზე", ხოლო *როქსინმა* – „რისკის ამაღლების თეორია". შად. *I. Puppe,* Claus Roxin-FS, 2001, გვ. 287.

[13] შად. *I. Puppe,* Claus Roxin-FS, 2001, გვ. 287.

[14] იხ. *G. Spendel,* Eberhard Schmidt-FS, 1961, გვ. 183 ff.

[15] იხ. *Arthur Kaufmann,* Eberhard Schmidt-FS, 1961, გვ. 200 ff.

[16] იხ. *K. Ulsenheimer,* Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965.

[17] იხ. *C. Roxin,* ZStW 78 (1966), გვ. 220.

[18] იქვე, გვ. 221.

დასაძრახი რისკით გამოწვეული შედეგი ობიექტურად უნდა შეერაცხოს თუ არა, როცა მან თავისი ქცევით შედეგის დადგომის საფრთხე აამაღლა, ხოლო მის მიერ წინდახედულობის ვალდებულების შესაბამისი, ან სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედების შესრულების შემთხვევაში, შედეგის თავიდან აცილება, ალბათობის ამა თუ იმ ხარისხით, შეიძლება შესაძლებელი ყოფილიყო. რისკის რეალიზაციასთან დაკავშირებით არსებობს ნორმატიული შერაცხვის სხვადასხვა თეორია.

მოქმედებით ჩადენილი დელიქტებისგან განსხვავებით, უფრო მეტ დისკუსიას იწვევს უმოქმედობის შემთხვევები. კერძოდ, თუ მოქმედებით რისკის ამაღლების შემთხვევაში, პირობათა თეორიის მიხედვით, მიზეზობრივი კავშირი ყოველთვის სახეზეა (შედეგი ამა თუ იმ მოქმედებაში გამოხატულმა წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევამ გამოიწვია!) და შედეგის ობიექტური შერაცხვა (დადებითად თუ უარყოფითად!) ნორმატიულად უნდა გადაწყდეს (მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედებით შედეგი შეიძლება არ დამდგარიყო!), უმოქმედობის დროს რისკის ამაღლების თეორიით თვით ჰიპოთეტური, ანუ კვაზიმიზეზობრიობის დასაბუთება უნდა მოხდეს. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილი ამისათვის მოითხოვს იმის დადგენას, რომ *მოქმედებით შედეგი თავიდან იქნებოდა თუ არა აცილებული*. ალბათობის ხარისხზე კი, კანონმდებელი პირდაპირ არავითარ მითითებას არ აკეთებს.

„რისკის ამაღლება“ წარმოადგენს ქმედების ობიექტური შემადგენლობის პრობლემას, ამიტომ სამართლებრივად დასაძრახ რისკის მდგომარეობას ქმნის ნებისმიერი ის პიროვნება, რომელიც მოქმედებს მართლწინააღმდეგობის ან ბრალის გამომრიცხველი ამა თუ იმ გარემოების, მაგალითად, მართლზომიერი აუცილებელი მოგერიების ან საპატიებელი უკიდურესი აუცილებლობის ვითარებაში.

ქვემოთ ძირითადი ყურადღება გამახვილდება მიზეზობრივ კავშირსა და შედეგის ობიექტურ შერაცხვაზე სწორედ რისკის ამაღლების თეორიის კუთხით, კერძოდ, წარმოადგენს თუ არა დაცული სამართლებრივი სიკეთისათვის საფრთხის მდგომარეობის ამაღლება სამართლებრივად დასაძრახი რისკის რეალიზაციას, თუ შედეგი დადგა და არის თუ არა იგი მოქმედების დროს შედეგის ობიექტური შერაცხვის, ხოლო უმოქმედობისას კვაზიმიზეზობრიობის დადგენის საკმარისი წინაპირობა. ამასთან, განხილულ იქნება მიზეზობრიობისა და შედეგის ობიექტური შერაცხვის ურთიერთმიმართება — ქმედებასა და შედეგს შორის ფაქტობრივი და ნორმატიული კავშირი. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ზოგჯერ ძნელია ამა თუ იმ ქმედებისათვის იმ კვალიფიკაციის მიცემა, ჩადენილია იგი მოქმედებით თუ უმოქმედობით. ამიტომ, სათანადო მაგალითების მოყვანით, ქვემოთ ასევე ყურადღება გამახვილდება ამ ორი კატეგორიის ურთიერთგამიჯვნაზე.

2. შედეგის ობიექტური შერაცხვა სისხლის სამართალში

2.1. მიზეზობრიობა და შედეგის ობიექტური შერაცხვა

სისხლის სამართალში პირის დასჯადობა ყოველთვის მოითხოვს მის მიერ ქმედების ობიექტური შემადგენლობის განხორციელების დადგენას. შედეგგარეშე (ფორმალური) დელიქტების დროს, იმ საკითხის გარკვევა, პირმა სრულად განახორციელა თუ არა სისხლის სამართლის კანონით გათვალისწინებული ქმედების ესა თუ ის შემადგენლობა, დიდ სიძნელესთან არ არის დაკავშირებული. კანონში აღწერილია, თუ რომელი ქმედების ჩადენა წარმოადგენს დანაშაულს. შესაბამისად, უნდა მოხდეს მხოლოდ ჩადენილი ქმედების სუბსუმცია კანონში მითითებული ამა თუ იმ ქმედების შემადგენლობის ნიშნების ქვეშ. მაგალითად, საქართველოს სსკ-ის 370-ე მუხლის ქმედების ობიექტურ შემადგენლობას ახორციელებს ის, ვინც მოწმის სტატუსით ცრუ ჩვენებას მისცემს. ასეთ შემთხვევაში ქმედების შემადგენლობის განხორციელებისათვის შედეგის დადგომა არ არის რელევანტური. შედეგიან დელიქტებში კი, ქმედების ობიექტური შემადგენლობის განხორციელებისათვის, ქმედებასთან ერთად, მნიშვნელოვანია შედეგისა და მიზეზობრივი კავშირის დადგენა. საბოლოოდ კი, პირი მხოლოდ მაშინ აგებს პასუხს შედეგისათვის, როცა დამდგარი შედეგი, როგორც თავისი „ინდივიდუალური ქმედების პროდუქტი", ობიექტურადაც შეერაცხება.

ამრიგად, *მიზეზობრივი კავშირი* და *ობიექტური შერაცხვა* შედეგიანი დელიქტებისთვის ქმედების ობიექტური შემადგენლობის ორი უმნიშვნელოვანესი კატეგორიაა. ობიექტური შერაცხვის სისხლისსამართლებრივი კატეგორიის მიხედვით, ქმედების ობიექტური შემადგენლობის ეტაპზე შერაცხვის პრობლემები ნორმატიულად წყდება. ქმედებასა და შედეგს შორის მიზეზობრივი კავშირის არსებობის მიუხედავად, პიროვნებას შეიძლება ობიექტურად მაინც არ შეერაცხოს დამდგარი შედეგი, მაშინ როდესაც მიზეზობრივი კავშირის დადგენის გარეშე შედეგის ობიექტური შერაცხვა ვერ მოხდება.

თანამედროვე სისხლის სამართლის დოგმატიკის განვითარების შედეგად, შედეგიან დელიქტებში მოქმედებასა და შედეგს შორის კავშირი *ორ საფეხურად* უნდა დადგინდეს: პირველ საფეხურზე უნდა შემოწმდეს *ბუნებრივი* კაუზალობა ქმედებასა, რომელიც გაუფრთხილებლობის დროს წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევაში გამოიხატება, და დამდგარ შედეგს შორის, ხოლო ამის შემდეგ, მეორე ეტაპზე, უნდა გაირკვეს, პირის ქმედებისგან გამომდინარე შედეგი მას ობიექტურად *ნორმატიულადაც* უნდა შეერაცხოს თუ არა. მაშინ როდესაც კაუზალობის დადგენა სპეციალურ სამართლებრივ ცოდნას არ მოითხოვს, რადგან იგი წარმოადგენს „სპეციალისტის პროფესიულ შეფასებას"[19] და შეიძლება ემპირიული დაკვირვებითა და ბუნების კანონების გამოყენებით დადგინდეს

[19] იხ. *H.-H. Jescheck/T. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, გვ. 283.

(მოვლენათა „კაუზალური ახსნისათვის საჭიროა ბუნების კანონები"[20]), მისგან განსხვავებით, ობიექტური შერაცხვა წარმოადგენს შეფასებით-სამართლებრივ კატეგორიას. შედეგის ობიექტური შერაცხვა ნიშნავს იმას, რომ პირს თავისი ქცევით გამოწვეული შედეგი ასევე ნორმატიულადაც, როგორც „საკუთარი ქმნილება", ე.ი. როგორც პერსონალური უმართლობა უნდა შეერაცხოს და იგი არ უნდა წარმოადგენდეს ადამიანის ნების ბატონობის გარეშე მომხდარ უბედურ შემთხვევას.[21]

მაშასადამე, შედეგის ობიექტური შერაცხვა მოითხოვს ფაქტობრივი და ნორმატიული კავშირების დადგენას ქმედებასა (გაუფრთხილებლობის დროს წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევასა) და შედეგს შორის.

2.11. ქმედებასა და დამდგარ შედეგს შორის ფაქტობრივი კავშირი

სისხლის სამართლის სასამართლო პრაქტიკასა და დოგმატიკაში არსებობს აზრთა ერთიანობა იმის შესახებ, რომ მიზეზობრივი კავშირი არის ფაქტობრივი კავშირი მოქმედებასა და დამდგარ შედეგს შორის, რომელიც უკვე რამდენიმე ათეული წელია დგინდება *კარლ-ქრისტოფ შტიუბელის*[22] მიერ XIX საუკუნის დასაწყისში დაფუძნებული და *იულიუს გლაზერისა*[23] და *მაქსიმილიან ფონ ბურის*[24] მიერ განვითარებული ეკვივალენტურობის თეორიის მიხედვით.[25] იგი არის პირობათა თეორია, რომელიც ახდენს მიზეზთა და პირობათა მხოლოდ იდენტიფიკაციას და მიიჩნევს მათ, როგორც თანაბარმნიშვნელოვანს შედეგისათვის.[26] ამ თეორიის კრიტიკა გამოიწვია სწორედ იმან, რომ იგი ზუსტად ვერ განსაზღვრავს შედეგისათვის რელევანტურ პირობებს, არამედ ამ თეორიით იმ პირობათა რაოდენობა, რომლებიც შედეგთან მიზეზობრივ კავშირში შეიძლება იყოს, ერთი მხრივ, უსაზღვროა, ხოლო, მეორე მხრივ, პირიქით, ჰიპოთეტური და ალტერნატიული მიზეზობრიობების დროს, ძალზე ვიწრო.[27] მაგალითად, ა.-ს

---

[20] იხ.: *U. Schroth,* Vorsatz und Irrtum, 1998, გვ. 95; *K. Kühl,* Strafrecht, AT, 6. Aufl., 2008, გვ. 19.

[21] შეად. *K. Kühl,* AT, 6. Aufl., 2008, გვ. 18.

[22] იხ. *C.-Ch. Stübel,* Über den Tatbestand der Verbrechen, 1805, §§ 96, 137, 153.

[23] იხ. *J. Glaser,* Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, 1858.

[24] იხ.: *M. v. Buri,* Über Causalität und deren Verantwortung, 1873; *M. v. Buri,* Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885.

[25] ლიტერატურაში (*იეშეკი, იაკობსი, ვეზელსი* და სხვ.) მიუთითებენ, რომ ამ თეორიის ფუძემდებელია *იულიუს გლაზერი.* უფრო სწორი უნდა იყოს აქ გაკეთებული მითითება, რადგან მან ჩამოაყალიბა მხოლოდ *conditio-sine-qua-non*–ფორმულა. ამის შესახებ იხ.: *L. Schulz,* Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung, წიგნში: *W. Lübbe* (Hrsg.), Kausalität und Zurechnung, 1994, გვ. 54; *H. Otto,* JURA 1992, გვ. 92.

[26] იხ. *H. Otto,* JURA 1992, გვ. 92. უფრო შეზღუდულად უდგება ამ საკითხს *შტრატენვერტი,* რომელიც მიიჩნევს, რომ ყველა პირობა შედეგისათვის არის რელევანტური, მაგრამ არა თანაბარი რელევანტურობის მქონე. შეად. *L. Schulz,* Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung, წიგნში: *W. Lübbe* (Hrsg.), Kausalität und Zurechnung, 1994, გვ. 54.

[27] შეად.: *K. Engisch,* Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, გვ. 15

ქმედებამ გამოიწვია ბ.-ს სიკვდილი ისეთი მოქმედებით, რომელსაც ბ.-ს რომ არ ჩაედინა, თვითონ ა. მაინც განახორციელებდა და მოკვდებოდა. ეკვივალენტურობის თეორიის სიტყვასიტყვითი გაგებით, ბ.-ს მოქმედება არ არის ა.-ს სიკვდილთან მიზეზობრივ კავშირში, რადგან შედეგი მისი მოქმედების გარეშე მაინც დადგებოდა.

ამ პრობლემის გადასაჭრელად, სისხლის სამართლის დოგმატიკაში რამდენიმე ათეული წლის წინ (1931) *კარლ ერგიშის* მიერ *conditio-sine-qua-non*–ფორმულის ნაცვლად ჩამოყალიბდა „კანონზომიერი პირობის ფორმულა", რომელსაც უნდა აღმოეფხვრა მიზეზობრივი კავშირის დადგენისას პირობათა თეორიის ნაკლოვანებები. იგი მიზნად ისახავდა *conditio-sine-qua-non*–ფორმულის არა განვრცობას, არამედ ჩანაცვლებას.[28]

conditio-sine-qua-non – ფორმულა, როგორც კაუზალობის მოდელი, სინამდვილეში არის მხოლოდ ერთ-ერთი ისეთი ინსტრუმენტი, რომელსაც იურისტი იმისთვის იყენებს, რათა მოახდინოს შედეგთან კავშირში მყოფი ყველა პირობის იდენტიფიკაცია, რომლის გარეშეც ამჯერად ეს შედეგი არ დადგებოდა. შემდგომ, თავის დროზე სისხლის სამართალში განვითარებული ადეკვატურობის თეორიის დამსახურებაა ის, რომ ეკვივალენტურ პირობათა უსასრულობიდან გამოირიცხოს ისეთი პირობები, რომლებიც სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებისთვის ატიპურია. გამორიცხვის ამ მეთოდზე გამოთქმულია კრიტიკა იმის გამო, რომ ზოგადი ცხოვრებისეული გამოცდილებიდან გამომდინარე, არსებობს ატიპური კაუზალური მოვლენები, რომლებმაც შეიძლება სამართლებრივი სიკეთის მძიმე დაზიანებები გამოიწვიოს. სწორედ ამიტომ, ასეთ პირობათა ელიმინაცია მოითხოვს დასაბუთებას და არა უპირობო გამორიცხვას. გარკვეული კრიტიკა არსებობს რელევანტურობის თეორიის მიმართაც, რომ ამ თეორიის მიმდევრებმა ვერ შეძლეს საკმარისად კონკრეტულად ჩამოეყალიბებინათ მიზეზობრიობის დადგენისათვის რელევანტური პრინციპები.[29]

ენგიშის მიერ ჩამოყალიბებული „კანონზომიერი პირობის" ფორმულა შეეცადა, აღმოეფხვრა *conditio-sine-qua-non* – ფორმულის ხარვეზი. ამ კორექტურის შედეგად, მოკლე ფორმულირებით, პირობათა თეორიის გაგებით, ქმედება მაშინ არის შედეგისათვის კაუზალური, როცა ესა თუ ის კონკრეტული შედეგი ამ ქმედებასთან გარე სამყაროში მთელი რიგი, დროში შემდგომი ცვლილებებით კანონზომიერად არის დაკავშირებული.[30] *ენგიშის* არგუმენტაცია ეფუძნება ადეკვატურობის თეორიას, რომლის მიხედვით, მოქმედება მაშინ არის ადეკვატურად

---

ff.; *Arthur Kaufmann,* Eberhard Schmidt-FS, 1961, გვ. 208 ff.; *I. Puppe,* ZStW 92 (1980), გვ. 877; *H. Otto,* JURA 1992, გვ. 92.

[28] შად. *K. Engisch,* Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, გვ. 17 ff.

[29] იხ. *Arthur Kaufmann,* Eberhard Schmidt-FS, 1961, S. 210; *H. Otto,* JURA 1992, გვ. 93.

[30] ასევე ავსტრიულ სისხლის სამართალში, *ენგიშის* თეორიაზე დაყრდნობით, განვითარდა კანონზომიერი პირობის თეორია. იხ. *M. Burgstaller,* Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, გვ. 93.

კაუზალური შედეგის დადგომისათვის, როცა მან შედეგის დადგომის ალბათობა გენერალურად, ე.ი. ზოგადი ცხოვრებისეული გამოცდილებიდან გამომდინარე, აამაღლა. ამასთან, ადეკვატურობის თეორიას იგი ყოფს ორ განსჯის ეტაპად. პირველი ადეკვატური შეფასება უნდა მოხდეს *ex-ante* (წინასწარი), ხოლო მეორე *ex-post* (შემდგომი) პერსპექტივიდან გამომდინარე. პირველი წარმოადგენს სამართლებრივად დასაძრახი რისკის მდგომარეობის შექმნის წინაპირობას, ხოლო მეორე ასაბუთებს საფრთხის კონკრეტულ შედეგში რეალიზაციას.

როქსი[31] მიაჩნია, რომ არც „კანონზომიერი პირობის" ფორმულა იძლევა ამომწურავ შინაარსობრივ ინფორმაციას განსაზღვრულ ქცევასა და დამდგარ შედეგს შორის მიზეზობრივი კავშირის არსებობის შესახებ. იგი მოითხოვს რელევანტური მიზეზობრივი კავშირის ცოდნას, რომელიც წარმოადგენს შედეგის გამომწვევ კანონზომიერ პირობას. მისი აზრით, ამ ფორმულის უპირატესობა უფრო პედაგოგიური ხასიათისაა და მდგომარეობს იმაში, რომ აუცილებელი კანონზომიერი კავშირის შემოწმებაზე პირდაპირ მიუთითებს. კანონზომიერი კავშირი უნდა დადგინდეს საფეხურებრივი შემოწმების პროცესით. ამ დროს ხდება ორი საკითხის დადგენა: თავდაპირველად უნდა იქნეს გამოკვლეული, ამა თუ იმ რელევანტურ შემთხვევაში, საერთოდ, არსებობს თუ არა კაუზალური კავშირი, ე.ი. მეცნიერულად დასაბუთებული, ავტორიტეტულ პროფესიონალთა წრეში საყოველთაოდ აღიარებული ბუნებრივი კანონზომიერება (ე.წ. გენერალური მიზეზობრიობა). მხოლოდ ამის შემდეგ უნდა დადგინდეს, რამდენად შესაძლებელია ამა თუ იმ კონკრეტული ფაქტობრივი ვითარების კაუზალობის ამა თუ იმ კანონის ქვეშ სუბსუმცია (ე.წ. კონკრეტული მიზეზობრიობა).

სამართლებრივად უპრობლემოა კაუზალობის დადგენა იქ, სადაც მიზეზობრივი კავშირი განსაზღვრულ მოვლენასა და შედეგს შორის აშკარაა, მაგრამ პრობლემატური ხდება მაშინ, როცა მიზეზობრივი კავშირის ჯაჭვის განვითარების დადგენა კონკრეტულ დეტალებში ვერ ხერხდება. ასე რომ, პრაქტიკული გამოცდილებით მიღებული და აღიარებული ცოდნით მიზეზობრივი კავშირი შეიძლება დამტკიცდეს გენერალურად, მაგრამ მოვლენათა განვითარების არსი შეიძლება კონკრეტულად ვერ იქნეს ახსნილი. ამასთან დაკავშირებით, პრობლემურია, როგორ უნდა გადაწყდეს საკითხი, როცა მიზეზობრივი კავშირი ექსპერტთა დასკვნაში დადასტურებულია ისე, რომ შეუძლებელია კონკრეტული კავშირი ცალკეულ დეტალებში იქნეს დადგენილი. გერმანიის ფედერალური სასამართლო „ტყავის საწმენდი სითხის" საქმეზე გამოტანილ განაჩენში[32] მივიდა დასკვნამდე, რომ მიზეზობრივი კავშირის დასადგენად საკმარისია, როცა კავშირი, როგორც ასეთი, გენერალურად დამტკიცებულია მაშინაც კი, როცა შეუძლებელია მისი ცალკეულ დეტალებში ახსნა. ამ შემთხვევაში შეიძლება ადგილი ჰქონდეს კაუზალური მოქმედებების სახისა და არსის არცოდნას. მიზეზობრივი კავშირის

[31] იხ. *H. Otto*, JURA 1992, გვ. 94.
[32] იხ. BGHSt 37, გვ. 106.

დასამტკიცებლად სასამართლომ წინაღობად არ მიიჩნია ის, რომ შესაძლებელი ვერ გახდა საბუნებისმეტყველო მეცნიერებათა სიზუსტით იმ ნივთიერების ან ნივთიერებათა კომბინაციის იდენტიფიკაცია, რამაც უშუალოდ გამოიწვია ჯანმრთელობისათვის საზიანო დაზიანება. შემადგენელ ნივთიერებათა დადგენისას, მათი ქიმიური კომბინაციის ცოდნა და ტოქსიკური ზემოქმედების აღწერილობა არ არის აუცილებელი, თუ სამართლებრივად უშეცდომოდ იქნება დადგენილი, რომ პროდუქტის შინაარსობრივი შემადგენლობა, მისი კონკრეტული ახსნის გარეშე, ზიანისათვის კაუზალური იყო. მიზეზობრივი კავშირის დადგენისათვის არ არის აუცილებელი ასევე, იმის დადგენა, თუ რატომ შეიძლებოდა ნივთიერებათა ესა თუ ის შემადგენლობა ზიანისათვის კაუზალური ყოფილიყო, მაშასადამე, საბუნებისმეტყველო ანალიზისა და ცოდნის მიხედვით, თუ რა იყო შედეგის კონკრეტული მიზეზი.[33] იქ, სადაც მიზეზობრიობა სხვაგვარად ვერ დგინდება, შესაძლებელია ზიანის გამომწვევი ყველა სხვა შესაძლო მიზეზის გამორიცხვა სამართლებრივი შეცდომისგან თავისუფალი მტკიცებულებათა შეფასების წესების გამოყენებით.[34] მიზეზობრივი კავშირის ასეთი შეზღუდვა აუცილებელი მტკიცების პროცესით კაუზალობის ეფექტურობის დასადგენად, ისე რომ კავშირის არსი ყველა ცალკეულ დეტალში არ იყოს ახსნილი, თანამედროვე სისხლის სამართალში მიღებულია. მთავარია, რომ კავშირი მეცნიერულად გენერალურად იქნეს დასაბუთებულად მიჩნეული.

ენგიშმა წამოაყენა მიზეზობრიობის ახსნის დედუქციურ-ნორმოლოგიური მოდელი, *ჰემპელ-ოპენჰაიმის* სქემის *(Hempel-Oppenheim-Schema)* გაგებით, როგორც უნივერსალურად მოქმედი ფორმულა.[35] იგი განსხვავდება იმ შეხედულებებისაგან, რომლებიც ამტკიცებენ ინტერპრეტაციულ ჰუმანიტარულ მეცნიერებათა მეთოდოლოგიურ თვითმყოფადობას და მიაჩნიათ, რომ მოქმედებები არა კაუზალურად ახსნილი, არამედ მხოლოდ ტელეგოლოგიურად უნდა იქნეს ინტერპრეტირებული.[36]

კანონზომიერი პირობის თეორიის სისხლის სამართალში კაუზალობის უნივერსალურ თეორიად აღიარება იწვევს გარკვეულ კრიტიკას.[37] ასეთი კრიტიკა არ ნიშნავს იმას, რომ იგი გამოუსადეგარია აუცილებელი კავშირის დასადგენად განსაზღვრულ მოქმედებასა და შედეგს შორის, არამედ საჭიროა მისი განვრცობა ფსიქიკურ სფეროში. ამ სფეროში დიდი ხანია მოითხოვება მიზეზობრივი კავშირის არსებობის დადგენა არა მოვლენათა კანონზომიერი თანმიმდევრობის

---

[33] იხ. *L. Kuhlen,* Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, გვ. 69 f., 72.

[34] იხ. BGHSt 37, გვ. 112. კრიტიკა: *E. Samson,* StV 1991, გვ. 183.

[35] ასეთი სქემა შემუშავებულ იქნა *კარლ გუსტავ ჰემპელისა* და *პაულ ოპენჰაიმის* მიერ. შეად. *L. Schulz,* Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung, წიგნში: *W. Lübbe* (Hrsg.), Kausalität und Zurechnung, 1994, გვ. 54 f.

[36] იხ. *H. Koriath,* Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität, 1988, გვ. 217.

[37] იხ.: *M. Kahlo,* GA 1987, გვ. 69 ff.; *H. Koriath,* Kausalität, 1988, გვ. 224; *I. Puppe,* ZStW 95 (1983), გვ. 297 ff.

დადგენის სახით, არამედ მოტივაციური კავშირის დადგენით. აქ საკმარისია იმის მტკიცება, რომ მოვლენა, როგორც პირის მოქმედების მოტივი, როგორც საკმარისი პირობა, დადასტურებულია.[38]

მოქმედებასა და შედეგს შორის *ფაქტობრივ* კავშირთან დაკავშირებით სისხლის სამართლის ლიტერატურაში გაკეთებულია შემდეგი დასკვნები:[39]

(ა) გადამწყვეტია არა ის გარემოება, რომ ესა თუ ის კონკრეტული შედეგი კონკრეტული მოქმედების გარეშე დადგებოდა თუ არა, არამედ მნიშვნელოვანია, რომ კონკრეტული მოქმედება კონკრეტულ შედეგში რეალურად იქნა თუ არა განხორციელებული;

(ბ) ფაქტობრივი კავშირი დგინდება არა მხოლოდ იმით, რომ მოქმედებასა და შედეგს შორის ბუნების კანონების შესაბამისი კავშირი არსებობს. ეს საჭიროა მხოლოდ ფიზიკურ სფეროში, ხოლო ფსიქიკურ სფეროში უნდა დადგინდეს ამა თუ იმ ქცევის ფაქტობრივი ეფექტი განსაზღვრული პირის კონკრეტული მოქმედებისათვის, როგორც რეალურად მიმდინარე მოტივაციის პროცესი;

(გ) მნიშვნელოვანია ფაქტობრივი მიზეზობრივი კავშირი, შესაბამისად, მოტივაციის პროცესი. თუ დადგინდება ამისათვის აუცილებელი რეალური კავშირი, ფაქტობრივი შერაცხვა იმით არ გახდება შეუძლებელი, რომ იგივე შედეგი იმავე დროს სხვა გარემოებებითაც შეიძლებოდა დამდგარიყო, პირს რომ არ გამოეწვია იგი;

(დ) იმავე საფუძვლით, ფაქტობრივი კავშირი ასევე ე.წ. გამსწრები მიზეზობრიობის დროსაც არსებობს. რეალურად არსებული კაუზალობა არ გადაიფარება იმით, რომ ამ კავშირის გარეშეც იგივე შედეგი სხვა მიზეზით, მაგრამ დროში უფრო გვიან, მაინც დადგებოდა. მნიშვნელოვანია შედეგი თავისი კონკრეტული ფორმით. მაგალითად, ა.-მ ცეცხლი წაუკიდა სახლს ბ.-ს მოკვლის განზრახვით, რასაც შედეგი მოჰყვა. ა.-მ არ იცოდა, რომ ამ შენობაში გ.-ს დადებული ჰქონდა ბომბი, რომელიც ცოტა მოგვიანებით იმავე შედეგს გამოიწვევდა. ა. მაინც დაისჯება დამდგარი შედეგისათვის;

(ე) ფაქტობრივი კავშირი არსებობს ე.წ. ალტერნატიული მიზეზობრიობის დროსაც, როდესაც რამდენიმე, ერთმანეთისაგან დამოუკიდებლად წარმოშობილი პირობა ერთობლივად მოქმედებს, რომელთაგან ცალკე აღებული ერთი პირობაც საკმარისი იქნებოდა იმავე შედეგის მისაღწევად, მაგრამ ისინი ყველა დამდგარ შედეგში ერთობლივად იქნა რეალიზებული. ამ სიტუაციისგან უნდა განვასხვაოთ ე.წ. კუმულაციური მიზეზობრიობა, რა დროსაც ორი ან მეტი პირობის ეფექტურობა შედეგისათვის არ არის ეჭვქვეშ, მაგრამ სხვადასხვა მოქმედების ჩამდენ პირთათვის შედეგის ობიექტური შერაცხვა ვერ მოხდება, რადგან ადგილი აქვს მნიშვნელოვან, წინასწარ განუჭვრეტად გადახრას მიზეზობრივი კავშირის ჯაჭვის განვითარებაში.

---

[38] იხ. *H. Otto,* JURA 1992, გვ. 95.

[39] იხ. *H. Otto,* JURA 1992, გვ. 95 f.

2.1.2. ქმედებასა და დამდგარ შედეგს შორის ნორმატიული კავშირი

იმის დადგენა, რომ პირის განსაზღვრული მოქმედება კონკრეტულ შედეგთან მიზეზობრიე კავშირშია, არ არის საკმარისი პირობა, რომ მას ეს შედეგი, როგორც თავისი „საკუთარი ქმნილება" ობიექტურადაც შეერაცხოს. ფაქტობრივი კავშირის დადგენა არის მხოლოდ აუცილებელი, მაგრამ ჯერ კიდევ არასაკმარისი პირობა შედეგის შერაცხვისათვის. სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დგება არა უბრალოდ შედეგის დადგომისათვის, არამედ სამართლებრივად დასაძრახი საფრთხის დაფუძნების ან ამაღლებისათვის, რომელსაც შეუძლია შედეგში რეალიზაცია.[40] უმოქმედობის დროს საფრთხის დაფუძნებასა და ამაღლებას შეესაბამება საფრთხის თავიდან არაცილება ან საფრთხის არშემცირება, რომელიც შედეგში შეიძლება იქნეს რეალიზებული, რომელიც პირს, როგორც გარანტს, ვალდებული იყო, აღეკვეთა. სადავოა საკითხი, პასუხისმგებლობა შეუძლია დააფუძნოს მხოლოდ ზიანის თავიდან აცილების უტყუარი შესაძლებლობის დადგენას, თუ საკმარისია, რომ პირის მიერ ზიანის შემცირების შესაძლებლობა მხოლოდ სავარაუდო იყოს.[41]

გაბატონებული შეხედულებით, ობიექტურად შერაცხადია ადამიანური ქცევით გამოწვეული უმართლობის შედეგი მხოლოდ მაშინ, როცა ეს ქცევა შედეგის დადგომისათვის სამართლებრივად დასაძრახ საფრთხის მდგომარეობას შექმნის და ეს საფრთხე ასევე კონკრეტული შედეგის გამომწვევ მოვლენაში რეალურად იქნება განხორციელებული.[42] ოტო მიუთითებს, რომ ეს არის ობიექტურად შედეგის შერაცხვიდან ნაბიჯი შედეგის ობიექტური შერაცხვისაკენ, რომელიც უფრო ფართოა და წარმოადგენს მართლსაწინააღმდეგო შედეგის შერაცხვას, ე.ი. ნაბიჯი ქმედების შედეგის შერაცხვიდან უმართლობის შედეგის შერაცხვისაკენ. მისი აზრით, ობიექტური შერაცხვის მოძღვრების მიერ მართლწინააღმდეგობის შემოწმების მთავარი საკითხი მხოლოდ იმაში მდგომარეობს, რომ პირმა თავისი ქცევით ხომ არ შექმნა მართლზომიერი რისკის წინმსწრები აკრძალული, სამართლებრივად დასაძრახი რისკის მდგომარეობა და ქმედების შემადგენლობის ეტაპზე არ ხდება იმის შემოწმება, ხომ არ არის სახეზე მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი ესა თუ ის გარემოება.[43]

მაშასადამე, ქმედების შემადგენლობით გათვალისწინებული შედეგის შერაცხვა უმართლობის შედეგის შერაცხვად იქცევა ისე, რომ მთლიანი უმართლობის შემოწმება ჯერ კიდევ არ ხდება. ეს ნიშნავს იმას, რომ შედეგის ობიექტური შერაცხვისათვის ქმედების ობიექტური შემადგენლობის გარეთ არსებული უმართ-

[40] იხ.: *G. Stratenwerth,* Wilhelm Gallas-FS, გვ. 238; *H. Otto*, Reinhart Maurach-FS, 1972, გვ. 101.

[41] იხ. *J. Brammsen,* MDR 1989, გვ. 123 ff.

[42] იხ.: *H.-H. Jescheck*, AT, 5. Aufl., 1996, გვ. 287; *I. Puppe*, JuS 1982, გვ. 660; *C. Roxin*, Richard M. Honig-FS, 1970, გვ. 135 ff.

[43] იხ. *H. Otto*, JURA 1992, გვ. 97.

ლობის სხვა ელემენტები შეიძლება მნიშვნელოვანი იყოს მხოლოდ ფრაგმენტარულად.

2.2. შერაცხვის ვოლუნტატიური მოდელიდან შერაცხვის ნორმატიული მოდელისაკენ

სისხლის სამართალში ობიექტური შერაცხვის მოძღვრებას ზოგადად სათავე დაუდო ჯერ კიდევ XIX საუკუნიდან მომდინარე მოქმედების ნატურალისტურმა თეორიამ, რომელმაც დანაშაულის ე.წ. კლასიკურ სისტემაში პოვა თავისი ადგილი. მთავარი პრობლემა, რომელიც იმთავითვე წარმოიშვა და სხვადასხვა თეორიული თვალთახედვიდან გამომდინარე, განსხვავებულად განიხილება, არის იმ საკითხის გარკვევა, წარმოადგენს თუ არა და რა შემთხვევაში ამა თუ იმ მოქმედებით გამოწვეული შედეგი უმართლობას. ამასთან, მოქმედების ნატურალისტური თეორიის წინააღმდეგ ჩამოყალიბებული თვალსაზრისები ძირითადად იყოფა ორ ჯგუფად, რომელთაგან ერთი ვოლუნტატიური, ხოლო მეორე ნორმატიული შერაცხვის მოდელის სახელით არის ცნობილი.[44]

2.2.1. შერაცხვის ვოლუნტატიური მოდელი

„ვოლუნტატიური შერაცხვა" წარმოადგენს ყველა იმ თეორიის გვარეობით ცნებას, რომელთა შერაცხვის საფუძველს პირის თავისუფალი ნება წარმოადგენს. იგი ძირითადად ჩამოყალიბდა სამი სხვადასხვა შეხედულების სახით.[45] ესენია: ვოლუნტატიური შერაცხვის *ობიექტური თეორია (ლარენცი*[46] *და ჰონიგი*[47]), მოქმედების *ფინალური თეორია (ველცელი*[48]) და შერაცხვის *განსაკუთრებული თეორია (ჰრუშკა*[49] *და ქინდჰოიზერი*[50]). ამ თეორიებს შორის მნიშვნელოვანი საკამათო თემა არის ის, თუ რა წარმოადგენს შერაცხვის საფუძველს: პირის კონკრეტული ნება თუ მისი ნებისგან დამოუკიდებელი აბსტრაქტული ნება. ერთი წარმოადგენს ობიექტურ თეორიას, რადგან იგი ინდივიდუალურ ნებას არ ეფუძნება, ხოლო მეორე ორიენტირებულია პირის ინდივიდუალურ შესაძლებლობებზე და ამიტომ „სუბიექტურ" თეორიას წარმოადგენს. განსაკუთრებული თეორია კი წარმოადგენს გაუფრთხილებლობის შერაცხვის დასაბუთებას.

ვოლუნტატიური შერაცხვის ობიექტური თეორია *ლარენცმა* განავითარა

---

[44] შეად. *Ch. Hübner,* Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, 2004, გვ. 46 ff., 125 ff.

[45] შეად. იქვე, გვ. 46 ff.

[46] იხ. *K. Larenz,* Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927, ხელახლა გამოიცა 1970, გვ. 60 ff.

[47] იხ. *R. Honig,* Reinhard Frank-FG, 1930, Bd. I, გვ. 178 f., 183.

[48] იხ. *H. Welzel,* Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935, გვ. 77 ff.

[49] იხ.: *J. Hruschka,* ZStW 96 (1984), გვ. 661 ff.; *J. Hruschka,* Paul Bockelmann-FS, 1979, გვ. 421.

[50] იხ. *U. Kindhäuser,* Gefährdung als Straftat, 1989, გვ. 41.

ჰეგელის ფილოსოფიაზე დაყრდნობით, რომელიც *ჰონიგმა* სისხლის სამართლის მეცნიერებაში გადმოიტანა. ეს თეორია, კაუზალობასთან ერთად, შერაცხვას რეალურად დამდგარი შედეგის სამართლებრივი განსჯის წინაპირობად მიიჩნევს. *ველცელმა*, თავის მხრივ, განავითარა მოქმედების ფინალური მოძღვრება. განსხვავებული დოგმატიკური დასაბუთებების მიუხედავად, ამ სამ თვალსაზრისს ის საერთო აქვს, რომ ადამიანურ მოქმედებას ნების გამოვლინებად, თავისუფალი ნების საფუძველზე დასახული მიზნის რეალობაში განხორციელებად ქცევად მიიჩნევს. ადამიანის მიზნისკენ მიმართული ნება გარეშე, შემთხვევით მოვლენებს აკავშირებს მოქმედ პირთან. ამ კავშირის მეშვეობით დამდგარი შედეგი არის არა კაუზალური შემთხვევითობა, არამედ პირის მიერ ნებელობით განხორციელებული ქცევა. ამ თავისუფალ ნებაზე დაფუძნებული მორალური თვისების საფუძველზე ფასდება მოქმედება სამართლებრივად. ამ თვალსაზრისების საერთო მიზანია პერსონალური უმართლობის ცნების დასაბუთება.

იმისათვის, რომ ქმედების შემადგენლობით გათვალისწინებული შედეგი უმართლობად იქნეს შეფასებული, თავდაპირველად *ჰონიგს* აინტერესებს მოქმედების „ობიექტური მიზანმიმართულება" შედეგთან მიმართებაში. ამით მას უნდა, *ლარენცის* მსგავსად, შედეგი, როგორც პირის ნებაზე დამოკიდებული ქმნილება, სამართლებრივი შეფასების სფეროში შემოიტანოს. *ჰონიგისგან* განსხვავებით, *ველცელი* „მიზანმიმართულების" შერაცხვის ვოლუნტატიური კრიტერიუმიდან ავითარებს არა ობიექტური შერაცხვის მოძღვრებას, არამედ მოქმედების ფინალურ მოძღვრებას.[51] იგი შედეგს მიიჩნევს დასჯადობის ობიექტურ პირობად და გაუფრთხილებლობითი დელიქტის სიმძიმის ცენტრი გადააქვს ქმედების უმართლობაზე.[52] ფინალურობისა და განზრახვის იდენტურობის გამო, ფინალისტები განზრახვის სფეროში ძირითადად უარყოფენ ობიექტური შერაცხვის მოძღვრებას.[53] შერაცხვის განსაკუთრებული თეორია განავითარეს *ჰრუშკამ* და *ქინდჰოიზერმა*.[54] ისინი, თავისუფალი ნების გვერდით, შერაცხვის განსაკუთრებულ საფუძვლად მიიჩნევენ *actio libera in causa*-ს სამართლებრივ ფიგურას: ქმედების გამოწვევის დროს პირი ჯერ კიდევ თავისუფალი ნების საფუძველზე მოქმედებდა, მაგრამ არა მოგვიანებით თვით ამ აქტის ჩადენის დროს. მას უნდა შეერაცხოს შედეგი არა მხოლოდ მაშინ, როცა იგი შედეგის მიმართ ნების თავისუფლების საფუძველზე მოქმედებს *(actio libera in se)*, არამედ მაშინაც, როცა მან თავისი თავი თავისუფალი ნებით შედეგის მიმართ არათავისუფალ მდგომარეობაში ჩაიყენა. ეს თეორია ერთმანეთისაგან ასხვავებს განზრახი მოქმედე-

---

[51] შეად.: *H. Welzel,* ZStW 51 (1931), გვ. 703 ff., 718 ff.; *H. Welzel,* ZStW 58 (1938), გვ. 491 ff.

[52] შეად. *H. Welzel,* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, გვ. 330 f.

[53] იხ.: *Arm. Kaufmann,* Hans-Heinrich Jescheck-FS, 1985, გვ. 251 ff.; *H.-J. Hirsch,* Theodor Lenckner-FS, 1998, გვ. 138 ff., 140.

[54] იხ.: *J. Hruschka,* ZStW 96 (1984), გვ. 661 ff.; *J. Hruschka,* Paul Bockelmann-FS, 1979, გვ. 421; *U. Kindhäuser,* Gefährdung als Straftat, 1989, გვ. 41.

ბებისათვის ჩვეულებრივ შერაცხვასა და გაუფრთხილებლობითი დელიქტებისათვის განსაკუთრებულ შერაცხვას. თუ პირველ შემთხვევაში საქმე ეხება წმინდა ვოლუნტატიურ შერაცხვას, გაუფრთხილებლობის დროს შერაცხვა ხდება მისი დასაბუთების წინარე ეტაპზე გადატანის მეთოდის გამოყენებით. შერაცხვის ვოლუნტატიური თეორია შემდგომ განავითარა *ოტომ*, რომელმაც მოახდინა მისი შერაცხვის ნორმატიულ თეორიაში ინტეგრაცია[55].

ვოლუნტატიური თეორიების მიხედვით, შერაცხვის საფუძველია თავისუფალი მიზანმიმართული ნება. იგი თავისი კონკრეტული ფორმით არსებობს განზრახი შედეგიანი დელიქტების დროს, რის გამოც განზრახვა წარმოადგენს ვოლუნტატიური შერაცხვის გვარეობით ცნებას. გარკვეული პრობლემა წარმოიშობა გაუფრთხილებლობასთან მიმართებით. მოქმედების ფინალური მოძღვრების წარმომადგენლები უარყოფენ ფინალურობას კონკრეტული მიზანმიმართულების გარეთ და ვოლუნტატიურ შერაცხვას ზღუდავენ განზრახვით. განსაკუთრებული შერაცხვის მომხრეები ეძებენ არარსებული განზრახვის შემცვლელ კატეგორიას. სწორედ ამიტომ ისინი გაუფრთხილებლობას აცხადებენ განსაკუთრებული შერაცხვის ფორმად. შესაბამისად, გაუფრთხილებლობითი შედეგიანი დელიქტის დროს სახეზეა არა ვოლუნტატიური, არამედ ნორმატიული შერაცხვის თეორია. ფინალური და განსაკუთრებული შერაცხვის თეორიებისგან განსხვავებით, ვოლუნტატიური ობიექტური შერაცხვა არ აკეთებს არავითარ დიფერენციაციას განზრახ და გაუფრთხილებლობით მოქმედებებს შორის. გადამწყვეტია არა შერაცხვის სუბიექტის კონკრეტული მიზანმიმართულება – განზრახვა, არამედ პირის პოტენციური მიზანდასახულობა, რომელიც წარმოადგენს შერაცხვას ობიექტური და ინდივიდუალური კრიტერიუმებით.

შერაცხვის ფინალური და განსაკუთრებული თეორიებისგან განსხვავებით, სისხლის სამართალში მხოლოდ *ჰონიგის* ვოლუნტატიურმა ობიექტურმა თეორიამ შეძლო, გაუფრთხილებლობითი დელიქტების უმართლობა ნორმატიული შერაცხვის ნიშნების გარეშე, მხოლოდ ვოლუნტატიური ნიშნებით დაესაბუთებინა.

2.2.2. შერაცხვის ნორმატიული მოდელი

შერაცხვის ვოლუნტატიური მოდელისგან განსხვავებით, მხარდაჭერას იმსახურებს ნორმატიული მოდელი. იგი ცდილობს, ადეკვატურობის თეორიის საფუძველზე განავითაროს ნორმატიული კრიტერიუმები, რათა შესაძლებელი იყოს რისკის ამაღლების სამართლებრივად მნიშვნელოვანი ხარისხის დადგენა და ამით ეკვივალენტურობის თეორიის გონივრულ ფარგლებში შეზღუდვა.

შერაცხვის ნორმატიული თეორიებისათვის ამოსავალი წერტილია დასაძრახი რისკის შედეგში რეალიზაცია. ამასთან, საკამათოა, თუ როდის უნდა

[55] შად. *H. Otto*, Reinhart Maurach-FS, 1972, გვ. 91, 95 ff., 101 ff.

ჩაითვალოს რისკი რეალიზებულად. ნორმატიული თეორიებიც იყოფა სხვადასხვა ჯგუფად: *როქსინის* რისკის ამაღლების შერაცხვის თეორიის ქვაკუთხედს წარმოადგენს *დასაძრახი რისკი.* იგი რისკის განხორციელების წინაპირობას უკვე შესრულებულად მიიჩნევს, თუ პირის მოქმედების შედეგად კონკრეტული შედეგის დადგომის საფრთხე ამაღლდა.[56] გაბატონებული შეხედულება კი, ხაზს უსვამს და წინა პლანზე აყენებს *რისკის რეალიზაციას.* იმის დასადგენად, პირს უნდა შეერაცხოს თუ არა დამდგარი შედეგი, გერმანული სისხლის სამართლის მართლმსაჯულება იყენებს „მართლზომიერი ალტერნატიული ქცევის" ჰიპოთეზას: დასაძრახი რისკის შედეგში განხორციელება არ ხდება იმ შემთხვევაში, თუ ვალდებულების შესაბამისი ქცევის დროსაც სავარაუდოდ იგივე შედეგი დადგებოდა.[57] *რუდოლფს,* რომელიც ასევე რისკის ამაღლების თეორიის მომხრეა, დასაძრახი რისკის დადგენის შემდეგ, მთავარი აქცენტი გადააქვს დარღვეული ნორმის დაცვის მიზანზე.[58] *იაკობსი* და *პუპე* ობიექტური შერაცხვის ქვაკუთხედად რისკის რეალიზაციას მიიჩნევენ. ამასთან, *იაკობსი* არ ეთანხმება რისკის რეალიზაციის დასასაბუთებლად ჰიპოთეზების გამოყენებას და მიიჩნევს, რომ დასაძრახი რისკის რეალიზაცია ახსნილ უნდა იქნეს იმ პირობებით, რომლებიც წარმოადგენს აკრძალული რისკის საფუძველს. რისკის რეალიზაციის დასაბუთებისას იგი იყენებს „რელევანტური კაუზალობის" ცნებას, რომელიც წარმოადგენს „არანებადართული რისკის სპეციალურ კაუზალობას".[59] *პუპესაც* უნდა, რომ რისკის რეალიზაცია შედეგის კაუზალურ პირობებთან დააკავშიროს. ამისათვის იგი აყენებს „წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევის კაუზალობას". მიზეზობრიობის ახსნა უნდა შეიცავდეს ყველა იმ პირობას, რომელიც ქმნის წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევას.[60] მაშასადამე, *იაკობსსა* და *პუპეს* უნდათ რისკის რეალიზაციის რეალურ კაუზალურ პროცესში ჩართვა.

მაშასადამე, თუ შერაცხვის ვოლუნტატიური თეორიების საფუძველს ადამიანის თავისუფალი ნება წარმოადგენს, ნორმატიული თეორიებისათვის ასეთი სამართლებრივად დასაძრახი რისკის მდგომარეობაა. ამასთან, ეს სხვადასხვა თეორა ერთმანეთისგან იზოლირებულად კი არ ვითარდება, არამედ ერთმანეთის მიმართ ურთიერთზეგავლენით.

---

[56] იხ. *C. Roxin,* ZStW 74 (1962), გვ. 411 ff., 431 f.

[57] იხ.: BGHSt 11, გვ. 1, 5; BGHSt 21, გვ. 59, 61; BGHSt 33, გვ. 61, 63; *H. Welzel,* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, გვ. 333; *W. Küper,* Karl Lackner-FS, 1987, გვ. 249, 267 ff. *კაუფმანსაც* ობიექტური შერაცხვის პრობლემის გადაწყვეტა ჰიპოთეზის გამოყენებით უნდა. იგი რისკის რეალიზაციის შესაფასებლად იყენებს ჰიპოთეტურ ალტერნატიულ პირობებს. იხ.: *Arth. Kaufmann,* Eberhard Schmidt-FS, 1961, გვ. 223 ff., 229; *Arthur Kaufmann,* Hans-Heinrich Jescheck-FS, 1985, გვ. 273 ff.

[58] იხ. *H.-J. Rudolphi,* JuS 1969, გვ. 552.

[59] იხ. *G. Jakobs,* Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1993, გვ. 226.

[60] იხ. *I. Puppe,* ZStW 99 (1987), გვ. 601.

3. მიზეზობრივი კავშირის განვითარების გაწყვეტა

რისკის მდგომარეობის შექმნის ან ამაღლების ფორმულის პრობლემატიკა მდგომარეობს იმის დადგენაში, კონკრეტულ შემთხვევაში რეალურად თუ ვინ მოახდინა საფრთხის შექმნა ან ამაღლება, რომელიც კონკრეტულ შედეგში იქნა რეალიზებული. ამასთან დაკავშირებით ყურადღება გამახვილდება მიზეზობრივი კავშირის განვითარების გაწყვეტის შემთხვევებში შედეგის ობიექტური შერაცხვის თავისებურებებზე.

სისხლის სამართლის დოგმატიკასა და სასამართლო პრაქტიკაში ძირითადად გამოიყოფა *ოთხი* ისეთი შემთხვევა, როცა ადგილი აქვს პირის მიერ დაფუძნებული მიზეზობრივი კავშირის განვითარების გაწყვეტას სხვადასხვა გარემოებით, რის გამოც, დამდგარი შედეგი იმას, ვინც საფრთხე თავდაპირველად დააფუძნა ან აამაღლა, არ უნდა შეერაცხოს, როგორც საკუთარი ქმნილება.[61] იგი უკავშირდება რეგრესის აკრძალვის პრობლემას[62]. მთელ რიგ შემთხვევებში შედეგში რეალიზებულ სამართლებრივად დასაძრახ რისკთან თავდაპირველი ქმედების კავშირი გამოირიცხება და შედეგის ობიექტური შერაცხვა გადადის ახალი ქმედების ჩამდენზე. ეს პრობლემა უკავშირდება რისკის ამაღლების თეორიასაც. ახალ ქმედებას შეუძლია მიზეზობრივი კავშირის გაწყვეტა მხოლოდ მაშინ, თუ დამდგარი კონკრეტული შედეგი ამ ქმედების გარეშე *საკარაულოდ* არ დადგებოდა.[63]

3.1. მიზეზობრივი კავშირის განვითარების გაწყვეტა მესამე პირის მიერ

პირის მიერ დაფუძნებული მიზეზობრივი კავშირის გაწყვეტას ადგილი აქვს იმ შემთხვევაში, როცა სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებით მოხდა არა თვით ამ პირის მიერ დაფუძნებული ან ამაღლებული, არამედ ახალი საფრთხის რეალიზაცია, რომელიც ეკუთვნის სხვა სუბიექტს, რომელიც პასუხისმგებელია ამ შედეგზე. ეს ის შემთხვევაა, როცა თავდაპირველი მოქმედების ჩამდენი პირი სხვა, სრული პასუხისმგებლობით მოქმედი პირის მიერ მოვლენათა შემდგომი განვითარებისაგან გამოირიცხება, რადგან ამ უკანასკნელმა მოვლენათა შემდგომი წარმართვის მიზეზობრიობის ახალი პროცესი მოიყვანა მოქმედებაში.

მაგალითად, ა. თავისი ავტომანქანით შემთხვევით დაეჯახა ბ.-ს და სასიკვდილოდ მძიმედ დააზიანა. ამ შემთხვევის შემდეგ, იგი კიდევ რამდენიმე საათი იცოცხლებდა, მაგრამ ამ დროს გამოჩნდა გ., რომელმაც შურისძიების მიზნით, მოკვლის განზრახვით მანქანით გადაუარა ბ.-ს და მოკლა. შედეგად, ა.-ს

---

[61] იხ. *H. Otto*, JURA 1992, გვ. 97 f.

[62] იხ. *R. Frank*, StGB, 18 Aufl., 1931, §1 III 2a, გვ. 14-16; ასევე: *E.-J. Lampe*, ZStW 71 (1959) გვ. 579 ff.; *W. Naucke*, ZStW 76 (1964), გვ. 409 ff.

[63] შეად. *M. Burgstaller*, Hans-Heinrich Jescheck-FS, 1985, გვ. 370.

შეერაცხება ავტოავარიის შედეგად ბ.-ს ჯანმრთელობის გაუფრთხილებლობით მძიმე დაზიანება, ხოლო გ.-ს – განზრახი მკვლელობა.

მხოლოდ ის გარემოება, რომ მესამე პირის ახალმა მოქმედებამ შედეგის დადგომა გამოიწვია, ყოველთვის არ არის საკმარისი იმისათვის, რომ მიზეზობრივი კავშირის განვითარების გაწყვეტას ჰქონდეს ადგილი.[64] შესაძლებელია, მესამე პირის ეს ქმედება საწყის საფრთხესთან ისე სპეციფიკურად იყოს დაკავშირებული, რომ მოხდეს თავდაპირველი მოქმედების ჩამდენისათვის შედეგის ჩვეულებრივად შერაცხვა.

მაგალითად, ა.-მ, ცეცხლსასროლი იარაღის გამოყენებით, ბ.-ს განზრახ მიაყენა ჯანმრთელობის სასიკვდილო დაზიანება. გადაუდებელი სამედიცინო დახმარების შედეგად მისი გადარჩენა შესაძლებელი იქნებოდა. გამოძახებული სასწრაფო დახმარების ეკიპაჟი დროულად ვერ მოვიდა შემთხვევის ადგილზე, დღის ამ მონაკვეთში გზების დიდი გადატვირთულობის გამო. ბ. გარდაიცვალა. შედეგად, ა.-ს შეერაცხება ბ.-ს სიკვდილი, რადგან დამდგარ შედეგში მოხდა ა.-ს მიერ დაფუძნებული საფრთხის რეალიზაცია. ის გარემოება, რომ სიცოცხლისათვის სახიფათო დაზიანების მიყენების შემდეგ ყოველთვის არ არის შესაძლებელი ოპტიმალური დახმარების მიღება, წარმოადგენს ყოველდღიურ ცხოვრებისეულ ტიპურ რისკს.

ერთ-ერთი მაგალითის მიხედვით, ავტომანქანის მფლობელმა ცამეტი წლის არასრულწლოვანს, რომელსაც, ბუნებრივია, არ ჰქონდა მისი ტარების უფლება, გადასცა ავტომანქანა სასეირნოდ. ამ დროს იგი დაეჯახა ქვეითად მოსიარულეს, რამაც მისი სიცოცხლის მოსპობა გამოიწვია. ამ შემთხვევაში ავტომანქანის მფლობელმა დააფუძნა საფრთხე, რომელიც სხვა ადამიანის სიკვდილში იქნა რეალიზებული. თვითონ არასრულწლოვანს არ შეეძლო საკუთარი პასუხისმგებლობით სრულყოფილად გაეცნობიერებინა მოსალოდნელი რისკი, რის გამოც, შედეგი ობიექტურად შეერაცხება იმას, ვინც ავტომანქანა გადასცა არასრულწლოვანს.

მაშასადამე, თუ სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებით მოხდა არა თვით თავდაპირველი მოქმედების ჩამდენის, არამედ მესამე პირის მიერ დაფუძნებული ან ამაღლებული ახალი საფრთხის რეალიზაცია, მაშინ იგი სისხლისსამართლებრივად პასუხისმგებელია ამ შედეგზე.

3.2. მიზეზობრივი კავშირის განვითარების გაწყვეტა მსხვერპლის მიერ

სხვისი პასუხისმგებლობით მოქმედებაში მოყვანილი მიზეზობრივი კავშირის განვითარების გაწყვეტა მსხვერპლის მიერ შეიძლება მოხდეს იმ შემთხვევაში, თუ სრულიად ნათელია, რომ მსხვერპლი საკუთარი რისკით შეგნებულად ზე-

[64] იხ. *R. Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungen, 1986, გვ. 161.

მოქმედებს მოვლენათა შემდგომ განვითარებაზე.

მაგალითად, ა. გაუფრთხილებლობით დაეჯახა ქვეითად მოსიარულე ბ.-ს და მიაყენა ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანება. ამის გამო იგი წაიყვანეს საავადმყოფოში და გაუწიეს გადაუდებელი სამედიცინო დახმარება. ბ. გააფრთხილა ექიმმა, რომ მისი ნებართვის გარეშე რამდენიმე დღის განმავლობაში არ ამდგარიყო ლოგინიდან და არავითარ შემთხვევაში არ მიეღო ალკოჰოლი. მეორე დღეს გ.-მ მოინახულა ბ., რის შემდეგაც ორივენი გაიპარნენ პარკში და ერთად დალიეს ერთი ბოთლი არაყი. შედეგად ბ. გარდაიცვალა. ა.-ს შეერაცხება ავტოავარიის შედეგად მხოლოდ გაუფრთხილებლობით ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანება და არა მსხვერპლის სიკვდილი. ბ.-ს მეგობართან ერთად პარკში გაპარვითა და იქ ალკოჰოლის მიღებით დაიწყო მოვლენათა განვითარების ახალი ჯაჭვი, რისთვისაც ა. არ არის პასუხისმგებელი.

სხვა მაგალითის მიხედვით, ა.-მ მოკვლის განზრახვით ბ.-ს დაალევინა ნელი მოქმედების საწამლავი. შემდეგ მასში გაიღვიძა სინანულის გრძნობამ და მოინდომა მისი გადარჩენა. ბ.-მ მას ამაზე უარი უთხრა, რადგან უკვე დიდი ხანია გადაწყვეტილი ჰქონდა თვითმკვლელობის (სუიციდის) ჩადენა და უნდოდა, ამ ხელსაყრელი სიტუაციით ესარგებლა. შედეგის რეალურად დადგომის მიუხედავად, ა.-მ ჩაიდინა მხოლოდ მკვლელობის მცდელობა. თვით დაზარალებულის მიერ თავისი თავის გადარჩენაზე უარის თქმით დაიწყო მოვლენათა მიზეზობრიობის ახალი ჯაჭვის განვითარება, რომელმაც ბ.-ს სიკვდილი უშუალოდ გამოიწვია.[65]

სხვისთვის შიდსის განზრახ შეყრა წარმოადგენს დანაშაულს. მაგალითად, ა.-მ, ყოველგვარი დამცავი საშუალების გარეშე, ბ.-სთან დაამყარა სქესობრივი კავშირი, თუმცა იცოდა, რომ ბ. შიდსით იყო ინფიცირებული. თუ შედეგად ა.-ც დაინფიცირდება, ბ. არ აგებს პასუხს ამისათვის, რადგან ა.-მ საკუთარი თავი საფრთხეში ჩაიყენა შეგნებულად და პირადი პასუხისმგებლობით. ასეთ შემთხვევაში თვით მსხვერპლი არის დამდგარ შედეგზე პასუხისმგებელი.

მაშასადამე, მიზეზობრივი კავშირის განვითარებაში თვით დაზარალებულის ჩართვითა და საკუთარი სამართლებრივი სიკეთის დაცვაზე უარის თქმით იწყება მიზეზობრივი კავშირის ახალი ჯაჭვის განვითარება, რომელიც თავდაპირველი მოქმედების ჩამდენისათვის შედეგის ობიექტური შერაცხვის გამორიცხვას იწვევს.

3.3. მიზეზობრივი კავშირის განვითარების გაწყვეტა თვით დამნაშავის მიერ

თვით დამნაშავესაც შეუძლია, თავდაპირველად მის მიერ დაფუძნებული მიზეზობრივი კავშირი გაწყვიტოს, თუ იმავე სამართლებრივი სიკეთისათვის ახალ საფრთხეს დააფუძნებს ან თავდაპირველ საფრთხეს აამაღლებს.

[65] იხ. *მ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, 2010, გვ. 262.

მაგალითად, ა. ავტომანქანით შემთხვევით დაეჯახა ბ.-ს და მძიმედ დაზიანა. ამ მოქმედებისათვის პასუხისმგებლობის თავიდან აცილების მიზნით, მან გადაწყვიტა, ბ., როგორც „საქმის მოწმე" თავიდან მოეშორებინა. ამ მიზნით მან ხელმეორედ განზრახ გადაუარა მსხვერპლს ავტომანქანით და ადგილზე მოკლა. შედეგად, ა.-ს ქმედებათა კვალიფიკაცია იქნება ავტოავარიის დროს ჯანმრთელობის გაუფრთხილებლობით მძიმე დაზიანება და განზრახ მკვლელობა, როგორც ორი დამოუკიდებელი დანაშაული.

მაშასადამე, თვით დამნაშავის მიერ ახალი მიზეზობრიობის დაფუძნების გამო, მას საბოლოოდ დამდგარი შედეგი შეერაცხება, როგორც მეორე მოქმედებით გამოწვეული.

3.4. მოქმედებით დაფუძნებული მიზეზობრივი კავშირის განვითარების გაწყვეტა უმოქმედობით

შესაძლებელია თუ არა მოქმედებით დაფუძნებული მიზეზობრივი კავშირის განვითარება გაწყდეს თვით მოქმედების ჩამდენის ან მესამე პირის ვალდებულების საწინააღმდეგო უმოქმედობით? თვით მოქმედების ჩამდენის უმოქმედობა მის მიერ განზრახ დაზიანებული სამართლებრივი სიკეთის გადასარჩენად ვერ დააფუძნებს იმავე უმართლობის ახალ მიზეზობრიობას. მესამე პირის უმოქმედობით კი, შეიძლება დაფუძნდეს ე.წ. პარალელური მიზეზობრიობა. ამის მაგალითად შეგვიძლია მოვიყვანოთ შემდეგი: ა.-მ მოკვლის განზრახვით ბ.-ს მიაყენა მძიმე დაზიანება, მაგრამ მისი გადარჩენა ჯერ კიდევ შესაძლებელი იყო. გ.-მ, რომელსაც ბ.-ს მიმართ გააჩნდა სამართლებრივი გარანტის ფუნქცია და კარგად აცნობიერებდა რა სიტუაციას, განზრახ არაფერი გააკეთა ბ.-ს გადასარჩენად. ასეთ მდგომარეობაში ბ. გარდაიცვალა. ეს უკანასკნელი დაისჯება უმოქმედობით ჩადენილი განზრახი მკვლელობისათვის. გარდა ამისა, თვით თავდაპირველი მოქმედების ჩამდენიც უნდა დაისაჯოს დამდგარი შედეგისათვის, რადგან ადგილი ჰქონდა მის მიერ ჩადენილი მოქმედების შედეგში უშუალოდ რეალიზაციას, რომლის გაწყვეტა მესამე პირის უმოქმედობით ვერ მოხდებოდა. მესამე პირის მხრიდან დაფუძნდა უმოქმედობისთვის პასუხისმგებლობის გამომწვევი პარალელური მიზეზობრიობა.

ლიტერატურაში მითითებული ერთ-ერთი მაგალითის მიხედვით, მკურნალი ექიმი თავისი უხეში გაუფრთხილებლობით ვერ მიხვდება ავტოავარიით მიყენებული დაზიანების სიმძიმეს და პაციენტს დროულად არ გაუწევს გადაუდებელ სამედიცინო დახმარებას, რომელიც ა.-ს მიერ ავტოავარიის შედეგად მიყენებული დაზიანებისაგან გარდაიცვლება.

სასიკვდილო შედეგი ა.-ს არ შეიძლება შეერაცხოს, თუ დროული მკურნალობის შედეგად დაზიანებული *საკარაულოდ* გადარჩებოდა, არამედ ექიმს. ამ პოზიციის საწინააღმდეგოდ, ექიმის წინდაუხედაობით გამოწვეული უხეში გაუფრთხ-

ილებლობის მიუხედავად, თავდაპირველი ქმედების ჩამდენს დამდგარი შედეგი ობიექტურად შეერაცხება, თუ მსხვერპლის გადარჩენა დროული მკურნალობის შემთხვევაშიც *საკარაულოდ* არ იქნებოდა შესაძლებელი.[66]

თუ როგორი უნდა იყოს ალბათობის ხარისხი ჰიპოთეტური კაუზალობის დროს მესამე პირის უმოქმედობასა და დამდგარ შედეგს შორის, რომ გამოირიცხოს თავდაპირველი მოქმედების ჩამდენისათვის შედეგის შერაცხვა, სადავოა. ასეთ შემთხვევაში, გაბატონებული შეხედულებით, უნდა დადგინდეს, რომ მესამე პირის მოვალეობის შესაბამის მოქმედებას შეეძლო შედეგის თავიდან აცილება „რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხით". სხვა ფორმულირებით, შედეგის შერაცხვის გამორიცხვისათვის საკმარისია, რომ სავალდებულო და შესაძლებელი მოქმედების შედეგად შედეგი „მაღალი ალბათობით" არ დადგებოდა. არსებობს რადიკალურად საწინააღმდეგო პოზიციაც, რომლის მიხედვით, თავდაპირველი მოქმედების ჩამდენისათვის შედეგის შერაცხვა უნდა გამოირიცხოს, თუ არსებობს მხოლოდ უბრალო შესაძლებლობა, რომ ეს შედეგი არ დადგებოდა, მესამე პირს თავდაპირველი მოქმედების შემდგომ მოვალეობის საწინააღმდეგოდ უმოქმედობა რომ არ გამოეჩინა. არაერთი ავტორი სწორ პასუხს ეძებს სადღაც შუალედურ პოზიციაში.[67] რისკის ამაღლების დროს შედეგის დადგომის ალბათობის ხარისხზე ქვემოთ იქნება ყურადღება გამახვილებული.

4. მოქმედებისა და უმოქმედობის ურთიერთგამიჯვნა და მისი მნიშვნელობა რისკის ამაღლების თეორიისათვის

სისხლის სამართალი ერთმანეთისაგან მიჯნავს მოქმედებასა და უმოქმედობას. ასეთი გამიჯვნის პრობლემა სისხლის სამართლის მეცნიერებაში განსაკუთრებით ორ შემთხვევაში არის მნიშვნელოვანი: პირველ რიგში, დანაშაულის სისტემაში ქმედების ცნების ადგილის ფუნდამენტური სისტემური საკითხის გადაწყვეტისას, ხოლო შემდეგ, სწორი დოგმატიკური დებულებების გამოყენებისათვის. იმის მიხედვით, მოქმედება თუ უმოქმედობა არის ჩადენილი, უნდა გადაწყდეს, რომელი დოგმატიკური წესი უნდა იქნეს გამოყენებული ამა თუ იმ შემთხვევის გადასაწყვეტად.[68]

არის შემთხვევები, რომელთა მიკუთვნება მოქმედებისა თუ უმოქმედობისადმი არავითარ დავას არ იწვევს. მაგალითად, ბავშვის გადაგდება მდინარეში მისი დახრჩობის მიზნით, ან მეზობლის მოკვლა ცეცხლსასროლი იარაღის გამოყენებით, წარმოადგენს მოქმედებით ჩადენილ დანაშაულს, ხოლო წყალში ჩავარდნილი ბავშვის დაუხმარებლობა — უმოქმედობას. ამასთან, არის შემთხვევები, რომლებიც ერთ-

[66] შეად. *H.Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, AT I, 3 Aufl., 1998, გვ. 103.
[67] შეად. იქვე, გვ. 103 f.
[68] შეად. *K. Volk*, Herbert Tröndle-FS, 1989, გვ. 219.

დროულად წარმოადგენს აქტიურ მოქმედებასა და სავალდებულო და შესაძლებელი შედეგის თავიდან ამცილებელი მოქმედების შეუსრულებლობას.

თუ შესავალში მოყვანილ *როქსინისეულ* ოთხ შემთხვევაში, რომლებიც სასამართლო პრაქტიკიდან არის აღებული, მივიჩნევთ, რომ ოთხივე უმოქმედობით იქნა ჩადენილი, მაშინ დასჯადობის პრობლემის ბრალდებულის სასარგებლოდ გადაწყვეტა იმ დასაბუთებით, რომ ვერ დგინდება კვაზიმიზეზობრიობა, უფრო ადვილია, ვიდრე მოქმედების დროს: გაბატონებული შეხედულებითა და რისკის ამაღლების თეორიის ზოგიერთი წარმომადგენლის თვალსაზრისით, არც ერთი ბრალდებული არ უნდა დაისაჯოს სისხლისსამართლებრივად მიზეზობრივი კავშირის არარსებობის გამო. უმოქმედობის შინაარსი კი, გამოიხატება იმაში, რომ ბრალდებულებმა არ შეასრულეს სამართლებრივი ვალდებულებები, კერძოდ, პირველ შემთხვევაში, არ იქნა დაცული ტრანსპორტის მოძრაობის უსაფრთხოების დადგენილი დისტანცია, მეორე შემთხვევაში, არ იქნა მიღებული ექიმის ხელახალი ნებართვა ბავშვისთვის წამლის მისაცემად, მესამე შემთხვევაში, არ მოხდა თხის თმის დეზინფიცირება, ხოლო მეოთხე შემთხვევაში, არ იქნა გამოყენებული სამედიცინო მოხმარებისათვის განკუთვნილი ნოვოკაინი.

სხვაგვარი არგუმენტაციით, შეიძლება ოთხივე ეს დელიქტი მოქმედებით ჩადენილ დანაშაულად იქნეს მიჩნეული: მძღოლმა დაარღვია მოძრაობის უსაფრთხოების წესები; ექიმმა გასცა და დედამ ბავშვს მისცა მედიკამენტი ექიმის დანიშნულების გარეშე; წარმოების ხელმძღვანელმა მუშებს გადასამუშავებლად გადასცა დაინფიცირებული ჩინური თხის თმა; ექიმმა გამოიყენა არასწორი მედიკამენტი. ყველა ამ შემთხვევაში მიზეზობრივი კავშირი პირობათა თეორიით დადგენილია, მაგრამ პრობლემას წარმოადგენს შედეგის ნორმატიული შერაცხვა, რომელიც გაბატონებული შეხედულებით გამოირიცხება, მაგრამ რისკის ამაღლების თეორიით შესაძლებელია.

შეიძლება ითქვას, რომ მითითებულ შემთხვევებში ადგილი აქვს კონკურენციას მოქმედებასა და უმოქმედობას შორის. ამასთან, სისხლის სამართალში არის შემთხვევები, როცა შესაძლებელია ამა თუ იმ შემადგენლობის სხვადასხვა პოზიციიდან დანახვა. მაგალითად, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 206-ე მუხლით გათვალისწინებული ქმედების შემადგენლობა, რომელიც ითვალისწინებს სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას საბუღალტრო წიგნის წარმოების წესის დარღვევისათვის, შეიძლება გამოიხატოს უმოქმედობაში (საბუღალტრო აღრიცხვის *არწარმოება*), მაგრამ იგი შეიძლება მოქმედებით ჩადენილი დელიქტის სახითაც იქნეს წარმოდგენილი (სამეწარმეო საქმიანობის *წარმოება* საბუღალტრო აღრიცხვის გარეშე).

ლიტერატურაში მოყვანილი შიდსის მაგალითის მიხედვით[69], შიდსით დაავადებულმა მამაკაცმა სქესობრივი კავშირი დაამყარა ქალთან და მოახდინა მისი დაინფიცირება, რადგან შეგნებულად არ გამოიყენა დამცავი საშუალება. ამ შემ-

[69] იხ. *J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch,* Strafrecht, AT, 11. Aufl., 2003, გვ. 263.

თხვევას შეესაბამება საქართველოს სსკ-ის 131-ე მუხლის მე-2 ნაწილი („სხვისთვის შიდსის განზრახ შეყრა"). ისმის კითხვა: ასეთ შემთხვევაში დანაშაული ჩადენილია მოქმედებით (სქესობრივი კავშირი) თუ უმოქმედობით (დამცავი საშუალების გამოუყენებლობა)[70].

რადბრუხის ცნობილი ფრაზის მიხედვით, მოქმედება და უმოქმედობა ერთმანეთის მიმართ დამოკიდებულებაშია, როგორც პოზიცია და ნეგაცია[71], ე.ი. მოქმედების შესრულება და მოქმედების შეუსრულებლობა. *კაუფმანი* ამას უწოდებს ე.წ. ინვერსიის პრინციპს *(Umkehrprinzip*[72]). *ენგიშმა* განავითარა მოქმედებისა და უმოქმედობის ურთიერთგამოკვნის დოგმატიკური თეორია, რომელიც ნორმატიულ თვალსაზრისს ეფუძნება. ამისათვის მან კრიტერიუმად მიიჩნია ენერგიის გამოყენება. იგი მოქმედებას უწოდებს ენერგიის განსაზღვრული მიმართულებით წარმართვას, ხოლო უმოქმედობას – ენერგიის განსაზღვრული მიმართულებით გამოუყენებლობას.[73]

ბევრ შემთხვევაში მოქმედებისა და უმოქმედობის ურთიერთგამოკვნა უპრობლემოდ ხდება, მაგრამ არსებობს ისეთი შემთხვევებიც, როცა ასეთი გამოკვნა შედარებით ძნელია.

პირველი ჯგუფი, რომელიც წლების მანძილზე საკამათოა, შედგება ისეთი ქმედებებისაგან, რომლებიც „ამბივალენტურობით" ან „ორმაგი რელევანტურობით" ხასიათდება და როგორც მოქმედების, ისე უმოქმედობის ელემენტებს შეიცავს.[74] ქცევის ეს ელემენტები შეიძლება ერთმანეთს დროში ემთხვეოდეს ან ერთმანეთისგან დაშორებული იყოს. პირველის მაგალითია ცნობილი შემთხვევა, როცა სატვირთო ავტომანქანის მძღოლმა არ დაიცვა გვერდითი დისტანციის დადგენილი მანძილი და დაეჯახა ველოსიპედისტს, რამაც მისი სიკვდილი გამოიწვია. მეორის მაგალითია ის შემთხვევა, როცა მუშამ ამოთხარა ორმო და შემდეგ უსაფრთხოების ზომების გარეშე დატოვა იგი, სადაც სიბნელეში ჩავარდა ადამიანი და დაიღუპა.[75]

აქ საქმე ეხება არა გამოკვნას, არამედ კონკურენციას ორ ერთმანეთის გვერდით ან შემდეგ გამოვლენილ ქცევის ფორმებს შორის. ამასთან, არის შემთხვევები, როცა პირი მოქმედებს, მაგრამ სადავოა, მისი ქცევა სისხლისსამართლებრივი მნიშვნელობით წარმოადგენს მოქმედებას თუ უმოქმედობას. ამის ერთ-ერთი მაგალითია შემდეგი შემთხვევა:[76] მძღოლი მართავს თავისი ავტომანქანის საჭეს.

---

[70] იხ. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 652.

[71] გერმანულად: *„Position und Negation, a und non-a".* იხ. *G. Radbruch,* Der Handlungsbegriff, 1903, გვ. 141 ff.

[72] *Arm. Kaufmann,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, გვ. 87 ff., 316 f.

[73] იხ. *K. Engisch,* Wilhelm Gallas-FS, 1973, გვ. 167, 170, ასევე: *M. Maiwald,* Kausalität und Strafrecht, 1980, გვ. 83.

[74] შეად. *U. Sieber,* JZ 1983, გვ. 431.

[75] შეად. *K. Volk,* Herbert Tröndle-FS, 1989, გვ. 222.

[76] შეად. *K. Volk,* Herbert Tröndle-FS, 1989, გვ. 222.

ამ დროს იგი შეამჩნევს, რომ მისი ერთი მგზავრი მეორეს აყაჩაღებს (ან ქურდავს), მაგრამ ამაზე რეაქცია არა აქვს და აგრძელებს გზას მშვიდად.[77] იქნება ეს დახმარება მოქმედებით თუ უმოქმედობით?

ასევე, სადავოა მოქმედებისა და უმოქმედობის ურთიერთგამიჯვნა, როცა საქმე ეხება სიცოცხლის გამახანგრძლივებელი რეანიმატორის გამორთვას. შეიძლება იმაზე კამათი, ექიმი სიცოცხლეს მოქმედებით (აპარატის გამორთვით) უსპობს პაციენტს თუ უმოქმედობით ხელოვნურად არ უხანგრძლივებს მას. ამასთან დაკავშირებით, არსებობს ტერმინი: „მოქმედება უმოქმედობით"[78].

მნიშვნელოვანია ქმედების სამართლებრივი შეფასება, როგორც უმოქმედობით ჩადენილი დანაშაული. ჯერ კიდევ თავის დროზე *მეცგერი* შეეხო მოქმედებისა და უმოქმედობის ურთიერთგამიჯვნის საკითხს.[79] იგი უნდა მოხდეს არა ცალკეული ქმედებების გარეგანი ფორმის მიხედვით, არამედ იმის გათვალისწინებით, თუ რისკენ არის მიმართული სამართლებრივი გაკიცხვა.[80] *მეცგერის* მიხედვით, ასეთი გამიჯვნა არის არა ფაქტობრივი, არამედ შეფასებითი საკითხი. ამ მეთოდის გამოყენებით, იგი მიიჩნევს, რომ „აფთიაქარისა" და „თხის თმის" შემთხვევებში, ადგილი აქვს უმოქმედობას, ხოლო ნოვოკაინის შემთხვევაში – დანაშაული ჩადენილია მოქმედებით. სატვირთო ავტომანქანის შემთხვევაში იგი მერყეობს, თუმცა საბოლოოდ უარყოფს უმოქმედობას და მოითხოვს კაუზალობის შემოწმებას მოქმედებით ჩადენილი ქმედების თვალსაზრისით. მაშასადამე, მიაჩნია, რომ ორ შემთხვევაში ჩადენილია უმოქმედობა, ხოლო ორში – მოქმედება.

დღეს გაბატონებულია შეხედულება, რომლის მიხედვით, მოქმედებისა და უმოქმედობის ურთიერთგამიჯვნა ამბივალენტურ შემთხვევებში ხდება იმის მიხედვით, არსებობს თუ არა მოქმედების მიზეზობრიობა. თუ ენერგიის აქტიური დახარჯვა (სხეულის მოძრაობა) კანონზომიერ კავშირშია შედეგთან, მაშინ სახეზეა მოქმედებით ჩადენილი დელიქტი, ხოლო თუ ასეთს არა აქვს ადგილი, მაშინ შეიძლება უმოქმედობით ჩადენილი დელიქტი იყოს ჩადენილი.[81] უფრო კონკრეტულად რომ ითქვას, ენერგიის გამოყენება მხოლოდ მაშინ არის სისხლისსამართლებრივად რელევანტური აქტიური მოქმედება, თუ პირი ამით მოვლენათა მიმდინარეობას დაიწყებს, წარმართავს ან ხელს შეუწყობს, რომელსაც რეალურად ან მხოლოდ მისი წარმოდგენით კონკრეტულ სიტუაციაში ქმედების შემად-

---

[77] ანალოგიურ მაგალითზე იხ. BGHSt 11, გვ. 47, 50.

[78] შად. *K. Volk,* Herbert Tröndle-FS, 1989, გვ. 224.

[79] იხ.: *E. Mezger,* Strafrecht I, AT, 9. Aufl., Studienbuch, 1960, გვ. 72, 76; *E. Mezger,* JZ 1958, გვ. 281 f.

[80] *როქსინი* მიუთითებს, რომ გერმანიის ფედერალური სასამართლოს პრაქტიკა დღესაც ეყრდნობა *მეცგერის* თვალსაზრისს და გამიჯვნისას შეფასებას ახდენს ქმედების სოციალური არსის, გაკიცხვის მიმართულებისა და გასაკიცხობის სიმძიმის მიხედვით. იხ. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 653.

[81] იხ.: *H. Welzel,* Das Deutsche Strafrecht, 1969, გვ. 203; *H.-H. Jescheck/T. Weigend,* AT, 5. Aufl., გვ. 603 f.; *G. Jakobs,* AT, 2. Aufl., 1993, გვ. 775 f.; *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 654.

გენლობით განსაზღვრული ხელყოფის ობიექტის დაზიანება შეუძლია.[82]

თუ ამ შეხედულებით მივუდგებით, მაშინ არაერთ სადავო შემთხვევაში ადგილი ექნება მოქმედებით ჩადენილ დელიქტს და რისკის ამაღლების თეორიის გამოყენებაც ნაკლებ პრობლემასთან იქნება დაკავშირებული, ვიდრე უმოქმედობის დროს.

მოქმედებისა და უმოქმედობის ურთიერთგამიჯვნის საკითხთან დაკავშირებით *შპენდელმა* და *კაუფმანმა* გამოთქვეს თავიანთი პოზიცია.[83] *შპენდელს* მიაჩნია, რომ, უპირველეს ყოვლისა, ყურადღება უნდა მიექცეს ორმნიშვნელოვანი და ორმხრივი ქმედების აქტიურ მხარეს და, სადავო შემთხვევებში, უპირატესობა აქტიურ მოქმედებას უნდა მიენიჭოს. იმავე აზრს გამოხატავს *კაუფმანი*, რომელიც მიუთითებს, რომ ერთიანი ქმედება, რომელიც როგორც მოქმედების, ასევე უმოქმედობის ელემენტებს შეიცავს, ეჭვის შემთხვევაში მიჩნეულ უნდა იქნეს აქტიურ მოქმედებად. მაშასადამე, სიმძიმის ცენტრი უპირატესად გადატანილ უნდა იქნეს მოქმედებაზე.

შპენდელსა და *კაუფმანს* მიაჩნიათ, რომ შესავალში მოყვანილ *როქსინისეულ* ოთხივე შემთხვევაში ადგილი აქვს მოქმედებით ჩადენილ დელიქტებს, რასაც ეთანხმება თავად *როქსინიც*.[84] *შპენდელი* თავისი პოზიციის დასამტკიცებლად მიუთითებს იმაზე, რომ სისხლის სამართალი, პირველ რიგში, დაკავშირებულია სოციალურად საზიანო მოქმედებასთან და არა უმოქმედობასთან. ადამიანი, უპირველეს ყოვლისა, აქტიური მოქმედებით ახდენს ბუნებრივ მოვლენებზე ინტერვენციას. როგორც წესი, აქტიურობით ხდება ცვლილების განხორციელება გარესამყაროში და არა პასიურობით. *კაუფმანის* აზრით, არსებობს ზოგიერთი ისეთი გაუფრთხილებლობითი დანაშაული, რომლის შესახებ ძნელია, დანამდვილებით ითქვას, წარმოადგენს თუ არა უმოქმედობით ჩადენილ დელიქტს. ასე, მაგალითად, აფთიაქარის შემთხვევაში მას ძნელად გასარკვევად მიაჩნია, თუ რა მომენტი წარმოადგენს გადამწყვეტს: ის, რომ არ მოხდა ექიმისათვის მიმართვა მედიკამენტის მიღების ნებართვისათვის (უმოქმედობა), თუ ის, რომ აფთიაქარმა გასცა და დედამ ბავშვს მისცა წამალი ექიმის დანიშნულების გარეშე (მოქმედება).

აქვე ყურადღების ღირსია *შმიდტის* მიერ მოყვანილი „ბუზების საწამლავის შემთხვევა“:[85] დიასახლისმა სახლის დალაგების დროს ჭურჭელი ბუზის საწამლავით იატაკზე დადგა. რამდენიმე ხანში მისმა ორი წლის ბავშვმა მოსვა ეს საწამლავი, რის შედეგადაც მიიღო ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანება. *შმიდტს* მიაჩნია სამართლის არსის სრულიად საწინააღმდეგოდ, რომ ეს შემთხვევა მიეკუთვნოს ჯანმრთელობის დაზიანებას აქტიური მოქმედებით. საწინააღმდეგო თვალ-

[82] შეად. *J. Brammsen*, GA 2002, გვ. 206.
[83] შეად.: *G. Spendel*, Eberhard Schmidt-FS, 1961, გვ. 194; *Arth. Kaufmann*, Eberhard Schmidt-FS, 1961, გვ. 212.
[84] შეად. *C. Roxin*, ZStW 74 (1962), გვ. 414.
[85] შეად. *E. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939, გვ. 79.

საზრისს გამოხატავს *შპენდელი*.[86] იგი თავის პოზიციას ასაბუთებს იმით, რომ პარალელს ავლებს განზრახვასთან: დედას რომ ჭურჭელი საწამლავით იატაკზე ბავშვის მოკვლის განზრახვით დაელგა, მაშინ მის მიერ დანაშაული უდავოდ აქტიური მოქმედებით იქნებოდა ჩადენილი. იგი აყენებს საკითხს, გაუფრთხილებლობის დროს რატომ უნდა შეიცვალოს ქმედების სოციალური არსი და გაკიცხვის სიმძიმე და რატომ უნდა იქცეს მოქმედება უმოქმედობად. *როქსინის* აზრით, ამ მაგალითში შესაძლებელია, იმ შემთხვევაში არ იყოს მოქმედებაში გამოხატული გაუფრთხილებლობა, თუ საწამლავის იატაკზე დადგმის დროს ბავშვი არ იყო საფრთხის წყაროსთან ახლოს ან თუ სხვაგვარად საკმარისად იყო დაცული მისი უსაფრთხოება. მიუხედავად ამისა, მას მიაჩნია შესაძლებლად, უმოქმედობაში გამოხატული ქმედება იმით იქნეს დასაბუთებული, რომ დედამ ჭურჭელი სახიფათო ნივთიერებით ისევ არ შეინახა.[87]

ქმედების სოციალური არსი აპრიორი არ კრძალავს ორივე თვალსაზრისის შემოწმებას და იმის დადგენას, დანაშაული ჩადენილია მოქმედებით თუ უმოქმედობით. მხარდაჭერას იმსახურებს სისხლის სამართალში გამოთქმული ის თვალსაზრისი, რომ თუ პირი თავისი ქმედებით გამოწვეული შედეგისათვის, რომელიც წარმოადგენს მოქმედებისა და უმოქმედობის კომბინაციას, იმსახურებს გაკიცხვას, მაშინ მოქმედებას უნდა მიენიჭოს უპირატესობა და უმოქმედობა ჩაითვალოს სუბსიდიარულად.[88] ლიტერატურაში გამოთქმული თვალსაზრისის მიხედვით, ჩინური თხის თმის შემთხვევაში, დეზინფიცირების განუხორციელებლობა წარმოადგენს დამოუკიდებელ ქმედებას, ვინაიდან ასეთი უმოქმედობა საფრთხის შემცველი იყო. იგი იმთავითვე წარმოადგენს წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევას, უმოქმედობით ჩადენილ დელიქტს, რომელიც, რა თქმა უნდა, მოქმედებით ჩადენილი დელიქტის მიმართ, როგორც სუბსიდიარული, უკან დაიხევს. საბოლოო შედეგის თვალსაზრისით, უმოქმედობის არსებობა იქნება უარყოფილი თუ მხოლოდ კონკურენციის გზით სისხლისსამართლებრივი შეფასების სფეროდან გამორიცხული, ერთი და იმავე შედეგის გამომწვევი და სამართლებრივად ირელევანტურია.[89]

სუბსიდიარულობის მაგალითად შეიძლება დასახელდეს ასევე ის შემთხვევა, როცა ქმარი დანაშაულის მსხვერპლს (ცოლს) განზრახ მიაყენებს ჯანმრთელობის სასიკვდილო დაზიანებას, ხოლო შემდეგ არ შეასრულებს სამართლებრივი გარანტის ფუნქციას და არ აღმოუჩენს გადაუდებელ დახმარებას, რასაც შეეძლო მსხვერპლის გადარჩენა. იგი დაისჯება მხოლოდ მოქმედებით ჩადენილი დანაშაულისათვის – განზრახი მკვლელობისათვის. თუ გაუფრთხილებლობით დაზიანების მიყენების შემდეგ იგივე პირი განზრახ გამოიჩენს უმოქმედობას და არ შეასრულებს სამართლებრივი გარანტის ფუნქციას დაზარალებულის მიმართ,

[86] იხ. *G. Spendel,* Eberhard Schmidt-FS, 1961, გვ. 193.

[87] შეად. *C. Roxin,* ZStW 74 (1962), გვ. 416.

[88] შეად. იქვე, გვ. 417.

[89] შეად. *J. Baumann/U. Weber /W. Mitsch,* AT, 11. Aufl., 2003, გვ. 272 f.

ასეთ შემთხვევაში უმოქმედობა ვერ გახდება თავდაპირველი მოქმედების მიმართ სუბსიდიარული.[90]

არსებობს შემთხვევები, როცა მხოლოდ უმოქმედობით ჩადენილი დელიქტია სახეზე და არა მოქმედება-უმოქმედობის ერთობლიობა. ასეთ შემთხვევათა რიცხვს მიეკუთვნება ასევე ის მაგალითები, როცა, მართალია, უმოქმედობასთან დაკავშირებულია აქტიური მოქმედება, მაგრამ იგი შედეგისათვის არ არის კაუზალური. ერთ-ერთი შემთხვევის მიხედვით[91], დედამ თავისი სამი წლის გოგონა სახლში დატოვა უმეთვალყურეოდ, ისე, რომ არ გამოიჩინა სათანადო სიფრთხილე, რომ ბავშვს, როგორც ადრე უკვე მომხდარა, არ ჩაერთო ელექტროღუმელი, რომლის ფირფიტების გახურებასაც მნიშვნელოვანი მავნე შედეგის გამოწვევა შეეძლო. მოვლენები ასეც განვითარდა და მაღალი ტემპერატურის შედეგად სამზარეულოში ცეცხლი გაჩნდა, რასაც ბავშვის სიკვდილი მოჰყვა.

ამ საქმეზე გერმანიის ერთ-ერთი მიწის სასამართლომ თავიდან დაადგინა, რომ ჩადენილია გაუფრთხილებლობით სიცოცხლის მოსპობა აქტიური მოქმედებით, რაც გამოიხატა დედის მიერ ბინის დატოვებაში ბავშვის უმეთვალყურეოდ მიტოვებით. ფედერალურმა სასამართლომ კი, ამის საწინააღმდეგოდ მიიჩნია, რომ ბინის დატოვება, მართალია, აქტიური მოქმედებაა, მაგრამ ეს მოქმედება, თავისთავად აღებული, უვნებელი იქნებოდა, ბრალდებულს რომ არ გამოეჩინა უმოქმედობა და ეზრუნა მინიმუმ ელექტროქურის ტექნიკურად დაცვაზე ან ბავშვის მიმართ სხვაგვარ ზედამხედველობაზე.

სწორია *როქსინის* პოზიცია იმის შესახებ, რომ აქ ადგილი ჰქონდა უმოქმედობაში გამოხატულ გაუფრთხილებლობით სიცოცხლის მოსპობას. დედას ჰქონდა სამართლებრივი გარანტის ფუნქცია და სასამართლოს მიერ მითითებულ ღონისძიებებს რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის ხარისხით შეეძლო შედეგის თავიდან აცილება. სასამართლოსგან განსხვავებით, *როქსინი* მოქმედების უარყოფას ახდენს არა მოქმედება-უმოქმედობაში „სიმძიმის ცენტრზე ორიენტირებული შეფასებით" არამედ იმით, რომ დედის სახლიდან წასვლას მოქმედებისათვის საერთოდ არ მიიჩნევს კაუზალურად. მისი აზრით, ბინის დატოვება კი არ არის შედეგთან კანონზომიერ კავშირში, არამედ მხოლოდ შედეგის აცილებისათვის სათანადო ღონისძიებების განუხორციელებლობა. ეს ასე რომ არ იყოს, მაშინ ყველა წმინდა უმოქმედობა იქნებოდა მოქმედება. მაგალითად, დაუხმარებლობა შეიძლება იმაში გამოიხატოს, რომ პირმა, რომელსაც შეუძლია სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენა, შემთხვევის ადგილიდან წავიდეს. მიუხედავად ამისა, აქ დანაშაული მოქმედებაში კი არ გამოიხატება, არამედ უმოქმედობაში.[92]

დანაშაულის მოქმედებით ჩადენისათვის საკმარისია „შინაგანი ენერგია"[93] და

---

[90] იხ. *H. Otto,* JURA 1992, გვ. 98 f.

[91] იხ. BGH NStZ 1999, გვ. 607.

[92] იხ. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 657.

[93] იხ. *K. Engisch,* Wilhelm Gallas-FS, 1973, გვ. 172.

არ არის საკმარისად ენერგიის ხარჯვის გარეგანი გამოვლინება. მაგალითად, ვინც მართლსაწინააღმდეგო მისაკუთრების მიზნით სხვისი ნივთის დაუფლებისას ან ქონებრივი უფლების მიღების დროს არ წარადგენს სათანადო ინფორმაციას და ამ გზით შეცდომაში შეიყვანს ნივთის მფლობელს ან ქონებრივი უფლების მიმცემს, მოქმედებით ახორციელებს თაღლითობის შემადგენლობას.

შედარებით ნაკლებ სიძნელეებთან არის დაკავშირებული ის შემთხვევები, როცა ქმედების შემადგენლობის შესაბამისი შედეგი დგება იმის გამო, რომ პირმა მოქმედების შესრულების შემდეგ უსაფრთხოების ზომების გატარებისას გამოიჩინა უმოქმედობა. ასე, მაგალითად, სამშენებლო სამუშაოთა წარმოების დროს ორმო იქნა ამოთხრილი, მაგრამ ამის შემდეგ მისი უსაფრთხოება არ იქნა უზრუნველყოფილი, რის გამოც ერთ-ერთი გამვლელი ჩავარდა ორმოში და ფეხი მოიტეხა.[94] ამ მაგალითში ორმოს ამოთხრა არის შედეგისათვის კაუზალური მოქმედება, მაგრამ თუ ეს ქმედება სამოქალაქო ან საჯარო-სამართლებრივად გამართლებულია, მაშინ ორმოს ამოთხრისათვის პირის დასჯა გამოირიცხება, რადგან იგი არის ნებადართული მოქმედება. აღნიშნული ზეგავლენას ვერ მოახდენს ამ დროს გაუფრთხილებლობითი (ან განზრახი) უმოქმედობისათვის პირის დასჯადობაზე, ვის მიერაც არ შესრულდა წინდახედულობის ვალდებულება და სამართლებრივი გარანტის ფუნქცია, რომელიც გამოიხატება სამუშაოს წარმოების უსაფრთხოების წესების დაცვაში. ასევეა, *შმიდტის* მიერ მოყვანილი „ბუზების საწამლავის შემთხვევაც", რომელზეც ზემოთ გამახვილდა ყურადღება. ამ შემთხვევაში შესაძლებელია, დედა დაისაჯოს პოზიტიური მოქმედებით ჩადენილი დანაშაულისათვის.[95] „მოქმედება" შეიძლება სახეზე იყოს იმ შემთხვევაში, როცა საწამლავის დადგმამ უკვე შექმნა ბავშვისათვის უზედამხედველო, საშიში სიტუაცია. თუ საწამლავის დადგმის შემდეგ ბავშვის მიმართ ზედამხედველობა უპრობლემოდ შესაძლებელი იყო, იგი შეიძლება იყოს ნებადართული მართლზომიერი რისკი და ამიტომ სისხლისსამართლებრივად ირელევანტური. ასეთ შემთხვევაში სათანადო ზედამხედველობის არარსებობა შეიძლება შეფასდეს, როგორც ჯანმრთელობის დაზიანება უმოქმედობით. მაშასადამე, თუ ამა თუ იმ კონკრეტულ შემთხვევაში სახეზეა როგორც მოქმედება, ისე უმოქმედება, მაშინ მათი ურთიერთობა ერთმანეთთან იქნება კონკურენციის პრინციპების შესაბამისი.

სისხლის სამართალში არის შემთხვევები, როცა მოქმედება ისჯება როგორც უმოქმედობა, რომელსაც ეწოდება „უმოქმედობა მოქმედებით".[96] ეს არის უმოქმედობის ცნების ნორმატიული გაგება, რა დროსაც ადგილი აქვს მოქმედებას, მაგრამ პირის დასჯა ხორციელდება უმოქმედობის შემადგენლობისათვის. ასეთი შემთხვევები იყოფა სხვადასხვა ჯგუფად:

---

[94] იხ. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 659.

[95] ასე, მაგალითად, *E. Schmidt,* Der Arzt im Strafrecht, 1939, გვ. 79.

[96] იხ.: *C. Roxin,* Karl Engisch-FS, 1969, გვ. 380 ff.; *K. F. Stoffers*, JA 1992, გვ. 138 ff., 140.

(1) უმოქმედობით ჩადენილ დელიქტში აქტიური მონაწილეობა

ვინც სხვა პირს წააქეზებს, რათა გამოიჩინოს უმოქმედობა და არ დაეხმაროს განსაცდელში მყოფს, ან დანაშაულის შეუტყობინებლობის წაქეზება, ისჯება ამავე დანაშაულში უმოქმედობით თანამონაწილეობისათვის. იგივე წესი მოქმედებს დახმარებისთვისაც. მაშასადამე, თანამონაწილე ისჯება არა მოქმედების, არამედ უმოქმედობისათვის.[97] ამ საკითხზე *ველცელი*[98] ავითარებს საწინააღმდეგო პოზიციას, მაგრამ ასეთი თვალსაზრისი ლიტერატურაში სხვა ავტორების მიერ უარყოფილია. მიუხედავად იმისა, რომ მოქმედების კაუზალობა უდავოა, თანამონაწილეობის აქცესორული ბუნებიდან გამომდინარე, თანამონაწილე უნდა დაისაჯოს უმოქმედობის შემადგენლობისათვის.

(2) omissio libera in causa

სისხლის სამართალში განვითარდა *omissio libera in causa*-ს ფორმულა. იგი გამოიყენება იმ შემთხვევებისათვის, როცა სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების თავიდან აცილების ვალდებულების მქონე გარანტი თავის მოქმედებაუნარიანობას აქტიური მოქმედებით გამორიცხავს. მაგალითად, მეისრე დათვრება და განზრახ თავის თავს ისეთ უგონო მდგომარეობაში ჩაიყენებს, რომ მოგვიანებით ვერ შეძლოს ისრის გადაწევა. ამის გამო მომხდარ მატარებლის მარცხს შედეგად ადამიანთა სიკვდილი მოჰყვება. გაბატონებული შეხედულებით, მეისრემ ბრალეულად უმოქმედობით ჩაიდინა ადამიანთა განზრახი მკვლელობა, მიუხედავად იმისა, რომ ონთოლოგიურად სისხლისსამართლებრივი შერაცხვა დაკავშირებულია არა უმოქმედობასთან, არამედ მოქმედებასთან (საკუთარი თავის დათრობა).[99] აქაც ადგილი აქვს „უმოქმედობას მოქმედებით". საკუთარი თავის დათრობა არის აქტიური მოქმედება, ხოლო შემდგომ ისრის გადაწევის დროისათვის მოქმედებაუნარიანობის დაკარგვა, არის უმოქმედობის დასჯადობის ერთ-ერთი აუცილებელი პირობა.[100]

(3) დახმარების გაწევის მცდელობის შეწყვეტა

შემთხვევათა ეს ჯგუფი ლიტერატურაში ითვლება ყველაზე უფრო სადავოდ.[101] ერთ-ერთი კაზუსის მიხედვით[102], იანვრის სუსხიან დღეს სკოლიდან მომავალი გ., რომელსაც ფეხი დაუცურდა, გადავარდა ხიდიდან, ჩავარდა მდინარეში და იხრჩობოდა. შემთხვევით გამვლელმა ნ.-მ დაინახა განსაცდელში მყოფი პიროვნება, რომელიც წყალში იხრჩობოდა და შველას ითხოვდა, გადაუგდო თოკი და დაიწყო მისი წყლიდან ამოყვანა. მშველელმა განსაცდელში მყოფ

---

[97] იხ. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 660.

[98] იხ. *H. Welzel,* Das Deutsche Strafrecht, 1969, გვ. 206.

[99] იხ. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 660 f.

[100] იხ. *E. Samson,* Hans Welzel-FS, 1974, გვ. 582.

[101] შეად. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 662.

[102] იხ. *ჯ. ტურავა,* სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, 2010, გვ. 370-371.

ბავშვში მოულოდნელად მისი ყოფილი დირექტორის შვილი ამოიცნო. მამაზე განაწყენებულმა, ბავშვს წაართვა თოკი, რის შედეგადაც იგი ისევ წყალში ჩავარდა და დაიხრჩო.

ასეთ შემთხვევაში ადგილი აქვს სამართლებრივი სიკეთის გადამრჩენი მიზეზობრივი კავშირის განვითარების შეწყვეტას. ზოგადი წესით, შედეგის დადგომის შემთხვევაში, იგი უნდა იწვევდეს დასჯადობას მოქმედებით ჩადენილი დამთავრებული დანაშაულისათვის, თუმცა მას გააჩნია თავისებურებანი, რის გამოც, მოითხოვს განსხვავებულ მიდგომას: მოქმედების ჩამდენ პირს ისევ უკან მიაქვს სხვისთვის დახმარების გაწევის მცდელობა იმ შედეგით, რომ იგივე სიტუაცია იქმნება, თავიდანვე რომ უმოქმედობა გამოეჩინა და გვერდი აევლო განსაცდელში მყოფისათვის, რომელიც შველას ითხოვდა. *როქსინმა* განავითარა თეზა[103], რომ ამ დროს პირის მოქმედება არ არის იმისგან განსხვავებული, ვიდრე თავიდანვე დახმარების გაწევის სურვილის არმქონის. მისი აზრით, მოქმედება, რომელიც წარმოადგენს დახმარების გაწევის მცდელობაზე ხელის აღებას, მოითხოვს უმოქმედობით ჩადენილი დელიქტის შემადგენლობად სუბსუმციას, მიუხედავად იმისა, რომ პირის გადარჩენა საბოლოოდ აქტიური მოქმედებით ჩაიშალა.[104]

ამის საწინააღმდეგოდ, არაერთი ავტორი მიიჩნევს, რომ განზრახი დანაშაული ჩადენილია მოქმედებით ყველა იმ შემთხვევაში, როცა ადგილი აქვს სამართლებრივი სიკეთის გადასარჩენად დახმარების გაწევის განხორციელების ეტაპზე პირის მიერ უკან დახევას და სამართლებრივი სიკეთის მდგომარეობის დახმარების დაწყებამდე არსებულ სიტუაციაში დაბრუნებას.[105] აქ განხილულ შემთხვევაში გამვლელის მიერ ჩადენილია განზრახი მკვლელობა მოქმედებით.

(4) მკურნალობის ტექნიკური შეწყვეტა

„უმოქმედობა მოქმედებით" ყველაზე უფრო აქტუალურია მკურნალობის ტექნიკური შეწყვეტის შემთხვევებში.[106] ეს ის შემთხვევაა, როცა ადგილი აქვს სიცოცხლის გამახანგრძლივებელი საშუალებების გამორთვას. მაგალითად, ცერებრალური ავადმყოფობით მძიმედ დაავადებულმა პაციენტმა დაკარგა ცნობიერება შეუქცევადად. იგი თავისი სიცოცხლის ხელოვნური შენარჩუნების შემდგომი ძალისხმევის შეწყვეტაზე სავარაუდოდ თანახმა იქნებოდა.[107]

პაციენტის მიმართ ასეთი მოქმედების ნებადართულობა დოგმატურად ადვილი დასამტკიცებელია, თუ მკურნალობის შეწყვეტა წარმოადგენს უმოქმედობას. ასეთ შემთხვევებში არ არსებობს მოქმედების სამართლებრივი ვალდებულება.

---

[103] იხ. *C. Roxin,* Karl Engisch-FS, 1969, გვ. 381 ff., 383.

[104] იხ. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 662.

[105] იხ.: *E. Samson*, Hans Welzel-FS, 1974, გვ. 598 ff.; *K. F. Stoffers*, JA 1992, გვ. 178 ff.; *J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch*, AT, 11. Aufl., 2003, გვ. 275.

[106] ამის შესახებ იხ. ასევე: *ბ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, გვ. 240-241.

[107] იხ. BGHSt 40, გვ. 257.

იმ შემთხვევაში კი, თუ სუნთქვის აპარატის გამორთვის გამო მკურნალობის შეწყვეტას მივიჩნევთ „აქტიურ მოქმედებად", რადგან, თუნდაც ღილაკის პატარა დაჭერა წარმოადგენს ენერგიის პოზიტიურ გამოყენებას, მაშინ, ზოგადი წესით, სახეზე გვექნება მოქმედებით ჩადენილი განზრახი მკვლელობა.

ასეთი შემთხვევის განზრახ მკვლელობად მიჩნევა იქნებოდა შეუსაბამო, რადგან არ შეიძლება, არსებობდეს სამართლებრივი განსხვავება მკურნალობის შემდგომი გაგრძელების შეწყვეტის მიზნით აპარატის ჩაურთველობასა და მის გამორთვას შორის. ორივე შემთხვევაში ერთი და იგივე ფაქტობრივი შედეგი წარმოიშობა. ასეთ შემთხვევაშიც გამოიყენება აზრობრივი ფიგურა: უმოქმედობა მოქმედებით[108]. მართალია, სუნთქვის აპარატის გამორთვა გარეგნულად წარმოადგენს მოქმედებას, მაგრამ ნორმატიულად უმოქმედობის წესების მიხედვით უნდა იქნეს გადაწყვეტილი და, მოქმედების ვალდებულების არარსებობის გამო, დასჯადად არ უნდა იქნეს მიჩნეული. ასეთი მიდგომა მოქმედებს ყველა იმ შემთხვევაში, როცა სიცოცხლის გახანგრძლივების შემდგომი ძალისხმევის ვალდებულება აღარ არსებობს.[109]

ამის საწინააღმდეგოდ, გავრცელებული შეხედულება ამტკიცებს, რომ ასეთ შემთხვევებში, მოქმედების კაუზალობიდან გამომდინარე, ჩადენილია განზრახი მკვლელობა.[110] ასეთი პოზიცია სწორად არის მიჩნეული კრიმინალ-პოლიტიკურად მიუღებლად.[111]

ამ პრობლემასთან დაკავშირებით სადავოა საკითხი, ნებადართულობის შემთხვევაში, თუ ვინ შეიძლება იყოს უფლებამოსილი მკურნალობის ტექნიკურ შეწყვეტაზე. ითვლება, რომ, როგორც წესი, ამის უფლება მხოლოდ მკურნალ ექიმს უნდა ჰქონდეს, რადგან მხოლოდ მას შეუძლია ასეთი მოქმედების წინაპირობების პროფესიულად შეფასება. თუ დამლაგებელი ან სტუმარი აპარატს უნებართვოდ გამორთავს, მაშინ ისინი უნდა დაისაჯონ განზრახი მკვლელობისათვის, მაშინაც კი, როცა ექიმს ექნებოდა მკურნალობის შეწყვეტის უფლება.[112] თუ ადგილი აქვს მსხვერპლის დაჟინებულ თხოვნას, მისი ნამდვილი ნების შესაბამისად და მკურნალობის შეწყვეტა ჩადენილია მომაკვდავის ძლიერი ფიზიკური ტკივილისგან გათავისუფლების მიზნით, ასეთ შემთხვევაში, მაგალითად, არც მეუღლე (ან სხვა ახლობელი) არ უნდა დაისაჯოს აპარატის გამორთვისათვის. თვით პაციენტს აქვს უფლება, გადაწყვიტოს მკურნალობის შეწყვეტის თაობა-

---

[108] პირველად და დაწვრილებით ამ გაგებით ეს ტერმინი გამოიყენა *კ. როქსინმა*. იხ. *C. Roxin*, Karl Engisch-FS, 1969, გვ. 395 ff.

[109] ამ პოზიციამ ლიტერატურაში არაერთი ავტორის მხრიდან მოიპოვა მხარდაჭერა. შეად. *C. Roxin*, AT II, 2003, გვ. 665, 162-ე სქოლიო. მათ შორისაა, თვით *როქსინი*, ასევე *იაკობსი*, *ვეზელსი/ბოიკლე*, *ჰერცბერგი*.

[110] შეად. *C. Roxin*, AT II, 2003, გვ. 665, 163-ე სქოლიო. მათ შორისაა, *ბაუმანი/ვებერი*, *იეშეკი/ვაიგენდი*, *სამსონი*, *ფოგელი*.

[111] იხ. *C. Roxin*, AT II, 2003, გვ. 665.

[112] იხ. იქვე, გვ. 666.

ზე.[113] უფრო შორს მიდის, მაგალითად, *ეზერი*[114], როცა არადიფერენცირებულად უდგება ამ საკითხს: არ შეიძლება რაიმე არსებითი განსხვავება იყოს იმაში, მკურნალობის შეწყვეტა მოხდება ექიმის, ექთნის თუ სხვა მესამე პირის მიერ. ეს პოზიცია გასაზიარებელია, რადგან იგი პატივს სცემს მომაკვდავი პაციენტის თავისუფალ ნებას.

5. რისკის შექმნა და ამაღლება ობიექტური შერაცხვის მოძღვრებაში

ობიექტური შერაცხვის მოძღვრების მთავარი ამოცანაა, დაასაბუთოს, რომ დანაშაულის სისტემის სამი კლასიკური კომპონენტი: მოქმედება (გაუფრთხილებლობის დროს გამოხატული წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევაში), შედეგი და მიზეზობრივი კავშირი არ ამოწურავს შედეგიანი დამთავრებული დანაშაულის ქმედების ობიექტური შემადგენლობის შინაარსს. ე.წ. რისკის თეორიის მიხედვით, დამდგარი შედეგი პირს მხოლოდ მაშინ შეიძლება შეერაცხოს ობიექტურად, თუ მან თავისი ქმედებით, რომელიც შედეგთან მიზეზობრივ კავშირშია, სამართლებრივად დასაძრახი რისკის (საფრთხის) მდგომარეობა შექმნა, რომელმაც ქმედების შემადგენლობით გათვალისწინებული კონკრეტული შედეგი გამოიწვია ან ასეთი შედეგის დადგომის რისკი აამაღლა.[115] რისკის თეორიის ფორმულირების შინაარსი ლიტერატურაში აზრთა სხვადასხვაობას იწვევს.[116]

გაერცელებული შეხედულებით, რისკის თეორიის მიხედვით, მიზეზობრივი კავშირის დადგენის შემდეგ, ობიექტური შერაცხვის ეტაპზე *სამი* მომენტი უნდა დადგინდეს:

(1) პირმა თავისი მოქმედებით შექმნა თუ არა რისკის (საფრთხის) მდგომარეობა;

(2) იყო თუ არა ეს რისკი (საფრთხე) სამართლებრივად დასაძრახი და

(3) მოხდა თუ არა ამ რისკით (საფრთხით) კონკრეტული შედეგის რეალიზაცია.

ამასთან, გასათვალისწინებელია ის გარემოება, რომ ობიექტური შერაცხვის

---

[113] იხ.: NStZ 1987, გვ. 229; *R. D. Herzberg,* JZ 1988, გვ. 182 ff.; *C. Roxin,* NStZ 1987, გვ. 348 ff.; *K. F. Stoffers*, MDR 1992, გვ. 621 ff.; *H. Tröndle*, Hans Göppinger-FS, 1990, გვ. 595, 600.

[114] შეად.: *A. Schönke/H. Schröder - A. Eser,* StGB, Kommentar, 26. Aufl., გვ. 1681; *K. F. Stoffers*, MDR 1992, გვ. 621 ff.

[115] ობიექტური შერაცხვის ეს ძირითადი ფორმულა, სხვადასხვა სიტყვით, მაგრამ მსგავსი შინაარსით, მოცემულია არაერთ ავტორთან. იხ., მაგალითად, გერმანულ სამართალში: *H.-H. Jescheck/T. Weigend,* AT, 5. Aufl., 1996, გვ. 287; *J. Wessels/W. Beulke,* Strafrecht, AT, 40. Aufl., 2010, გვ. 65; *K. Kühl,* AT, 6. Aufl., 2008, გვ. 38; *I. Puppe*, JuS 1982, გვ. 660; *H. Otto,* JURA 1992, გვ. 90; შვეიცარიულში: *G. Stratenwerth,* Schweizerisches Strafrecht, AT I, 3. Aufl., 2005, გვ. 158; ავსტრიულში: *H. Fuchs,* Österreichisches Strafrecht, AT I, 6. Aufl., 2004, გვ. 98. ამასთან, „რისკის ამაღლებაზე" მიუთითებენ მხოლოდ ის ავტორები, რომლებიც მხარს უჭერენ ე.წ. რისკის ამაღლების თეორიას.

[116] შეად. *I. Puppe,* ZStW 99 (1987), გვ. 595.

ეტაპზე ჯერ კიდევ არ არის გადამწყვეტი, პირი მოქმედებდა განზრახვით თუ გაუფრთხილებლობით.

თანამედროვე გაგებით, შედეგის ნორმატიული შერაცხვა უნდა განხორციელდეს სამ ეტაპად და დადგინდეს:

ჩადენილი ქმედების ადეკვატურობა;

შედეგში რეალიზებულ სამართლებრივად დასაძრახ რისკთან ამ ქმედების კავშირი და

სისხლის სამართლით დაცული სიკეთისათვის ამ ქმედების ჩადენით სამართლებრივად დასაძრახი რისკის მდგომარეობის შექმნა ან ამაღლება.[117]

ადრე ადეკვატურობის თეორია განიხილებოდა, როგორც კაუზალობის თეორია. შედეგის ობიექტური შერაცხვის მოძღვრების მიხედვით, მიზეზობრიობის ერთადერთ თეორიას წარმოადგენს ეკვივალენტურობის თეორია, ადეკვატურობა კი წარმოადგენს კაუზალობის დადგენის შემდეგ პასუხისმგებლობის შეზღუდვის კრიტერიუმს. დამდგარი შედეგი არ არის ადეკვატური და, კაუზალობის მიუხედავად, არ იწვევს შედეგის შერაცხვას, თუ მისი დადგომა ზოგადი ცხოვრებისეული გამოცდილების ფარგლებს სცილდება.[118]

ასევე ნებადართული რისკის მდგომარეობაში ჩადენილი ქმედებით გამოწვეული შედეგი პირს ობიექტურად არ შეერაცხება და გამორიცხავს ქმედების ობიექტურ შემადგენლობას, რადგან იგი ხორციელდება საზოგადოების მიერ აღიარებული ზოგადი ცხოვრებისეული რისკის ფარგლებში, რის გამოც მიიჩნევა *სოციალურად ადეკვატურად*[119]. მაგალითად, ავტომანქანის ტარება ან თვითმფრინავით გადაადგილება ყოველთვის არის საფრთხის შემქმნელი მოქმედება, მაგრამ სამართლებრივად არ არის დასაძრახი, იმ შემთხვევაშიც კი, როცა ასეთი რისკი კონკრეტულ მძიმე შედეგს – სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებას გამოიწვევს, თუ იგი, თავის მხრივ, ნებადართული მართლზომიერი რისკის ფარგლებში ხორციელდებოდა. ასევე, ნორმის ადრესატს ობიექტურად არ შეიძლება შეერაცხოს ისეთი ქცევით გამოწვეული შედეგი, რომელიც მისი „ბატონობის ქვეშ" არ არის. მაგალითად, მივლინებით უცხოეთში თანამშრომლის გაგზავნა, როცა ამ დროს იგი თვითმფრინავის ჩამოვარდნის შედეგად დაიღუპება, მიუხედავად მიზეზობრივი კავშირის არსებობისა, არ იწვევს მივლინებაში გამგზავნისათვის შედეგის ობიექტურად შერაცხვას.

შედეგში რეალიზებულ სამართლებრივად დასაძრახ რისკთან ქმედების კავშირი, შედეგთან მისი კაუზალობის მიუხედავად, ყოველთვის არ არის სახეზე. მაგალითად, ა.-მ ვერ შეამჩნია ფეხით მოსიარულე ბ., დაეჯახა მას და მიაყენა ჯანმრთელობის მსუბუქი დაზიანება. ამის გამო ბ.-ს დასჭირდა ექიმთან მისვლა,

[117] იხ. *H.Fuchs,* Österreichisches Strafrecht, AT I, 3. Aufl., 1998, გვ. 98.

[118] იხ. იქვე, გვ. 98 f.

[119] სოციალური ადეკვატურობა არის ცნება, რომელიც *გელცელიდან* მომდინარეობს და სისხლის სამართალში სხვადასხვა საგნობრივ კონსტელაციასთან დაკავშირებით იქნა გამოყენებული. იხ. *H. Welzel,* ZStW 58 (1939), გვ. 516 ff., 527 ff.

რის შედეგადაც დააგვიანდა მატარებელზე და იძულებული შეიქნა, შემდეგი მატარებლით გამგზავრებულიყო, რომელიც ავარიის შედეგად ლიანდაგიდან გადავარდა. ამის გამო რამდენიმე მგზავრის, მათ შორის, ბ.-ს სიკვდილი დადგა.

ა.-ს მიერ წინდახედულობის ნორმის დარღვევა ბ.-ს სიკვდილთან არის მიზეზობრივ კავშირში *(conditio sine qua non)*, მაგრამ არ არის შედეგში რეალიზებულ სამართლებრივად დასაძრახ რისკთან კავშირში, რომლის შემოწმება, თავის მხრივ, როგორც ლიტერატურაში არის მითითებული[120], უნდა მოხდეს შემდეგ საკითხთა გარკვევით:

(1) კონკრეტულად რომელი ქცევის ნორმა დაარღვია პირმა, რომელ *ex-ante* ასაბუთებს მისი ქმედების ობიექტურ წინააღმდეგობას წინდახედულობის ვალდებულებასთან. წინახედულობის ნორმის დარღვევის დადგენას აქვს ლოგიკური პრიორიტეტი: სანამ დადგინდება ნორმის დაცვის მიზანი, მანამდე უნდა დადგინდეს ის ნორმა, რომელიც დაირღვა. ამ შემთხვევაში დარღვეულ იქნა ტრანსპორტის მოძრაობის უსაფრთხოების წესები;

(2) რომელი საფრთხე უნდა აღიკვეთოს დარღვეული ქცევის ნორმით, კონკრეტულად რატომ არის ესა თუ ის ქცევა აკრძალული (ე.წ. ნორმის დაცვის მიზანი). ამ შემთხვევაში დარღვეული ნორმის მიზანია, მოძრაობის უსაფრთხოების წესების დაცვით მოხდეს ტიპური უბედური შემთხვევების თავიდან აცილება, მაგრამ ეს აკრძალვა არ მოიცავს იმის აღკვეთასაც, რომ ვინმეს მატარებელზე არ დააგვიანდეს და მატარებლების დაჯახების შედეგად არ დაიღუპოს;

(3) რომელი საფრთხის რეალიზაცია მოხდა კონკრეტულად დამდგარ შედეგში, ხომ არ მოხდა სულ სხვა რისკის განხორციელება. აშკარაა, რომ ამ შემთხვევაში მსხვერპლის სიკვდილში მოხდა იმ ზოგადი ცხოვრებისეული რისკის განხორციელება, რომელიც არსებობს მატარებლის მგზავრობისას და არა იმ საფრთხის, რომელიც ა.-მ მოძრაობის უსაფრთხოების წესების დარღვევით ქვეითად მოსიარულეს შეუქმნა.

სისხლის სამართალში ჩამოყალიბდა შედეგში რეალიზებულ სამართლებრივად დასაძრახ რისკთან ქმედების კავშირისა და ობიექტური შერაცხვის გამომრიცხველი მნიშვნელოვანი ასპექტები[121]. შედეგად, ასეთი კავშირის არარსებობისა და ობიექტური შერაცხვის გამომრიცხველი ამა თუ იმ გარემოების არსებობის შემთხვევაში, განზრახი შედეგიანი დელიქტების დროს ბრალდებული შეიძლება დაისაჯოს მხოლოდ მცდელობისათვის, თანამდევი შედეგით კვალიფიცირებული განზრახი დანაშაულის დროს – ძირითადი დელიქტისათვის, ხოლო გაუფრთხილებლობითი შედეგიანი დელიქტებისათვის პირი არ დაისჯება.

რისკის თეორიასთან დაკავშირებით ყველაზე უფრო საკამათოა რისკის ამაღლების სამართლებრივი შედეგები, კერძოდ, პირს მისი მოქმედებით გამოწვეული შედეგი ობიექტურად უნდა შეერაცხოს თუ არა, როცა უტყუარად არ დასტურ-

---

[120] იხ. *H.Fuchs,* Österreichisches Strafrecht, AT I, 3. Aufl., 1998, გვ. 100.

[121] იხ. *ბ. ტურავა,* სისხლის სამართალი, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, გვ. 221.

დება, არამედ მხოლოდ შესაძლებლად მიიჩნევა მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედებით ამა თუ იმ შედეგის თავიდან აცილებადობა.[122] ეს საკითხი ქვემოთ იქნება განხილული.

მარტივად წყდება პრობლემა, როცა დადგინდება, რომ შედეგი მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედების დროს არ დადგებოდა, ან, პირიქით, ამ დროსაც დადგებოდა. მაგალითად, ა. მართავდა ავტომანქანას დასახლებულ პუნქტში 80 კმ. სიჩქარით საათში, მაშინ როდესაც დაშვებული იყო 60 კმ. საათში სიჩქარით მოძრაობა. იგი დაეჯახა ქვეითად მოსიარულეს, რასაც მისი სიკვდილი მოჰყვა. ექსპერტიზამ დაადგინა, რომ დაშვებული სიჩქარით მოძრაობის შემთხვევაშიც მძღოლი შედეგს თავიდან ვერ აიცილებდა.[123]

პირს ობიექტურად არ შეიძლება შეერაცხოს შედეგი, რომელიც, მართალია, წინდახედულობის ნორმით გათვალისწინებულ მოვალეობათა დარღვევით იყო გამოწვეული, როცა იგი მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედების შემთხვევაშიც დადგებოდა, თუ პირი წინდახედულობის ნორმის შესაბამისად იმოქმედებდა. შემთხვევათა ეს ჯგუფი მნიშვნელოვანია გაუფრთხილებლობითი და ასევე უმოქმედობით ჩადენილი დანაშაულებისათვის. მიზეზობრივი კავშირი დამდგარ შედეგთან სახეზეა, ასევე ავტომანქანის საჭესთან მთვრალ მდგომარეობაში ყოფნა და დადგენილი სიჩქარის გადაჭარბებით მოძრაობა წარმოადგენს წინდახედულობის ნორმით გათვალისწინებულ მოვალეობათა დარღვევას, ნორმის დაცვის მიზანიც, რომელიც მდგომარეობს ასეთი ქცევით (სიმთვრალე და გადაჭარბებული სიჩქარით მოძრაობა) გამოწვეული საშიშროებების აღკვეთაში, სახეზეა. მიუხედავად ამისა, ა.-ს შედეგი ობიექტურად მაინც არ შეერაცხება, რადგან ეს შედეგი წინდახედულობის ნორმის შესაბამისი მოქმედების დროსაც დადგებოდა.

მაშასადამე, თუ დადგინდება, რომ მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედების შესრულების დროსაც შედეგის თავიდან აცილება ვერ მოხდებოდა, მაშინ ამ შედეგის ობიექტური შერაცხვა უნდა გამოირიცხოს.[124] ამ დებულების დასამტკიცებლად *კლაუს როქსინი* ახდენს გერმანული სასამართლო პრაქტიკის ერთ-ერთი მაგალითის (ე.წ. ჩინური თხის თმის შემთხვევა[125]) მოდიფიკაციას შემდეგი ვარიანტით:

ფაბრიკის ხელმძღვანელმა თავის თანამშრომლებს, წინასწარი დეზინფიცირების გარეშე, გადასცა ჩინური თხის თმა გადასამუშავებლად, რითაც დაარღვია სამუშაოს წარმოების დადგენილი წესი. ამის შედეგად ოთხი თანამშრომელი ქალი დაინფიცირდა ჯილეხის ჩხირებით, რასაც მათი სიკვდილი მოჰყვა. გამოძიების შედეგად დადგინდა, რომ დეზინფექციისათვის განკუთვნილი ის საშუალება, რომელიც უნდა გამოეყენებინათ, ევროპაში მანამდე უცნობი ჩხირების წინააღმდეგ მაინც ვერ იქნებოდა ეფექტური საშუალება და მისი გამოყენების

[122] შად. *C. Roxin,* AT I, 4. Aufl., 2006, გვ. 392.

[123] იხ. *M. Burgstaller,* AnwBl 1980, გვ. 99.

[124] იხ. *ჯ. ტურაჯა,* სისხლის სამართალი, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, გვ. 231.

[125] იხ. RGSt 63, გვ. 211.

შემთხვევაშიც შედეგი თავიდან ვერ იქნებოდა აცილებული.[126]

შეიძლება ითქვას, რომ ამ შემთხვევაში ადგილი არ ჰქონია აკრძალული რისკის კონკრეტულ შედეგში რეალიზაციას. მართალია, ფაბრიკის ხელმძღვანელმა დეზინფექციის არჩატარებით სამართლებრივად აკრძალული საფრთხის მდგომარეობა შექმნა, მაგრამ, როგორც შემდგომში ექსპერტიზამ დაადგინა, რისკი არ იქნა შედეგში განხორციელებული, რადგან მის მიერ დადგენილი წესის შესაბამისად შესრულებული მოქმედებაც შედეგის თავიდან აცილებას მაინც ვერ უზრუნველყოფდა. ობიექტური შერაცხვის თეორიის მიხედვით, ასეთ შემთხვევაში დამდგარი შედეგის ობიექტური შერაცხვა ვერ მოხდება, რადგან ეს იქნებოდა პირის დასჯა სამსახურებრივი მოვალეობის შეუსრულებლობისათვის, როცა მის მიერ შექმნილი რისკის კონკრეტულ შედეგში რეალიზაცია არ მომხდარა. ასეთ შემთხვევაში ფაბრიკის ხელმძღვანელის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა გაუფრთხილებლობითი შედეგისათვის არ დადგება, ხოლო თუ იგი მუშების მოკვლის განზრახვით იმოქმედებდა, მაშინ მისი მოქმედება შეფასდებოდა, როგორც მკვლელობის მცდელობა.

სისხლის სამართალში მიუღებელია შედეგის ობიექტური შერაცხვა წინდახედულობის ვალდებულების ყოველგვარი დარღვევის გამო, რომელმაც ქმედების შემადგენლობით გათვალისწინებული შედეგი გამოიწვია. ასეთ შემთხვევაში შედეგისათვის დასჯა იქნებოდა თანამედროვე სისხლის სამართალში უარყოფილ *versari in re illicita*-ს თეორიაში დაბრუნება, რომლის მიხედვითაც, თუ პირი რაიმე აკრძალულ ქცევას ჩაიდენდა, ყველა მისგან წარმოშობილი შედეგი მას *eo ipso*, როგორც გაუფრთხილებლობითი შეერაცხებოდა.[127] ამ პრობლემის თავიდან აცილების მიზნით, შედეგის ობიექტური შერაცხვისათვის სისხლის სამართალი ეძებს განსაკუთრებულ კავშირებს წინდახედულობის ნორმის დარღვევასა და დამდგარ შედეგს შორის, რომლის დახმარებითაც ხდება ქმედების შემადგენლობისათვის ირელევანტური ყოველგვარი დარღვეული ვალდებულების გამორიცხვა.

რისკის ამაღლების შემთხვევები პრაქტიკაში უმეტესწილად შეეხება გაუფრთხილებლობით დელიქტებს, მაგრამ ამ დროს მოქმედი ობიექტური შერაცხვის წესები განზრახი დელიქტებისთვისაც თეორიულად იმავე მნიშვნელობის მატარებელია. ამასთან, გაუფრთხილებლობისგან განსხვავებით, განზრახი დანაშაულების დროს არც ერთი თეორიის მიხედვით არ წარმოიშობა კრიმინალ-პოლიტიკურად მიუღებელი დაუსჯელობის პრობლემა, რადგან არსებობს მცდელობისათვის დასჯადობის შესაძლებლობა.

თინათინ წერეთელი საფრთხის (რისკის) შექმნის არაერთ შემთხვევაში ავითარებდა ე.წ. საზოგადოებრივი საშიშროების ან განზრახვის უარყოფის თეო-

---

[126] იხ. *C. Roxin*, AT, 4. Aufl., 2006, გვ. 387.

[127] იხ. *C. Roxin*, ZStW 74 (1962), გვ. 431.

რიას.[128] მიუხედავად ამისა, იგი ვერ ჩაითვლება „ობიექტური შერაცხვის მოძღვრების", არამედ უფრო „შერაცხვის ვოლუნტატიური მოდელის" მიმდევრად. თანამედროვე გაგებით შედეგის ობიექტური შერაცხვის არაერთ პრობლემას იგი ქმედების შემადგენლობის გარეთ – საზოგადოებრივი საშიშროების (მატერიალური მართლწინააღმდეგობის) ან განზრახვის (ბრალის) ეტაპზე განიხილავდა.

6. რისკის ამაღლების თეორია

6.1. რისკის ამაღლება მოქმედებით ჩადენილ დელიქტებში

6.1.1. რისკის ამაღლების თეორიის არსი

„გვჭირდება რისკის ამაღლების თეორია?" – ასეთი რიტორიკული დასათაურება აქვს პროფესორ *ინგებორგ პუპეს* სამეცნიერო პუბლიკაციას[129], რომელიც სასამართლო პრაქტიკის მაგალითებით ასაბუთებს ამ თეორიის თეორიულ და პრაქტიკულ მნიშვნელობას თანამედროვე სისხლის სამართალში. თვით „რისკის ამაღლების თეორიის" დამფუძნებელია *კლაუს როქსინი*[130]. მან ეს თეორია, როგორც ადეკვატურობის თეორიის შემდგომი ნორმატიული განვითარება[131], ჩამოაყალიბა ჯერ კიდევ თავის ადრეულ ნაშრომებში[132], რომელსაც ლიტერატურაში არაერთმა ავტორმა დაუჭირა მხარი,[133] ხოლო ავსტრიულ სისხლის სამართალში გაბატონებულ „შერაცხვის მოდელადაც" კი იქცა[134].

---

[128] იხ. თ. *წერეთელი, გ. ტყემალაძე,* მოძღვრება დანაშაულზე, 1969, გვ. 207-316.

[129] იხ. *I. Puppe,* Claus Roxin-FS, 2001, გვ. 287.

[130] ამის შესახებ მითითებულია არაერთ ავტორთან. იხ. ასევე თვით *C. Roxin,* AT I, 4. Aufl., 2006, გვ. 393.

[131] შეად. *Ch. Hübner,* Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, 2004, 167 ff.

[132] იხ.: *C. Roxin,* ZStW 74 (1962), გვ. 411; *C. Roxin,* ZStW 78 (1966), გვ. 214. *კლაუს როქსინმა* ეს თეორია განავითარა სასამართლო პრაქტიკის მაგალითების საფუძველზე. იგი უთითებს „ველოსიპედისტის", „აფთიაქარის", „ჩინური თხის თმისა" და „ნოვოკაინის" შესავალში მითითებულ შემთხვევებზე.

[133] იხ. *C. Roxin,* AT I, 4. Aufl., 2006, გვ. 392 ff., ასევე: *H.-H. Jescheck/T. Weigend,* AT, 5. Aufl., 1996, გვ. 583 ff; *H. Otto,* Reinhart Maurach-FS, 1972, გვ. 101; *H. Otto,* NJW 1980, გვ. 417; *I. Puppe,* ZStW 95 (1983), გვ. 287; *I. Puppe,* ZStW 99 (1987), გვ. 595; *I. Puppe,* Claus Roxin-FS, 2001, გვ. 301 ff.; შვეიცარიულ სისხლის სამართალში: *G. Stratenwerth,* Wilhelm Gallas-FS, 1973, გვ. 227 ff.; ავსტრიულ სისხლის სამართალში: *F. Nowakowski,* JBl 1972, გვ. 31; *M. Burgstaller,* Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, გვ. 129 ff.; *H. Fuchs,* Österreichisches Strafrecht, AT I, 6. Aufl., 2004, გვ. 104 f.

[134] ამის შესახებ იხ. *A. Reitmaier,* Die objektive Erfolgszurechnung im österreichischen Strafrecht, 1998, გვ. 167. გაბატონებული ავსტრიული თვალსაზრისისგან განსხვავებით, *შტაინინგერი* აყალიბებს შერაცხვის უფრო მკაცრ კრიტერიუმებს. მართალია, იგი მხარს უჭერს რისკის ამაღლების თეორიის შეუზღუდავად გამოყენებას, მაგრამ იმავდროულად მოითხოვს, რომ წინდახედულობის ვალდებულების საწინააღმდეგო მოქმედებით შედეგის დადგომის რეალური შანსი უნდა იყოს აშკარა და ყველასათვის გასაგებად ძალზე არსებითად ამაღლებული. მხ-

სისხლის სამართლის დოგმატიკაში რისკის თეორიასთან დაკავშირებით დისკუსიას იწვევს საკითხი, პირს შეერაცხება თუ არა მისი მოქმედებით გამოწვეული შედეგი, რომელიც გაუფრთხილებლობის შემთხვევაში წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევაში გამოიხატება, როცა უტყუარად არ არის დადგენილი, არამედ მხოლოდ შესაძლებელია, რომ მის მიერ მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედების განხორციელების შემთხვევაში შედეგი თავიდან იქნებოდა აცილებული და ამით, *ex-ante* დაკვირვებიდან გამომდინარე *ex-post* შეფასებით[135], შედეგის დადგომის რისკი მნიშვნელოვნად აამაღლა[136].

ზოგადად, სამართლებრივად დასაძრახ რისკის მდგომარეობას, რომელიც კონკრეტულ შედეგში იქნა რეალიზებული, აქვს თავისი გამოვლენის სხვადასხვა შემთხვევა. მათ შორის განსხვავება მდგომარეობს იმაში, მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედებით, ან სხვაგვარი ფორმულირებით, წინდახედულობის ვალდებულების შესაბამისი მოქმედებით, თუ რამდენად შესაძლებელი იქნებოდა შედეგის თავიდან აცილება. შეიძლება დასახელდეს სამი სხვადასხვა შემთხვევა, როცა პირის მიერ მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედებით: (1) შედეგი თავიდან უტყუარად იქნებოდა აცილებული; (2) შედეგი თავიდან მაინც ვერ იქნებოდა აცილებული; (3) შედეგი, ალბათობის ამა თუ იმ ხარისხით, შესაძლებელია, თავიდან ყოფილიყო აცილებული.

პირველ შემთხვევაში შედეგის ობიექტური შერაცხვა არავითარ პრობლემასთან არ არის დაკავშირებული. მეორე შემთხვევაში შედეგის ობიექტური შერაცხვა უნდა გამოირიცხოს. შედეგის ობიექტური შერაცხვის პრობლემა წარმოიშობა მესამე შემთხვევაში, როცა უტყუარად არ დასტურდება, არამედ მხოლოდ სავარაუდოა შედეგის თავიდან აცილების შესაძლებლობა. მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედებით შედეგის თავიდან აცილებადობის სწორედ ასეთი სავარაუდო შემთხვევები იწვევს აზრთა სხვადასხვაობას ე.წ. რისკის ამაღლების თეორიის მიხედვით.[137] დისკუსიას სათავე დაუდო გერმანიის ფედერალური სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილმა „ველოსიპედისტის შემთხვევამ"[138], რომელიც, როგორც აღინიშნა, წარმოადგენს რისკის ამაღლების თეორიაზე გამართული დისკუსიის „წამყვან შემთხვევას"[139].

მოქმედებით ჩადენილი დელიქტით რისკის ამაღლების შემთხვევაში სპეციფი-

---

ოლოდ ამ შემთხვევაში მიიჩნევს იგი შედეგის შერაცხვას შესაძლებლად. შეად. *H. Steininger,* ÖJZ 1981, გვ. 370.

[135] *ex-post* შეფასების წინააღმდეგ უთითებს *კაუფმანი.* იხ. *Arth. Kaufmann,* Hans-Heinrich Jescheck-FS, 1985, გვ. 276 ff.

[136] შეად. *H.-H. Jescheck/T. Weigend,* AT, 5. Aufl., 1996, გვ. 528.

[137] ეს პრობლემა ჯერ კიდევ გასული საუკუნის 60-იან წლებში გახდა დისკუსიის საგანი. იხ.: *C. Roxin,* ZStW 74 (1962), გვ. 411 ff.; *G. Spendel,* Eberhard Schmidt-FS, გვ. 183 ff.; *G. Spendel,* JuS 1964, გვ. 14 ff.; *Arth. Kaufmann,* Eberhard Schmidt-FS, გვ. 200 ff.; *K. Ulsenheimer,* Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965.

[138] იხ. BGHSt 11, გვ. 1.

[139] იხ. *C. Roxin,* ZStW 78 (1966), გვ. 220.

კური მიზეზობრივი კავშირი წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევასა და დამდგარ შედეგს შორის სახეზეა. მნიშვნელოვანი კითხვა, რომელიც ამ შემთხვევაში ისმის, მდგომარეობს შემდეგში: მიზეზობრივი კავშირის არსებობის მიუხედავად, ბრალდებული უნდა დაისაჯოს თუ არა მის მიერ სამართლებრივი სიკეთის აკრძალული რისკის მდგომარეობაში ჩაყენებისათვის, რომელმაც ალბათობის ამა თუ იმ ხარისხით ქმედების შემადგენლობით გათვალისწინებული კონკრეტული შედეგი გამოიწვია. მოქმედებით ჩადენილ დელიქტებში ეს არის შედეგის ობიექტური შერაცხვის პრობლემა, რომელიც ნორმატიულად უნდა გადაწყდეს. ამ საკითხთან დაკავშირებით არსებობს შეხედულებათა ორი ჯგუფი:

(1) გაბატონებული შეხედულებით, მიზეზობრივი კავშირის არსებობის მიუხედავად, პირი არ უნდა დაისაჯოს, როცა არსებობს მხოლოდ ვარაუდი, რომ შედეგი დადგენილი წესის შესაბამისი მოქმედების დროსაც შეიძლებოდა დამდგარიყო. ეს შეხედულება გამოდის ყველა ეჭვის ბრალდებულის სასარგებლოდ გადაწყვეტის პროცესუალური პრინციპიდან და მართლზომიერი ქცევის შემთხვევაში სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების თავიდან აცილების შანსის ან კიდევ ალბათობის არსებობას, *in dubio pro reo*-ს პრინციპიდან გამომდინარე, გაუფრთხილებლობითი დელიქტის დასაბუთებისათვის საკმარისად არ მიიჩნევს. ასეთი მიდგომით, შესავალში მოცემულ ოთხივე შემთხვევაში ბრალდებულებს დამდგარი შედეგი ობიექტურად არ უნდა შეერაცხოთ;

(2) რისკის ამაღლების თეორიის მომხრეთა პოზიციის მიხედვით, გაუფრთხილებლობითი დანაშაული უკვე სახეზეა მაშინ, როცა ვალდებულების შესაბამის ალტერნატიულ ქცევას შესაძლოა, შედეგის დადგომის თავიდან აცილება გამოეწვია. ბრალდებული არ უნდა დაისაჯოს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როცა დადგინდება, რომ წინდახედულობის ვალდებულების შესაბამის ქცევას ქმედების შემადგენლობის განხორციელება მაინც მოჰყვებოდა. გაუფრთხილებლობისაგან განსხვავებით, შედეგიანი განზრახი დანაშაულის შემთხვევაში რისკის ამაღლების თეორიის უარყოფით არ წარმოიშობა დაუსჯელობის კრიმინალ-პოლიტიკური პრობლემა, რადგან შეიძლება მცდელობისათვის დასჯადობის კონსტრუქციის გამოყენება.

ჰანს-ჰაინრიხ იეშეკის აზრით, უკვე წინდახედულობის ნორმის საწინააღმდეგო მოქმედების შესრულებისას, რამაც სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების რისკი აამაღლა და შესაძლოა, შედეგი გამოიწვია, შეიძლება, შედეგის ობიექტური შერაცხვის შესაძლებლობა ვამტკიცოთ მაშინაც კი, როცა არსებობს ალბათობა, რომ ეს შედეგი აუცილებელი წინდახედულობის დაცვის შემთხვევაშიც შესაძლოა, დამდგარიყო.[140] ამით იგი მხარს უჭერს *როქსინისა*[141] და *შპენდელის*[142] პოზიციებს. *როქსინის* მიხედვით, ნებადართული რისკის პრინციპი გულისხმობს,

[140] იხ. *H.-H. Jescheck,* Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, 1965, გვ. 17.
[141] იხ. *C. Roxin,* ZStW 74 (1962), გვ. 432.
[142] იხ. *G. Spendel*, JuS 1964, გვ. 18.

რომ სამართლებრივი სიკეთისათვის საფრთხის მდგომარეობის შექმნა დაშვებულია მხოლოდ კანონით განსაზღვრულ ფარგლებში, ხოლო ყველა მის ფარგლებს გარეთ არსებული რისკები დაუშვებელი. თუ ქმედების შემადგენლობით გათვალისწინებული შედეგის დადგომა მოხდება დასაძრახი რისკის ვითარებაში, ასეთი შედეგი მოქმედების ჩამდენ პირს უნდა შეერაცხოს, როგორც გაუფრთხილებლობითი ხელყოფა.[143]

რისკის ამაღლების თეორიით, შედეგის ობიექტურ შერაცხვას იწვევს ველოსიპედისტის ის შემთხვევა, როცა სატვირთო ავტომანქანის მძღოლმა არ დაიცვა გასწრების დადგენილი დისტანცია, რა დროსაც ველოსიპედისტი ჩაუვარდა ავტომანქანას და ადგილზევე მოკვდა. მძღოლის შედეგისათვის დასჯას ვერ გამორიცხავს ის, რომ ველოსიპედისტი ისეთი მთვრალი იყო, რომ მძღოლის მიერ წინდახედულობის ნორმის დაცვის შემთხვევაშიც სავარაუდოდ მაინც ამ ავტომანქანის ბორბლების ქვეშ აღმოჩნდებოდა და იგივე შედეგი შეიძლებოდა დამდგარიყო.[144]

ასევე დასახლებულ პუნქტში ავტომანქანის მძღოლის მიერ ნასვამ მდგომარეობაში მართვის მაგალითშიც, რისკის ამაღლების თეორიით, ნებადართულია შედეგის ობიექტური შერაცხვა იმ შემთხვევაში, როცა დადგენილია, რომ მძღოლის მიერ წინდახედულობის ნორმის შესაბამისი, მართლზომიერი ალტერნატიული ქცევის დროს, მართალია, არა უტყუარად, მაგრამ სავარაუდოდ, ქვეითად მოსიარულის სიცოცხლე გადარჩებოდა. თუ ნებადართული რისკის ფარგლების გადაცილებამ, რაც გამოიხატა წინდახედულობის ნორმის დარღვევაში, სასიკვდილო შედეგის დადგომის შანსი სამართლებრივად მნიშვნელოვან დონემდე გაზარდა, მაშინ იგი დამრღვევს ობიექტურად უნდა შეერაცხოს.

რისკის ამაღლების თეორიის მიხედვით, შედეგის ობიექტური შერაცხვა დასაბუთებულია იმით, რომ მძღოლის მიერ ფხიზელ მდგომარეობაში და ნებადართული სიჩქარით, ე.ი. წინდახედულობის ნორმის დაცვით მოქმედების შემთხვევაშიც, რამაც ქვეითად მოსიარულის სიკვდილი გამოიწვია, ადგილი აქვს რისკის მდგომარეობას, რომელიც კონკრეტულ შედეგში იქნა რეალიზებული, მაგრამ, რადგან ნებადართული რისკი არ არის სამართლებრივად დასაძრახი, პირს შედეგი არ შეერაცხება ობიექტურად. იმ შემთხვევაში კი, როცა პირი გადააცილებს ნებადართული რისკის ფარგლებს და კანონზომიერ პირობას ბუნებრივი მიზეზობრიობით შედეგი მოჰყვება, ასეთ შემთხვევაში აკრძალული საფრთხის რეალიზაცია ნორმატიულად ობიექტურადაც შერაცხადია. ეს თეორია ვერ ხედავს ვერავითარ საფუძველს, რომ ქმედების ჩამდენს ასეთ შემთხვევაში შედეგი ობიექტურად არ შეერაცხოს და წინდახედულობის ნორმის დამრღვევი პირი შედეგისათვის არ დაისაჯოს.

---

[143] იხ. *C. Roxin,* ZStW 78 (1966), გვ. 219.

[144] ამ შემთხვევაში *როქსინის* მიერ შედეგის ობიექტური შერაცხვა დასაბუთებულია რისკის ამაღლების თეორიით. იხ. *C. Roxin,* AT I, 4. Aufl., 2006, გვ. 392. სხვადასხვა თეორიაზე იხ. *T. Hillenkamp,* 32 Probleme aus dem Strafrecht, AT, 13. Aufl., 2010, გვ. 223 ff.

რისკის ამაღლების შემთხვევაში მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედებით შედეგის დადგომის ალბათობის ხარისხთან დაკავშირებით არსებობს სხვადასხვა თვალსაზრისი. ერთ-ერთი ასეთი თვალსაზრისით, მოქმედებით ჩადენილ დელიქტებში დამდგარი შედეგი მხოლოდ მაშინ შეიძლება შეერაცხოს პირს, როცა ალტერნატიული მართლზომიერი მოქმედების შესრულებას შედეგის თავიდან აცილება რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხით შეეძლო და საკმარისად არ მიიჩნევა ალბათობის ნებისმიერი უფრო დაბალი ხარისხის არსებობა. *ველცელის* მიხედვით, ის, რომ შედეგი წინდახედულობის ნორმის დარღვევის შედეგად დადგა, უნდა დადგინდეს რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხით. წინააღმდეგ შემთხვევაში, პირი არ დაისჯება დამდგარი შედეგისათვის.[145] ასევე ფიქრობს არაერთი სხვა ავტორიც, რომ შედეგი პირს არ უნდა შეერაცხოს, როცა არსებობს მხოლოდ დაბალი ალბათობით იმის შესაძლებლობა, რომ ვალდებულების შესაბამისი ქცევის დროსაც იგივე შედეგი დადგებოდა.

პირის მიერ სამართლებრივად დასაძრახი რისკის მდგომარეობის შექმნისას იმის მოთხოვნა, მოქმედებით ჩადენილ დელიქტებში რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხით დადგინდეს, რომ შედეგი წინდახედულობის ვალდებულების შესაბამისი მოქმედების დროსაც დადგებოდა თუ არა, არ არის მისაღები. ასეთი მაღალი ალბათობით უნდა დადგინდეს მხოლოდ მიზეზობრივი კავშირი წინდახედულობის ვალდებულების დამრღვევ მოქმედებასა და შედეგს შორის, ხოლო შედეგის ობიექტური ნორმატიული შერაცხვისათვის საკმარისად უნდა იქნეს მიჩნეული იმის დადგენა, რომ წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევამ სამართლებრივად მნიშვნელოვნად აამაღლა თუ არა შედეგის დადგომის შესაძლებლობა. ამ თვალსაზრისს ამყარებს ისიც, რომ გერმანულისგან განსხვავებით, ქართული სისხლის სამართლის წმინდა შეუხებრებითი პროცესის ამოცანა არ არის მატერიალური ჭეშმარიტების დადგენა[146].

მაშასადამე, თუ ნებადართული რისკის ფარგლების გადაცილებამ სასიკვდილო შედეგის დადგომის შანსი სამართლებრივად რელევანტურად აამაღლა, ასეთ შემთხვევაში არ არსებობს არავითარი საფუძველი, რომ პირს სამართლებრივად დასაძრახი რისკის ამაღლებისა და ქმედების შემადგენლობით გათვალისწინებული შედეგის დადგომისათვის პასუხისმგებლობა არ დაეკისროს.[147] ეს პოზიცია, სისხლის სამართლის კრიმინალ-პოლიტიკური ამოცანებიდან გამომდინარე, უნდა ჩაითვალოს სამართლიანად და დასაბუთებულად.

---

[145] იხ. *H. Welzel,* Das Deutsche Strafrecht, 1969, გვ. 136.

[146] ლიტერატურაში მითითებულია გერმანულ სისხლის სამართლის პროცესში მატერიალური ჭეშმარიტების პრინციპისა და კაუზალობის დადგენის ურთიერთკავშირზე. შეად. *L. Schulz,* Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung, წიგნში: *W. Lübbe* (Hrsg.), Kausalität und Zurechnung, 1994, გვ. 54

[147] ანალოგიურ პოზიციაზე იხ. *C. Roxin,* AT I, 4. Aufl., 2006, გვ. 392.

შესავალში მოცემული „ველოსიპედისტის შემთხვევის“[148] მიხედვით, რომელიც ეხება სატვირთო ავტომანქანის უკანა საბურავების ქვეშ ჩავარდნილი ველოსიპედისტის სიკვდილის ფაქტს, სავარაუდოა, რომ ალბათობის მაღალი ხარისხით, იგივე სასიკვდილო შედეგი მაშინაც დამდგარიყო, თუ სატვირთო ავტომანქანის მძღოლი გასწრების დროს დადგენილ დისტანციას დაიცავდა. ისმის კითხვა: დაისჯება თუ არა მძღოლი ავტოავარიის შედეგად გაუფრთხილებლობით დამდგარი სასიკვდილო შედეგისათვის?

მძღოლის ქმედება – ველოსიპედისთვის გადასწრება, რა დროსაც მან დაარღვია მოძრაობის უსაფრთხოების წესები, უნდა შეფასდეს მოქმედებად და არა უმოქმედობად, რაც გამოიხატა დადგენილი გვერდითი დისტანციის დაუცველობაში.[149] მიზეზობრივი კავშირი დამდგარ შედეგთან არსებობს, რადგან მძღოლის მიერ წინდახედულობის ნორმის დარღვევის გარეშე შედეგი იმ დროსა და სივრცეში არ დადგებოდა. მაშასადამე, წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევისა და შედეგის კაუზალობა გაუფრთხილებლობით დანაშაულში სახეზეა.

ერთი მხრივ, სადავოა, მოხდა თუ არა წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევის (გვერდითი დისტანციის დაუცველობის) შედეგში (ველოსიპედისტის სიკვდილში) რეალიზაცია. ეს პრობლემა არ იარსებებს, თუ საკმარისად იქნება მიჩნეული, რომ შედეგის რეალურად გამოწვევა მოხდა ვალდებულების საწინააღმდეგო ქმედებით. მეორე მხრივ, ეს საკითხი პრობლემატურია, თუ შედეგსა და ვალდებულებისადმი წინააღმდეგობას შორის მოითხოვება წმინდა კაუზალობისგან განსხვავებული, ვალდებულების საწინააღმდეგო მოქმედებით გამოწვეული სპეციფიკური მიზეზობრივი სამართლებრივი კავშირის დადგენა, მინიმუმ „რისკის ამაღლების“ სახით. ეს საკითხი ლიტერატურაში აზრთა სხვადასხვაობას იწვევს[150]. პრაქტიკულად მნიშვნელოვანი პრობლემაა, უნდა მოხდეს თუ არა შედეგის ობიექტური შერაცხვა, როცა არსებობს იმის მხოლოდ ვარაუდის შესაძლებლობა, რომ შედეგი მძღოლის მიერ ვალდებულების შესაბამისი ქცევის შემთხვევაში შეიძლებოდა არ დამდგარიყო. საკითხი სხვადასხვა თეორიის („რისკის ამაღლების“; „კაუზალობის“; „შედეგის აცილებადობის“) პოზიციებიდან გამომდინარე, განსხვავებულია, რაზეც ქვემოთ იქნება ყურადღება გამახვილებული.

(ა) **რისკის ამაღლების თეორიის მიხედვით**, თუ პირის ქცევამ ნებადართული რისკის ფარგლების მნიშვნელოვნად გადაცილებით სამართლებრივი სიკეთის საფრთხის მდგომარეობაში ჩაყენება გამოიწვია, მაშინ ბრალდებულს შედეგი მხოლოდ მაშინ არ შეერაცხება, თუ იგივე შედეგი ვალდებულების შესაბამისი ქცევითაც დადგებოდა. თუ ვალდებულების შესაბამისი მოქმედებით შედეგის დადგომა მხოლოდ შესაძლებელი ან სავარაუდოა, მაშინ შედეგის შერაცხვა ჩვეულებრივად მოხდება.[151] სამეცნიერო ლიტერატურაზე დაყრდნობით, ამ თეო-

[148] იხ. BGHSt 11, გვ. 1.

[149] შეად. *C. Roxin*, AT II, 2003, გვ. 652 ff.

[150] იხ. *W. Küper*, Karl Lackner-FS, 1987, გვ. 247 ff.

[151] როგორც ზემოთ არის მითითებული, ამ თეორიას გერმანულ, ავსტრიულ და შვეიცარიულ

რიის სასარგებლოდ *თომას ჰილენკამპი*[152] უთითებს შემდეგ არგუმენტებს:

(1) სამართლებრივი სისტემის მიერ დადგენილი წინდახედულობის ვალდებულებები მაშინაც უნდა იქნეს დაცული, როცა დანამდვილებით არ არის დადგენილი, მათი დაცვით საფრთხე თავიდან იქნებოდა თუ არა აცილებული. ეს განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია მსხვერპლის პოზიციიდან გამომდინარე, რომელსაც არ უნდა წაერთვას თავისი სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის შანსი;

(2) სამართალი იძლევა გარკვეული ზომიერი რისკების განხორციელების ნებას უპირატესი სოციალური სარგებლიანობის მიზეზებით. თუ პირის ქცევა გადააცილებს ამ ნებადართული რისკის ფარგლებს, მაშინ იგი გამოიწვევს სამართლებრივი სიკეთისათვის საფრთხის აკრძალულ ამაღლებას, რის გამოც მას დამდგარი შედეგი უნდა შეერაცხოს იმისდა მიუხედავად, რომ ეს შედეგი შესაძლოა, ასევე მართლზომიერი ალტერნატიული ქცევის დროსაც დამდგარიყო. მხოლოდ მაშინ, თუ შედეგი ასევე მართლზომიერი ქცევის დროსაც დადგებოდა, ამაღლებული და ამით აკრძალული საფრთხე კონკრეტულ შედეგში არ იქნება რეალიზებული;

(3) არ არსებობს არავითარი საფუძველი, რომ მოქმედებები, რომლებიც შეიცავს აკრძალულ რისკებს, მარტო იმიტომ არ დაისჯოს, რომ შედეგი ასევე დადგენილი წესის შესაბამისი ქცევის დროსაც შეიძლებოდა დამდგარიყო. ამით სამართალი სამართლებრივი სიკეთის ეფექტური დაცვის უზრუნველყოფის ხარჯზე შექმნიდა ინდივიდუალური თავისუფლების ზედმეტად არასაჭირო სივრცეს;

(4) მოწინააღმდეგეთა თვალსაზრისი იმის შესახებ, რომ რისკის ამაღლების თეორია ზიანის გამომწვევ შედეგიან დელიქტებს აქცევს საფრთხის შემქმნელ დელიქტებად, ყურადღებას არ ამახვილებს იმაზე, რომ ზიანის გამომწვევი შედეგიანი დელიქტების ქმედების შემადგენლობებს ისედაც მხოლოდ საფრთხის ან საფრთხის ამაღლების აკრძალვები უდევს საფუძვლად და სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებისათვის ნებისმიერი პასუხისმგებლობა ყოველთვის გაშუალებულია საფრთხისათვის პასუხისმგებლობით, რომლის რეალიზაცია ხდება დაზიანებაში;

(5) რისკის ამაღლების თეორიის საწინააღმდეგო ე.წ. შედეგის თავიდან აცილებადობის თეორია გაუფრთხილებლობითი დელიქტების დროს დასჯადობას ძალზე რადიკალურად ზღუდავს, რადგან დადგენილი წესის შესაბამისი ქცევის დროს შედეგის დადგომის შესაძლებლობა პრაქტიკაში ძალზე ხშირად ძნელი დასადგენია და ამიტომ რწმენის ჩამოყალიბება, რომ შედეგი რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის ხარისხით არ დადგებოდა, თითქმის არ არის მიღწევადი;

(6) რისკის ამაღლების თეორიისგან განსხვავებული ე.წ. კაუზალობის თეორია უფრო შორს მიდის. მას ხშირად სამართლებრივად არასწორ შედეგამდე მივყავართ, რადგან მაშინაც კი ითვალისწინებს დასჯას, როცა წინდახედულობის

ლიტერატურაში არაერთი მხარდამჭერი ჰყავს.

[152] იხ. *T. Hillenkamp,* 32 Probleme aus dem Strafrecht, AT, 13. Aufl., 2010, გვ. 226.

საწინააღმდეგო ქცევას რისკი არანაირად არ აუმაღლებია, არამედ, პირიქით, ზოგიერთ შემთხვევაში შესაძლოა, შეამცირა კიდეც.

(ბ) **კაუზალობის თეორიის**[153] მიხედვით, პირი ვალდებულების საწინააღმდეგო ქცევით გამოწვეული შედეგისათვის პასუხს აგებს იმისდა მიუხედავად, ვალდებულების შესაბამისი ქცევის შესრულებით იმავე შედეგის დადგომა მხოლოდ შესაძლებლად, სავარაუდოდ თუ უტყუარად იქნება მიჩნეული.[154]

მათ შორის განსხვავების მიუხედავად, შედეგის თვალსაზრისით, „კაუზალობის თეორია" უფრო ახლოს დგას „რისკის ამაღლების თეორიასთან", ვიდრე „შედეგის აცილებადობის თეორიასთან" რომელიც ქვემოთ იქნება განხილული.

6.1.2. დასაძრახი რისკის ამაღლების დროს აკრძალული საფრთხის ალბათობის ხარისხი

რისკის ამაღლების თეორიის ფარგლებში პრობლემას წარმოადგენს სამართლებრივად დასაძრახი რისკის ამაღლების ფაქტის *კონკრეტულად* დადგენა[155], რომელიც უკავშირდება აკრძალული საფრთხის *ალბათობის ხარისხის* განსაზღვრას[156]. ავსტრიულ სასამართლო პრაქტიკაში, რომელიც აღიარებს რისკის ამაღლების თეორიას, ამის ერთ-ერთ მაგალითს წარმოადგენს შემდეგი შემთხვევა:[157] ქალაქის დასახლებულ ადგილას გადამეტებული სიჩქარით მოძრავი ავტომანქანის მძღოლი დაეჯახა ქვეითად მოსიარულეს, რომელმაც მოულოდნელად და ტრანსპორტის მოძრაობის მიმართ უყურადღებობით ავტომანქანის სავალ ნაწილზე გადაირბინა. ვერ დადგინდა, მძღოლის მიერ ავტომანქანის დადგენილი სიჩქარით მართვის შემთხვევაში ავტოავარია, რამაც ადამიანის სიცოცხლის მოსპობა გამოიწვია, იქნებოდა თუ არა თავიდან აცილებადი. მიუხედავად ამისა, სასამართლომ ავტომანქანის მძღოლისათვის დამდგარი შედეგის ობიექტური შერაცხვა დაასაბუთა რისკის ამაღლების თეორიით, კერძოდ, მიუთითა, რომ ბრალდებულის მართლზომიერი ქცევის შემთხვევაში შედეგის დადგომის ნეგატიური შანსი მნიშვნელოვნად შემცირდებოდა.[158]

ზოგადად რისკის ამაღლების თეორიის აღიარების მიუხედავად, ბრალდე-

---

[153] ამ თეორიასაც ჰყავს თავისი მხარდამჭერები. რისკის ამაღლების შემთხვევაში იგი ფართოდ ახდენს შედეგის შერაცხვას და უფრო ახლოს დგას რისკის ამაღლების თეორიასთან, ვიდრე შედეგის თავიდან აცილებადობის თეორიასთან. იხ.: *E. Schmidt,* Der Arzt im Strafrecht, 1939, გვ. 200 f.; *G. Spendel,* Eberhard Schmidt-FS, 1961, გვ. 183, 194 ff.; ასევე: *G. Spendel,* JuS 1964, გვ. 14 f.

[154] შად. *T. Hillenkamp,* 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 13. Aufl., 2010, გვ. 227.

[155] შად. *A. Reitmaier,* Die objektive Erfolgszurechnung im österreichischen Strafrecht, 1998, გვ. 163 f.

[156] შად. *Arth. Kaufmann,* Hans-Heinrich Jescheck-FS, 1985, გვ. 277 ff.

[157] იხ. OLG Wien, ZVR 1980, Nr. 48.

[158] კრიტიკულ თვალსაზრისზე იხ. *M. Burgstaller,* AnwBl 1980, გვ. 103.

ბულისათვის შედეგის ობიექტური შერაცხვის შესაძლებლობა რისკის ამაღლების თეორიის შიგნით სხვადასხვა ავტორის მიერ განისაზღვრება აკრძალული საფრთხის *ალბათობის სხვადასხვა ხარისხით*. ამ თეორიის არაერთი წარმომადგენლის მიერ საკმარისად არ მიიჩნევა ალბათობის ნებისმიერი დაბალი ხარისხი და დაუსაბუთებლად ითვლება შედეგის ობიექტური შერაცხვა, თუ დადგენილად არ იქნება მიჩნეული, რომ წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევით შედეგის დადგომის შესაძლებლობა სამართლებრივად *მნიშვნელოვან* დონეზე ამაღლდებოდა. კერძოდ, უნდა დადგინდეს პირის მიერ წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევის რელევანტური კავშირი დამდგარ შედეგთან. წინააღმდეგ შემთხვევაში, შედეგის შერაცხვა არ მიიჩნევა დასაბუთებულად და რისკის ამაღლების თეორიის ფარგლებშიც პრიორიტეტი ენიჭება ბრალდებულის მიმართ *in dubio pro reo*-ს პრინციპის გამოყენებას და სასიკეთილო შედეგის ობიექტური შერაცხვის შესაძლებლობის გამორიცხვას.

რისკის ამაღლების თეორიის მიხედვით, ობიექტური შერაცხვის ერთ-ერთ მთავარ მატერიალურ-სამართლებრივ საკითხს წარმოადგენს, ალბათობის თუ რაგორი ხარისხი არის საჭირო იმისათვის, რომ პირს შეერაცხოს ვალდებულების დარღვევით ჩადენილი მოქმედების შედეგი. ამისათვის გამოიყენება ლოგიკური ალბათობის მასშტაბი: ნულიდან ერთამდე (ანუ ნულიდან 100 პროცენტამდე) საზღვრებში.[159]

რისკის ამაღლების ხარისხის გამოსახატავად ლიტერატურაში გამოიყენება სხვადასხვა ტერმინი: „მნიშვნელოვნად" ამაღლება[160], „არსებითად" ამაღლება[161], „უფრო მეტად სავარაუდოდ, ვიდრე არასავარაუდოდ" ამაღლება[162] და ა.შ. ამ ტერმინთა ქვეშ სხვადასხვა ავტორი მოიაზრებს ლოგიკური ალბათობის სკალის სხვადასხვა პროცენტულ რაოდენობას. მაგალითად, *პუპე* შედეგის შერაცხვისათვის მოითხოვს „რისკის მნიშვნელოვნად ამაღლებას"[163], რაც ნიშნავს იმას, რომ ალბათობის 0,5-ხარისხიანი (ანუ 50 პროცენტიანი) დონე საკმარისად მიაჩნია. დაახლოებით ასევე ფიქრობს *კაუფმანიც*, რომელიც თვლის, რომ იგივე შედეგი, რომელიც დადგა წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევით, (0,6 ალბათობის ხარისხით), მოსალოდნელი უნდა იყოს ალტერნატიული მართლზომიერი ჰიპოთეტური ქცევის შემთხვევაშიც.[164] ბევრად უფრო დაბალია *ულსენჰაიმერის* მიერ შემოთავაზებული ალტერნატიული მოქმედებით შედეგის აცილებადობის

---

[159] შეად. *E. L. Nell,* Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983, გვ. 95.

[160] გერმანულად: „*erheblich*". შეად. *H.-J. Rudolphi,* Systematischer Kommentar zum StGB I, 2009, vor §1 Rn. 67, გვ. 40.

[161] გერმანულად: „*wesentlich*". შეად. *C. Roxin,* Richard M. Honig-FS, 1970, გვ. 139; *H.-H. Jescheck/T. Weigend,* AT5, 1996, გვ. 585; *G. Stratenwerth,* Wilhelm Gallas-FS, 1973, გვ. 239.

[162] „*überwiegend wahrscheinlich*". შეად. *Arth. Kaufmann,* Hans-Heinrich Jescheck-FS, 1985, გვ. 279 ff.

[163] იხ. *I. Puppe,* JuS 1982, გვ. 660 ff., 663.

[164] იხ. *Arth. Kaufmann,* Hans-Heinrich Jescheck-FS, 1985, გვ. 279.

ალბათობის ხარისხი: ყველა იმ შემთხვევაში, როცა დადგენილი წესის შესაბამისი ქცევით შედეგი იმავე სახით შეიძლებოდა დამდგარიყო, შესაბამისად, თუ ასეთი ვარაუდი არ გამოირიცხება, მაშინ ვალდებულების დარღვევა შედეგიან დელიქტებთან მიმართებაში ირელევანტურია და არც ერთ შემთხვევაში პირი არ დაისჯება ქმედების შემადგენლობის არარსებობის გამო.[165] ეს თვალსაზრისი შეესაბამება გაბატონებულ შეხედულებას[166], რომელიც იმ საკითხის დადგენას, რომ ალტერნატიული ჰიპოთეტური ქცევა იმავე შედეგს არ გამოიწვევდა, რეალობასთან ახლოს მყოფი ალბათობის ძალიან მაღალი ხარისხით მოითხოვს, რადგან შედეგის ობიექტური შერაცხვის გამოსარიცხავად საკმარისად მიაჩნია ალტერნატიული მართლზომიერი მოქმედებით შედეგის დადგომის შესაძლებლობის ალბათობის დაბალი ხარისხი: 0,1 (10 პროცენტი), ან მაქსიმუმ 0,2 (20 პროცენტი). ეს არის *როქსინის* რისკის ამაღლების თეორიის რადიკალურად საწინააღმდეგო პოზიცია და სამართლიანად იმსახურებს კრიტიკას, რადგან ასეთ პოზიციას დამდგარი შედეგისათვის ბრალდებულის პასუხისმგებლობისაგან არასამართლიანად გათავისუფლებისკენ მივყავართ.[167] *შტრატენვერტი*, რომელიც ასევე რისკის ამაღლების თეორიის მომხრეა, გარკვეულ კრიტიკას გამოთქვამს *როქსინის* მიერ რისკის ამაღლების ხარისხის განსაზღვრასთან დაკავშირებით. მისი აზრით, თუ მოქმედება ჩვენი ცოდნის განსჯისუნარიანობის მიხედვით მხოლოდ სავარაუდოდ არის საშიში და წინდახედულობის ვალდებულებას ხელყოფს, ასეთი უბრალო შესაძლებლობა არ უნდა იყოს საკმარისი შედეგის შერაცხვისათვის.[168] შესაბამისად, ასეთ შემთხვევაში სახეზეა მხოლოდ მოქმედების უმართლობა, რომელიც გაუფრთხილებლობით დელიქტებში, როგორც წესი, არ არის საკმარისი დასჯადობისათვის.[169] *კაუფმანს* არ მიაჩნია მისაღებად და რაციონალურად დასაბუთებულად არც *როქსინის* საწინააღმდეგო გაბატონებული პოზიცია, რომლის მიხედვით, ალბათობის დაბალი ხარისხი, რომ ალტერნატიული მართლზომიერი მოქმედებით შედეგი შეიძლებოდა მაინც დამდგარიყო, უკვე საკმარისია და იწვევს შედეგისათვის პირის დასჯადობის გამორიცხვას. იგი ეძებს შუალედურ პოზიციას და აუცილებლად და საკმარისად მიიჩნევს ალბათობის „საშუალო" ხარისხს. უფრო კონკრეტულად, ეს არის ალბათობის ისეთი ხარისხი, როცა შედეგის შერაცხვა მხოლოდ მაშინ ხდება, როცა ალტერნატიული ჰიპოთეტური მოქმედებით მისი დადგომა უფრო სავარაუდოა, ვიდრე არდადგომა, სხვა სიტყვე-

---

[165] იხ. *K. Ulsenheimer,* Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965, გვ. 149.

[166] შეად. *A. Schönke /H. Schröder – P. Cramer/D. Sternberg-Lieben,* StGB, Kommentar, 26. Aufl., 2001, გვ. 299.

[167] ამ საკითხზე იმავე პოზიციას ავითარებს *კაუფმანიც*, რომელიც ზოგადად *როქსინის* თეორიის მიმართ კრიტიკას გამოხატავს. შეად. იხ. *Arth. Kaufmann,* Hans-Heinrich Jescheck-FS, 1985, გვ. 280.

[168] შეად. *G. Stratenwerth,* Wilhelm Gallas-FS, 1973, გვ. 235.

[169] იხ. *Arth. Kaufmann,* Hans-Heinrich Jescheck-FS, 1985, გვ. 280.

ბით რომ ვთქვათ, ყველა შემთხვევაში უნდა არსებობდეს 0,5-ზე (50 პროცენტზე) მაღალი ალბათობის ხარისხი.[170]

შეიძლება ითქვას, რომ სისხლის სამართალში არ არსებობს ალბათობის ზუსტად გაზომვის არავითარი შესაძლებლობა. სუბიექტური შეფასების საკითხია, ალბათობის იმ ხარისხის ოდენობის წინასწარი განსაზღვრა და კონკრეტულად დადგენა, რომელიც საკმარისია შედეგის ობიექტური შერაცხვისათვის საჭირო რისკის ამაღლების ხარისხის დასადგენად. ბუნებრივია, არ არის შესაძლებელი მათემატიკური სიზუსტით მისი საზღვრების განსაზღვრა და დადგენა, მაგრამ აუცილებელია, მოსამართლემ იცოდეს, რისკის ამაღლების შემთხვევაში შედეგის შერაცხვისათვის ალბათობის როგორი ხარისხის დადგენაზე უნდა იყოს ორიენტირებული. ამასთან, ეს არის მატერიალური და არა პროცესუალური სამართლის პრობლემა, რის გამოც ამ შემთხვევაში ყველა ეჭვის ბრალდებულის სასარგებლოდ გადაწყვეტის პროცესუალური პრინციპი არ გამოიყენება.

რისკის ამაღლების თეორიაში პროცესუალურ საკითხს წარმოადგენს ის, რომ ალბათობის ესა თუ ის აუცილებელი ხარისხი, რომელიც მატერიალური სისხლის სამართლის მიერ შედეგის ობიექტური შერაცხვისათვის საჭიროდ იქნება მიჩნეული, და არა აბსოლუტური უტყუარობა, საკმარისი სიზუსტით იქნეს დადგენილი.[171] სხვადასხვა ავტორის შეხედულებით, დამდგარი შედეგი ობიექტურად მხოლოდ მაშინ შეიძლება შეერაცხოს ბრალდებულს, თუ დამტკიცებადია, რომ წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევამ ნორმალურ საფრთხესთან შედარებით სამართლით დაცული ობიექტისათვის *მნიშვნელოვნად ან არსებითად ამაღლებული საფრთხის მდგომარეობა* შექმნა.[172]. *შტრატენვერტის* მიხედვით, რისკის ამაღლება რეალურად უნდა იქნეს დადგენილი.[173] *როქსინს* მიაჩნია, რომ შედეგისათვის დასჯადობის საკმარისი პირობაა რისკის ამაღლების უბრალო შესაძლებლობა და, აქედან გამომდინარე, იგი არ აყენებს მტკიცების პროცესუალურ-სამართლებრივ პრობლემას.[174]

საბოლოოდ შეიძლება იმ დასკვნის გაკეთება, რომ ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში წინდახედულობის ვალდებულება შედეგის აცილების მიზნით მაშინაც უნდა იქნეს შესრულებული, როცა უტყუარად ვერ დგინდება, რომ ამ მოქმედებას შედეგის დადგომა მოჰყვებოდა თუ არა. განსაკუთრებით გაუფრთხილებლობითი დელიქტის ნორმის დაცვის მიზანი მოითხოვს, რომ ნორმის დაცვითი ეფექტის ყოველი შემცირება, რომელიც მნიშვნელოვნად სცილდება სამართლით ნებადართულ რისკის ფარგლებს, უნდა იქნეს აღკვეთილი, ხოლო მისი ჩამდენისათვის დამდგარი შედეგი სისხლისსამართლებრივად ობიექტურად შერაცხული. კერძოდ, დასაშრახი რისკის ამაღლების შემთხვევაში, თუ შედეგი დადგა, ამ შედეგისათვის

[170] შეად. იქვე, გვ. 280-281.
[171] შეად. იქვე, გვ. 281.
[172] შეად. *H.-H. Jescheck/T. Weigend,* AT5, 1996, გვ. 585.
[173] შეად. *G. Stratenwerth,* Wilhelm Gallas-FS, 1973, გვ. 235.
[174] შეად. *C. Roxin,* ZStW 78 (1966), გვ. 218 f.

დასჯადობა შესაძლებელი უნდა იყოს, თუ მოქმედებამ, რომელიც გაუფრთხილებლობის დროს წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევაში გამოიხატება, დაცული სამართლებრივი სიკეთისათვის სამართლით ნებადართულ რისკზე *მნიშვნელოვნად* ამაღლებული საფრთხის მდგომარეობა შექმნა. ეს იმას ნიშნავს, რომ ობიექტური დამკვირვებლისათვის შედეგის დადგომის *ex-ante* მოლოდინი იმაზე უფრო მაღალი უნდა იყოს, ვიდრე მისი მოულოდნელობა, რომელიც *ex-post*[175] შეფასებით უნდა დადასტურდეს კიდეც. განზრახ ჩადენილ დანაშაულებში კი, რისკის ამაღლების შემთხვევაში, არსებობს დაუმთავრებელი დანაშაულისათვის დასჯის შესაძლებლობაც, რის გამოც კრიმინალ-პოლიტიკურად გაუმართლებელი დასჯადობის ხარვეზი არ წარმოიშობა.

6.1.3. შეჯამება

მთლიანობაში, გასაზიარებელია რისკის ამაღლების თეორია და ამ თვალსაზრისის გასამყარებლად წამოყენებული არგუმენტები. მოქმედებით, განსაკუთრებით, წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევით სამართლებრივი სიკეთის მიმართ შექმნილი აკრძალული საფრთხისა თუ მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედებით შედეგის თავიდან აცილებადობის ალბათობის ხარისხის განსაზღვრა და დადგენა კი, დაკავშირებულია სამართლებრივ შეფასებებთან.

მიმართულების განმსაზღვრელია ავსტრიელი პროფესორის *ჰელმუტ ფუქსის* მიერ მოყვანილი ერთ-ერთი მაგალითის მისეული სამართლებრივი შეფასება. კერძოდ, თუ ექიმი ოპერაციის გაკეთების დროს დაუშვებს შეცდომას, რომლის თავიდან აცილება შესაძლებელი იყო, იგი სიცოცხლის გაუფრთხილებლობით მოსპობისათვის პასუხს აგებს მაშინაც, როცა არ არის გამორიცხული იმის ალბათობა, რომ ექიმის მიერ წინდახედულობის ვალდებულების დაცვის შემთხვევაშიც პაციენტის გადარჩენა შეუძლებელი იქნებოდა.[176] ეს პოზიცია შეიძლება ზოგადად გავრცელდეს სოციალური თანაცხოვრების სხვა სფეროებზეც.

ნებისმიერ პირს ევალება, მასზე დაკისრებული ვალდებულების შესაბამისად, მხოლოდ მართლზომიერად იმოქმედოს. მან თავისი არამართლზომიერი ქცევით არ უნდა გადააცილოს სამართლის მიერ ნებადართულ რისკის ფარგლებს და არ უნდა შექმნას ან აამაღლოს საფრთხე დაცული სამართლებრივი სიკეთისათვის. წინააღმდეგ შემთხვევაში, მის მიერ საფრთხის შექმნის ან ამაღლების მდგომარეობით ქმედების შემადგენლობით გათვალისწინებული შედეგის გამოწვევა ჩაითვლება სამართლებრივად დასაძრახი რისკის მდგომარეობის შედეგში რე-

---

[175] „ობიექტური დამკვირვებლის" მიერ რისკის ამაღლების *es-post* განსჯის მოთხოვნაზე, რომელიც აღიარებულია ავსტრიული მართლმსაჯულების მიერაც, იხ.: *M. Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, გვ. 140 ff.; *A. Reitmaier*, Die objektive Erfolgszurechnung im österreichischen Strafrecht, 1998, გვ. 169, 162.

[176] იხ. *H. Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, AT I6, 2004, გვ. 104 f.

ალიზაციად, თუ დადგინდება, რომ მან თავისი მოქმედებით შედეგის დადგომის შესაძლებლობა არა აუცილებლად რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხით, არამედ სამართლებრივად მნიშვნელოვან დონეზე აამაღლა, რითაც შეიქმნა ალტერნატიული მართლზომიერი მოქმედებით შედეგის თავიდან აცილების არანაკლებ 50-პროცენტიანი ალბათობა. იმის დამტკიცება, პირის ალტერნატიული მართლზომიერი მოქმედებით თუ რამდენად იყო რეალურად შესაძლებელი დამდგარი შედეგის თავიდან აცილება, გონიერი დამკვირვებლის თვალთახედვით უნდა შეფასდეს *ex-post*. თითოეული კონკრეტული შემთხვევისათვის ეს ნიშნავს იმას, რომ რისკის ამაღლების არსებობა უნდა დადგინდეს არა ექსპერტის, არამედ საშუალო გონიერი ადამიანის პოზიციიდან, რომელიც საფუძვლად უნდა დაედოს მოსამართლის ობიექტურ და მიუკერძოებელ განსჯას.

6.2. მოქმედებით ჩადენილ დელიქტებში რისკის ამაღლების თეორიის მოწინააღმდეგეთა პოზიცია

6.2.1. შედეგის თავიდან აცილებადობის თეორიის არსი

გერმანულ სისხლის სამართალში დღეისათვის გაბატონებულია რისკის ამაღლების თეორიის საწინააღმდეგოდ განვითარებული ე.წ. შედეგის თავიდან აცილებადობის თეორია, რომელსაც ავითარებს არაერთი ავტორი.[177] ამ თეორიის მიხედვით, კონკრეტული გარემოებების საფუძველზე, თუ დადასტურდება, რომ არსებობს შესაძლებლობა, შედეგი ამა თუ იმ პირის ვალდებულების შესაბამისი ქცევის შემთხვევაშიც დამდგარიყო, მაშინ მას არ შეიძლება ეს შედეგი ობიექტურად შეერაცხოს. სამეცნიერო ლიტერატურაზე დაყრდნობით, ამ თეორიის სასარგებლოდ *თომას ჰილენკამპი*[178] უთითებს შემდეგ არგუმენტებზე:

(1) ვალდებულების დარღვევა და შედეგი ერთმანეთთან ისეთ კავშირში უნდა იყოს, რომ შედეგი პირდაპირ წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევაზე იყოს დაფუძნებული. ამის შესახებ საუბარი შეიძლება მხოლოდ მაშინ, როცა შედეგი სავალდებულო წინდახედულობის გამოჩენის შემთხვევაში რეალობასთან ახლოს მყოფი ალბათობით არ დადგებოდა და, მაშასადამე, თავიდან იქნებოდა აცილებული. თუ ეს მხოლოდ შესაძლებელია, მაშინ აუცილებელი კავშირი არ არის დადასტურებული და ამიტომ შედეგის შერაცხვა არ უნდა მოხდეს, რადგან პირს შედეგი ასევე წინდახედულობის შესაბამისი ქცევის დროსაც შესაძლოა,

---

[177] მათ შორისაა: *J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch,* AT, 11. Aufl., 2003, გვ. 540 f.; *J.Wessels/W. Beulke,* AT, 40. Aufl., 2010, გვ. 261; *G. Jakobs,* AT, 2. Aufl., 1993, გვ. 235 ff; *W. Gropp,* Strafrecht, AT, 3. Aufl., 2005, გვ. 455 ff; *R. Rengier,* AT, 3. Aufl., 2011, გვ. 460, 513. ავსტრიულ სისხლის სამართალში გერმანიაში გაბატონებული შედეგის თავიდან აცილებადობის თეორიას უჭერს მხარს *კუნსტი.* იხ. *G. Kunst,* ÖJZ 1975, გვ. 223.

[178] იხ. *T. Hillenkamp,* 32 Probleme aus dem Strafrecht, AT, 13. Aufl., 2010, გვ. 224 f.

თავიდან ვერ აეცილებინა;

(2) კაუშირი ვალდებულების დარღვევასა და დამდგარ შედეგს შორის და ვალდებულების შესაბამისი ქცევით შედეგის თავიდან აცილებადობა არის გაუფრთხილებლობითი დელიქტისათვის პასუხისმგებლობის დამაფუძნებელი წინაპირობა. ამ წინაპირობების მიმართ კი გამოიყენება *in dubio pro reo*-ს პრინციპი. ეს ნიშნავს იმას, რომ თუ წარმოიშობა ვარაუდი, რომ ესა თუ ის წინაპირობა არ არსებობს, უნდა მოხდეს ყველა ეჭვის ბრალდებულის სასარგებლოდ გადაწყვეტა;

(3) თუ შედეგი მართლზომიერი ალტერნატიული ქცევის დროსაც ნამდვილად ასევე დადგებოდა, ასეთ შემთხვევაში რისკის ამაღლების თეორიის წარმომადგენლებიც უარყოფენ შედეგის შერაცხვას. აცილებადობის თეორიის მიხედვით, შერაცხვა არ შეიძლება არც იმ შემთხვევაში იქნეს განხორციელებული, როცა შედეგი მხოლოდ შესაძლებელია, არ დამდგარიყო, რადგან ამას იქითკენ მივყავართ, რომ ბრალდებულს მტკიცების ტვირთი იმაზე დაეკისროს, რომ მართლზომიერი ალტერნატიული ქცევის დროს ნამდვილად იგივე შედეგი დადგებოდა თუ არა;

(4) ვინც შედეგის აცილებადობის თეორიაზე ამბობს, რომ იგი არღვევს აკრძალვას და სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დასადგენად რეალური კავშირის ადგილას ჰიპოთეტურ კავშირს აყენებს, ვერ აცნობიერებს, რომ ამ აკრძალვას ბუნებრივი კაუზალობის დადგენის დროს თავისი გამართლება აქვს, ხოლო ნორმატიული საკითხის გადაწყვეტისას, უნდა შეერაცხოს თუ არა ბრალდებულს ვალდებულების საწინააღმდეგო ქცევით გამოწვეული შედეგი, ეს აკრძალვა არ შეიძლება მოქმედებდეს. აცილებადობის თეორიის მიხედვით, შედეგის ობიექტური შერაცხვისათვის მნიშვნელოვანია, რომ პირს წინდახედულობის შესაბამისი ქცევით შეეძლოს შედეგის თავიდან აცილება. სამართალი აყენებს თავიდან აცილებადი და არა თავიდან აუცილებადი შედეგის აცილების მოთხოვნას. ამ ორი კატეგორიიდან თუ რომელს ეკუთვნის ესა თუ ის შესაფასებელი შემთხვევა, შეიძლება დადგინდეს მხოლოდ აცილებადობის თეორიის მიერ დადგენილი ჰიპოთეტური არგუმენტებით;

(5) რისკის ამაღლების თეორია დაზიანების მიმყენებელ შედეგიან დელიქტს, როგორიცაა, სიცოცხლის გაუფრთხილებლობით მოსპობა ან სხვა ისეთ დანაშაულს, რომელსაც გაუფრთხილებლობით ადამიანის სიცოცხლის მოსპობა მოჰყვება, საბოლოო ჯამში, აქცევს საფრთხის დელიქტად, რადგან თვით რისკის ამაღლების ფაქტის დადასტურება შედეგის შერაცხვისათვის საკმარისად მიიჩნევა;

(6) კაუზალობის თეორია ობიექტურ შერაცხვას მაშინაც უშვებს, როცა ჯერ კიდევ დაუდგენელია, ვალდებულების საწინააღმდეგო ქცევამ ნებადართული რისკის ფარგლების გადაცილებით საფრთხის ამაღლება საერთოდ გამოიწვია თუ არა, რაც ცალსახად ხელყოფს *in dubio pro reo*-ს პრინციპს. ყველა ეჭვის ბრალდებულის საწინააღმდეგოდ გადაწყვეტას წარმოადგენს ასევე, როცა რისკის

ამაღლების თეორიით მხოლოდ რისკის ამაღლების დადგენა მოითხოვება, ხოლო მისი დადგენა კი, მხოლოდ შემფასებლის შესაბამის ცოდნაზე არის მინდობილი;

(7) რისკის ამაღლების თეორიის აღიარების შესაძლებლობის საწინააღმდეგოდ, *de lege lata* მიუთითებს ის გარემოება, რომ კანონმდებელი, სადაც ამას აუცილებლად მიიჩნევს, პირდაპირ იყენებს და კანონით პასუხისმგებლობას აწესებს საფრთხის მდგომარეობის შექმნისათვის.[179] ასეთი ნორმების არსებობა არ იქნებოდა საჭირო, რისკის ამაღლება სისხლის სამართალში შედეგის შერაცხვის საკმარის პირობას რომ წარმოადგენდეს.

სისხლის სამართლის დოგმატიკაში ჩამოყალიბებული ამ საწინააღმდეგო არგუმენტებთან ერთად, აღსანიშნავია ის გარემოება, რომ *როქსინის* რისკის ამაღლების თეორია, რომელსაც ბევრი მხარდამჭერი გამოუჩნდა, ავსტრიულისგან განსხვავებით, პირდაპირ ასევე არ გაიზიარა გერმანულმა სასამართლომ[180], რომელმაც მიიჩნია, რომ საზიანო შედეგისთვის შეიძლება მოძრაობის დადგენილი წესების საწინააღმდეგო ქმედება მხოლოდ მაშინ ჩაითვალოს კაუზალურად, როცა უტყუარად დადგენილია, რომ მოძრაობის წესების დაცვის შემთხვევაში ეს შედეგი არ დადგებოდა. მაშასადამე, მოითხოვა ალტერნატიული მართლზომიერი მოქმედებით შედეგის თავიდან აცილებადობის უტყუარად დადგენა, რაც თეორიული და პრაქტიკული თვალსაზრისით პრობლემებთან არის დაკავშირებული და კრიმინალ-პოლიტიკური თვალსაზრისით წარმოშობს დასჯადობის გარკვეულ ხარვეზებს. ამის გამო გერმანული სასამართლო პრაქტიკა შეეცადა, რისკის ამაღლების თეორია „უკანა კარებით" მაინც შემოეყვანა მართლმსაჯულების არენაზე, რაზეც ქვემოთ იქნება ყურადღება გამახვილებული.

6.2.2. რისკის ამაღლების თეორიის საწინააღმდეგო პოზიციის კრიტიკა სასამართლო პრაქტიკის გათვალისწინებით

შედეგის თავიდან აცილებადობის თეორიის წარმომადგენელთა თვალსაზრისი, საყურადღებო არგუმენტების მიუხედავად, არ არის გასაზიარებელი. კანონი მოითხოვს წინდახედულობის ნორმის დაცვას მაშინაც, როცა მისი შესრულება სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის შანსს, მართალია, მნიშვნელოვნად ამაღლებს, მაგრამ შეიძლება, აბსოლუტური უტყუარობით ვერ უზრუნველყოს.

რისკის ამაღლების თეორიის მომხრეები სწორად არ უჭერენ მხარს *in dubio pro reo*-ს პრინციპის გამოყენებასა და ბრალდებულის პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებას, რადგან დასაძრახი რისკის ამაღლების დროს სამართლებრივი სიკეთისათვის შექმნილი საფრთხის ხარისხის განსაზღვრა, რომელიც იწვევს დამდგარი შედეგის ობიექტურ შერაცხვას, არის მატერიალური და არა პრო-

[179] ამის მაგალითია სხვისთვის შიდსის განზრახ შეყრის საფრთხის შექმნა (საქართველოს სსკ-ის 131-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი).
[180] იხ. BGHSt 11, გვ. 1.

ცესუალურ-სამართლებრივი პრობლემა. თუ პირი გადააცილებს ნებადართული რისკის ფარგლებს და ამით სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების საფრთხეს მნიშვნელოვნად აამაღლებს, ამით იგი მთლიანობაში ქმნის აკრძალული რისკის მდგომარეობას. ასეთ შემთხვევაში აკრძალული რისკის რეალიზაცია ხორციელდება მაშინ, როცა ქმედების შემადგენლობით გათვალისწინებული შედეგი დადგება, რომელიც სამართლებრივად რელევანტურ კავშირშია ჩადენილ მოქმედებასთან, რომელიც გაუფრთხილებლობის დროს წინდახედულობის ვალდებულების ხელყოფაში გამოიხატება. ეს არ არის საეჭვო და ყველა ეჭვის ბრალდებულის სასარგებლოდ გადაწყვეტის პრინციპს ამ შემთხვევაში არავითარი გამოყენება არ უნდა ჰქონდეს.

რისკის ამაღლების თეორიის საწინააღმდეგოდ გამოთქმულია ასევე კრიტიკა, რომ იგი თითქოს შედეგიან დელიქტებს კანონსაწინააღმდეგოდ საფრთხის შემქმნელ დელიქტებად აქცევს და, ამასთან, ეწინააღმდეგება ყველა ეჭვის ბრალდებულის სასარგებლოდ გადაწყვეტის პრინციპს. მოწინააღმდეგეთა აზრით, რომელიც გაუმართლებლად ზღუდავს ობიექტური შერაცხვის ფარგლებს, შედეგის შერაცხვა მხოლოდ მაშინ მიიჩნევა შესაძლებლად, როცა დადგინდება, რომ წინდახედულობის ნორმის დაცვის შემთხვევაში ეს შედეგი არ დადგებოდა, ხოლო ეჭვის შემთხვევაში შედეგის ობიექტური შერაცხვა უნდა გამოირიცხოს.[181] ობიექტური შერაცხვის ასეთი ინტერპრეტაცია არ არის სამართლიანი და სისხლის სამართლის კრიმინალ-პოლიტიკურ ამოცანებს ეწინააღმდეგება. ის, ვინც თავისი მოქმედებით სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების რისკი სამართლებრივად მნიშვნელოვან დონეზე აამაღლა, წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევასთან რელევანტურ კავშირში მყოფი დამდგარი შედეგისათვის იმსახურებს კიდეც დასჯადობას. სისხლის სამართალი, პირველ რიგში, არის პასუხისმგებლობა პირის მიერ საზოგადოებაში სამართლებრივად დასაძრახი საფრთხის მდგომარეობის შექმნისათვის, მოქმედების უმართლობისათვის, ხოლო დამდგარი შედეგი, რომელიც შედეგის უმართლობაში გამოიხატება, განზრახ დანაშაულებში წარმოადგენს ქმედების შემადგენლობის ფაკულტატურ ნიშანს, ხოლო გაუფრთხილებლობით დელიქტებში საკმარისია წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევასთან მხოლოდ მისი სამართლებრივად რელევანტური კავშირის დადგენა, რაც რისკის ამაღლების შემთხვევებში ყოველთვის არსებობს.

შეიძლება ითქვს, რომ რისკის ამაღლებისათვის პასუხისმგებლობა არის არა პროცესუალურ-სამართლებრივი, არამედ მატერიალურ-სამართლებრივი პრობლემა, რასაც არაერთი ავტორი არასწორად არ იზიარებს და პროცესუალურ-სამართლებრივი მტკიცებულებითი სტანდარტებით მცდარად უდგება რისკის ამაღლების შემთხვევებში შედეგის თავიდან აცილებადობის დადგენას.

რაც შეეხება მართლმსაჯულების პოზიციას, გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში რისკის ამაღლების თეორიამ დღემდე ვერ მოიპოვა პირდაპირი გამოყ-

[181] იხ. *R. Rengier*, AT, 3. Aufl., 2011, გვ. 513.

ენება[182], მაგრამ ავსტრიის სასამართლო პრაქტიკაში იგი გამოიყენება.[183] ამასთან, როგორც *პუპე* მიუთითებს, გერმანული სასამართლოც ცდილობს, „რისკის ამაღლების თეორია, რომელიც წინა კარებიდან იქნა გაძევებული, უკანა კარებიდან ისევ შემოაპაროს“[184] და პრობლემა სამართლებრივად სხვადასხვაგვარი დასაბუთებით, რისკის ამაღლების თეორიის ანალოგიურად, ისე გადაწყვიტოს, რომ მსგავსი შემთხვევები დაუსჯელი არ დარჩეს. ასე, მაგალითად, „თხის თმის შემთხვევაში“[185] სასამართლომ რეალურად ისე მიიჩნია, რომ დადგენილი დეზინფექციის ჩატარება მუშებს თითქოს სავარაუდოდ გადაარჩენდა, თუმცა ეს ვერ შეძლო უტყუარად დაედგინა. სასამართლომ მაშინ გამამტყუნებელი განაჩენი იმ დასაბუთებით გამოიტანა, რომ პირის მოქმედების მიზეზობრიობა შეიძლება მხოლოდ მაშინ გამოირიცხოს, როცა სახეზეა რეალობა ან რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობა, რომ ზიანის მიმყენებელი შედეგი იმ შემთხვევაშიც დადგებოდა, ეს ბრალეული ქმედება მანამდე რომ არ მომხდარიყო.[186] ეს არის ბრალდების ტვირთის შებრუნება, რაც *როქსინს* მიზეზობრიობის შემოწმების ფარგლებში დაუშვებლად მიაჩნია. შეიძლება ითქვას, რომ, საბოლოო ჯამში, სასამართლო მაინც რისკის ამაღლების თეორიის პოზიციამდე მივიდა.[187]

გერმანიის ფედერალური სასამართლოს პრაქტიკა დღემდე სხვადასხვაგვარი დასაბუთებით ასეთ შემთხვევებში გაუფრთხილებლობითი შედეგისათვის პასუხისმგებლობის დაკისრებას ახდენს, თუმცა რისკის ამაღლების თეორიას სახელდებით არ აღიარებს. ასე, მაგალითად, კბილის ექიმის მაგალითში[188], ინტერნისტის დახმარების შემთხვევაში, პაციენტის სიკვდილი სავარაუდოდ, თუმცა არა უტყუარად, იქნებოდა თავიდან აცილებული.[189] ანალოგიური მდგომარეობაა პერიტონიტის შემთხვევასთან[190] დაკავშირებითაც, რომელშიც არასათანადო გამოკვლევის გამო პაციენტს სიცოცხლის გადამრჩენი ოპერაცია არ გაუკეთდა. სასამართლომ დაადგინა, რომ სწორი სამედიცინო გამოკვლევის შედეგად ჩატარებული ქირურგიული ჩარევით, პაციენტს შეიძლებოდა რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობით დროის რაღაც მონაკვეთში კიდევ ეცოცხლა. მაშასადამე, როცა სასამართლო უტყუარობას ალბათობის მაღალი ხარისხით ვერ ადგენს, რომ წინდახედულობის ვალდებულების შესრულების შემთხვევაში პაციენტის სიკვდილი თავიდან იქნებოდა აცილებული, კმაყოფილდება დროის რაღაც მცირე მონაკვეთში სიცოცხლის გახანგრძლივების შესაძლებლობის დადგენით.

---

[182] შად. C. *Roxin,* AT I, 4. Aufl., 2006, გვ. 397.
[183] შად. *O. Triffterer,* Ulrich Klug-FS, 1983, გვ. 419 ff.
[184] შად. *I. Puppe,* Claus Roxin-FS, 2001, გვ. 300.
[185] იხ. RGSt 63, გვ. 211.
[186] იხ. იქვე, გვ. 214.
[187] შად. C. *Roxin,* AT I, 4. Aufl., 2006, გვ. 397.
[188] იხ. BGHSt 21, გვ. 59.
[189] შად. C. *Roxin,* AT I, 4. Aufl., 2006, გვ. 397.
[190] იხ. BGH NStZ 1981, გვ. 218.

სასამართლო პრაქტიკის სხვა მაგალითის მიხედვით[191], პირი მართავდა ავტომანქანას ნასვამ მდგომარეობაში, 100-120 კმ. სთ.-ში სიჩქარით. ამ დროს მას მოულოდნელად, 30-40 მ. მოშორებით წინ გადაუხტა მოტოციკლეტისტი. მძღოლმა დროულად ვერ მოახერხა თავისი ავტომანქანის გაჩერება, დაეჯახა მოტოციკლეტს, რასაც შედეგად მოტოციკლეტისტის სიკვდილი მოჰყვა. მძღოლი ფხიზელიც რომ ყოფილიყო, შესაძლებელია, შედეგი მაინც ვერ აეცილებინა თავიდან. რისკის ამაღლების თეორიის უარყოფის შემთხვევაში, მძღოლი უნდა გათავისუფლებულიყო სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან. გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ იგი მაინც დასაჯა სიცოცხლის გაუფრთხილებლობით მოსპობისათვის შემდეგი დასაბუთებით: მძღოლს სიმთვრალის გამო არ ჰქონდა უფლება, ისეთი სიჩქარით ევლო, რომელიც მისთვის ფხიზელ მდგომარეობაში შესაბამისი იქნებოდა. მას საკმაოდ ისე ნელა უნდა ევლო, რომ სიმთვრალის მდგომარეობაშიც სატრანსპორტო საშუალებაზე წინდახედულობის ვალდებულების შესრულება შესძლებოდა[192].

რისკის ამაღლების თეორიის უარყოფის პირობებში, სასამართლო პრაქტიკის ასეთი დასაბუთებები ლიტერატურაში იწვევს სამართლიან კრიტიკას.[193] *როქსინის* მიხედვით, თუ მძღოლი აბსოლუტურად არაფხიზელია, არ შეიძლება მისთვის არსებობდეს შესაბამისი სიჩქარე, რომლითაც მას შეუძლია ავტომანქანის მართვა. ამასთან, მძღოლი არ უნდა დაისაჯოს, თუ უტყუარად დადგინდება, რომ მის ალკოჰოლიზაციას მის მიერ ავტომობილის მართვასა და უბედური შემთხვევის მოხდენაზე ზეგავლენა არ მოუხდენია, რადგან სახეზე არ იქნება აკრძალული საფრთხის რეალიზაცია. სინამდვილეში კი, ბუნებრივია, ეს ასეც იყო, რომ ფხიზელ მძღოლს, თავის რეაქციაზე რეაგირების უკეთესი უნარიდან გამომდინარე, ბევრად უფრო დიდი თვალსაწიერი და უკეთესი შანსი ექნებოდა, რომ რთული საგზაო სიტუაცია თავიდან აეცილებინა.[194]

ლიტერატურაში გაკეთებული შეფასებების მიხედვით, დღევანდელი გერმანული სისხლის სამართლის მართლმსაჯულება, მართალია, „რისკის ამაღლების თეორიას“ სახელდებით არ აღიარებს, მაგრამ თავის კონკრეტულ გადაწყვეტილებებში სხვადასხვაგვარი დასაბუთებებით საბოლოოდ მაინც ამ თეორიის შედეგებამდე მიდის.[195] აღნიშნული უდავოდ მიუთითებს რისკის ამაღლების თეორიის დიდ პრაქტიკულ მნიშვნელობასა და მისი გამოყენების აუცილებლობაზე სამართლიანი მართლმსაჯულების განხორციელებისათვის.

---

[191] იხ. BGHSt 24, გვ. 31.

[192] იხ. BGHSt 24, გვ. 35.

[193] იხ., მაგალითად, *H. Otto,* NJW 1980, გვ. 420.

[194] შეად. C. *Roxin*, AT I, 4. Aufl., 2006, გვ. 398. იხ. ასევე: *I. Puppe,* Strafrecht, AT I, 2002, გვ. 91 ff.

[195] შეად.: *B. Schünemann*, JA 1975, გვ. 651 f.; *H. Otto,* NJW 1980, გვ. 423; *J. Krümpelmann,* GA 1984, გვ. 494 f.

6.2.3. შეჯამება

შეიძლება ითქვას, რომ, საბოლოო ჯამში, რისკის ამაღლების თეორია და გერმანიის ფედერალური სასამართლო, სხვადასხვა დასაბუთებით, პრაქტიკულად ერთი და იმავე შედეგის მიღწევას უჭერს მხარს. არ შეიძლება არ დაეთანხმო თვალსაზრისს იმის შესახებ, რომ მძღოლი, რომელიც ნასვამ მდგომარეობაში გადაჭარბებული სიჩქარით მართავს ავტომანქანას, ფხიზელი მძღოლისათვის ნებადართულ რისკის ფარგლებს მნიშვნელოვნად აჭარბებს, რის გამოც მას აკრძალული რისკის განხორციელებიდან წარმოშობილი შედეგი ობიექტურად უნდა შეერაცხოს.[196] წინააღმდეგ შემთხვევაში, რისკის ამაღლების თეორიის პრინციპულად უარყოფის შედეგად, სასამართლო იძულებული იქნება, საფრთხის მდგომარეობიდან წარმოშობილ უმეტეს გაუფრთხილებლობით დელიქტებში ბრალდებული არ დასაჯოს, რადგან იმის უტყუარად დასაბუთება, ალტერნატიული მართლზომიერი მოქმედების შემთხვევაში შედეგის თავიდან აცილება შესაძლებელი იქნებოდა თუ არა, პრაქტიკულად თითქმის შეუძლებელია. მაშინ როდესაც „ველოსიპედისტის შემთხვევიდან"[197] მოყოლებული, გერმანიის ფედერალური სასამართლო ე.წ. აცილებადობის თეორიას აღიარებს, ავსტრიის უზენაესი სასამართლო მიჰყვება ე.წ. რისკის ამაღლების თეორიას, მართლზომიერი ალტერნატიული ქცევის ფორმულის გამოყენებით[198], რაც სისხლის სამართლის კრიმინალ-პოლიტიკური ამოცანებიდან გამომდინარე, უფრო სამართლიანი და დასაბუთებულია.

6.3. შუალედური პოზიცია მოქმედებით ჩადენილ დელიქტებში რისკის ამაღლების თეორიაზე

რისკის ამაღლების თეორიის მომხრეებისა და მოწინააღმდეგების გვერდით არსებობს ასევე ე.წ. შუალედური პოზიცია. ამ პოზიციის წარმომადგენლები, მიუხედავად სხვადასხვაგვარი თვალსაზრისებისა, თავიანთ პოზიციას ასაბუთებენ არა მართლზომიერი ალტერნატიული ქცევის კონცეფციის გამოყენებით, არამედ იმაზე მითითებით, „პირი პასუხისმგებელია თუ არა იმ საფრთხეზე, რომელიც კონკრეტულ შედეგში იქნა რეალიზებული".[199]

შუნემანის პოზიცია[200] წარმოადგენს რისკის ამაღლების თეორიის მოდერნიზებულ ვარიანტს, რომელიც გენერალური პრევენციის თვალსაზრისს ეფუძნება.

---

[196] იხ. C. *Roxin,* AT I, 4. Aufl., 2006, გვ. 398.
[197] იხ. BGHSt 11, გვ. 1.
[198] იხ. მაგალითად: OGH, ZVR 1985, Nr. 116; OGH, ZVR 1986, Nr. 64. შეად. *A. Reitmaier,* Die objektive Erfolgszurechnung im österreichischen Strafrecht, 1998, გვ. 29.
[199] იხ. *B. Schünemann,* StrV 1985, გვ. 231.
[200] იხ. *B. Schünemann,* GA 1999, გვ. 213 ff.

იგი, ისევე როგორც *როქსინი*, ამ თეორიის საფუძველზე, ასხვავებს *ex-ante* პერსპექტივიდან წარმოშობილ დასაძრახ რისკსა და *ex-post* პერსპექტივიდან დასადგენ რისკის რეალიზაციას შორის. დასაძრახი რისკი, რომელიც, *შუნემანის* მიხედვით, წარმოადგენს ობიექტურ შერაცხვას ფართო გაგებით, ყალიბდება პირის ინდივიდუალური ცოდნის საფუძველზე, რადგან გენერალპრევენციულად აზრი არ ექნება, პირისგან მოითხოვო სხვა ქცევა, ვიდრე მას კონკრეტულ სიტუაციაში შეუძლია. რისკის რეალიზაცია, რომელსაც იგი ასევე ვიწრო გაგებით ობიექტურ შერაცხვას უწოდებს, არ არის დაკავშირებული პირის ინდივიდუალურ ცოდნასა და შესაძლებლობებთან, რადგან იგი დგინდება *ex-post* პერსპექტივიდან გამომდინარე.

6.4. რისკის შემცირების თეორია მოქმედებით ჩადენილ დელიქტებში

ობიექტური შერაცხვის მოძღვრება ავითარებს ე.წ. რისკის შემცირების თეორიას.[201] ამასთან დაკავშირებით არსებობს განსხვავებული პოზიციები, რაც იმაში მდგომარეობს, რომ იგი ან ქმედების შემადგენლობის (ობიექტური შერაცხვა), ან მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ ერთ-ერთ გარემოებად (დაზარალებულის თანხმობა; დაზარალებულის სავარაუდო თანხმობა ან უკიდურესი აუცილებლობა) განიხილება.[202]

რისკის შემცირების თეორიის შინაარსი მდგომარეობს იმაში, რომ პირმა, მართალია, თავისი მოქმედებით შექმნა საფრთხე, რომელმაც სამართლებრივი სიკეთის დაზიანება გამოიწვია, მაგრამ ამით იმავდროულად თავიდან აიცილა ამ სამართლებრივი სიკეთისათვის უფრო დიდი ზიანის მიყენების საფრთხე. მაგალითად, ა.-მ ბ. გადაარჩინა სიკვდილს, მაგრამ ამ დროს თავიდან ვერ აიცილა და თავისი მოქმედებით გამოიწვია მისთვის ჯანმრთელობის დაზიანება. მართალია, ა.-მ თავისი მოქმედებით შედეგი თავისი კონკრეტული ფორმით (ჯანმრთელობის დაზიანება) მიზეზობრივად გამოიწვია: ის რომ არ ჩარეულიყო, ეს კონკრეტული შედეგი არ დადგებოდა, მაგრამ თავისი მოქმედებით მას არ გამოუწვევია ჯანმრ-

---

[201] იხ.: *C. Roxin,* AT I, 4. Aufl., 2006, გვ. 375 f.; *K. Kühl,* AT, 6. Aufl., 2008, გვ. 43 f.; *B. Heinrich,* Strafrecht, AT I, 2. Aufl., 2010, გვ. 92 f.

[202] ზოგიერთი ავტორი, რომელიც მხარს უჭერს ობიექტური შერაცხვის თეორიის გამოყენებას, არ იზიარებს რისკის შემცირების დროს შედეგის ობიექტური შერაცხვის გამორიცხვას, არამედ ასეთ შემთხვევაში აღიარებს მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოების არსებობას. იხ. *R. Rengier,* AT, 3. Aufl., 2011, გვ. 87. ასევე, წიგნში: *J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch,* AT, 11. Aufl., 2003, გვ. 250 f. ეს პრობლემა მართლწინააღმდეგობის ეტაპზე განიხილება (ე.წ. დაზარალებულის სავარაუდო თანხმობა). ანალოგიური პოზიცია არის განვითარებული ჩემი წიგნის ადრეულ გამოცემებში: იხ. *მ. ტურავა,* სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, 2006, გვ. 212-213 (141-ე კაზუსი), რომელიც ე.წ. რისკის შემცირების დროს უკიდურესი აუცილებლობის მდგომარეობის არსებობას უჭერს მხარს. განსხვავებული პოზიცია („შედეგის ობიექტური შერაცხვა რისკის შემცირების გამო უნდა გამორიცხოს") არის ჩამოყალიბებული ჩემი წიგნის მე-7 (2008, გვ. 116) და მომდევნო გამოცემებში.

თელობის დაზიანების სამართლებრივად დასაძრახი საფრთხე, არამედ, პირიქით, სამართლებრივი სიკეთის უფრო დიდი დაზიანება აიცილა თავიდან.

ერთ-ერთი კაზუსის მიხედვით, საყოფაცხოვრებო კონფლიქტის ნიადაგზე წარმოშობილი ჩხუბის დროს, ა.-მ გადაწყვიტა ბ.-ს მოკვლა შურისძიების მოტივით. ვინაიდან სხვაგვარად შედეგს ვერ აიცილებდა, ე.-მ გადაარწმუნა იგი, არ მოეკლა ბ. და დაარწმუნა, რომ ცემა და ჯანმრთელობის დაზიანების მიყენება სავსებით საკმარისი იქნებოდა, რომ მას „ჭკუა ესწავლა". ა.-მ მართლაც გადაიფიქრა და დაკმაყოფილდა ცემით, რამაც ჯანმრთელობის ნაკლებად მძიმე დაზიანება გამოიწვია. ამ შემთხვევაში შედეგის ობიექტური შერაცხვა რისკის შემცირების გამო უნდა გამოირიცხოს.[203]

გასათვალისწინებელია ის გარემოება, რომ ზიანის ყოველგვარი შემცირება როდი იწვევს ქმედების ობიექტური შემადგენლობის არარსებობას. რისკის შემცირება მხოლოდ მაშინ გამორიცხავს ობიექტურ შერაცხვას, როცა ქმედება არსებულ მიზეზობრივ კავშირს დაასუსტებს, დაამუხრუჭებს. იგი არ გამოირიცხება ისეთ შემთხვევებში, როცა საფრთხის ამცილებლის მიერ ახალი, დამოუკიდებელი და, თავის მხრივ, სამართლებრივად დასაძრახი საფრთხე შეიქმნება, რითაც უფრო ნაკლები ზიანი დადგება, ვიდრე თავდაპირველი. ასეთი ზიანი, უფრო დიდი საფრთხის თავიდან აცილების მიუხედავად, ობიექტურად შეერაცხება პირს.

მაგალითად: ა.-მ ცეცხლმოკიდებული სახლის ფანჯრიდან გადააგდო საბანში გახვეული ბავშვი, ვინაიდან მისი სიცოცხლის სხვაგვარად გადარჩენა არ შეეძლო. მან იცოდა, რომ ბავშვს შეიძლებოდა მიეღო დაზიანებები. მართლაც, ბავშვი გადარჩა, მაგრამ მიიღო ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანება. ა.-ს შედეგი ობიექტურად შეერაცხება, ვინაიდან მან თავისი მოქმედებით ახალი საფრთხე შექმნა. ასეთ შემთხვევაში, გამოირიცხება მართლწინააღმდეგობა.[204]

ობიექტური შერაცხვა არ გამოირიცხება ისეთ შემთხვევაშიც, როცა საფრთხის აცილების შემდეგ ახალი, უფრო ნაკლები ზიანის მიყენების სამართლებრივად დასაძრახი საფრთხე შეიქმნება, ვიდრე თავდაპირველი. მაგალითად, ა.-მ სიკვდილს გადაარჩინა ბ. და მისცა თავშესაფარი, მაგრამ თავის მხრივ ისარგებლა შემთხვევით და დაამყარა მასთან იძულებითი სქესობრივი კავშირი. ასეთ შემთხვევაში

---

[203] რისკის შემცირების დროს შედეგის ობიექტური შერაცხვის გამორიცხვას მხარს უჭერს არაერთი ავტორი, მათ შორის: *C. Roxin,* AT I, 4. Aufl., 2006, გვ. 375 f.; *H.-H. Jescheck/T. Weigend,* AT, 5. Aufl., 1996, გვ. 287; *J. Wessels/W. Beulke,* AT, 40. Aufl., 2010, გვ. 73; *B. Heinrich,* AT I, 2. Aufl., 2010, გვ. 92.

[204] ქართული სისხლის სამართლის კოდექსის 31-ე მუხლის მიხედვით, – მართლზომიერი რისკის, გერმანული სისხლის სამართლის მიხედვით კი, – დაზარალებულის სავარაუდო თანხმობის ან უკიდურესი აუცილებლობის საფუძველზე. ამის შესახებ იხ.: *ჲ. ტურავა,* სისხლის სამართალი, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, გვ. 227; *C. Roxin,* AT I, 4. Aufl., 2006, გვ. 376, 773; *H.-H. Jescheck/T. Weigend,* AT, 5. Aufl., 1996, გვ. 287 f.; *J. Wessels/W. Beulke,* AT, 40. Aufl., 2010, გვ. 73 f.; *K. Kühl,* AT, 6. Aufl., 2008, გვ. 44; *B. Heinrich,* AT I, 2. Aufl., 2010, გვ. 92 f.; ასევე: *A. Schönke /H. Schröder - T. Lenckner/J. Eisele,* StGB, Kommentar, 28. Aufl., 2010, გვ. 171.

შედეგის ობიექტური შერაცხვა მოხდება ჩვეულებრივად.[205]

მოქმედებით ჩადენილი დელიქტებისათვის გამოყენებული „რისკის შემცირების თეორიის" შინაარსი განსხვავდება უმოქმედობის დროს გამოყენებული „რისკის შემცირების" ფორმულირებისაგან. უმოქმედობის დროს „რისკის ამაღლების თეორიის" შინაარსი იმაში მდგომარეობს, რომ დადგინდეს, ვალდებულების შესაბამისი მოქმედების შესრულებით შესაძლებელი იყო თუ არა შედეგის დადგომის რისკის შემცირება.

6.5. რისკის ამაღლების თეორია უმოქმედობის დროს

6.5.1. ჰიპოთეტური კაუზალობა უმოქმედობის დროს და რისკის ამაღლება

რისკის ამაღლების თეორიის გამოყენებასთან დაკავშირებით, მოქმედებისგან განსხვავებული მდგომარეობაა უმოქმედობის შემთხვევებში. ამ დროს იგი უმოქმედობის მიზეზობრიობის პრობლემის გადაწყვეტას უკავშირდება. კერძოდ, მიზეზობრიობის პირობათა თეორიის ფორმულა ჰიპოთეტურ მიზეზობრიობად (ანუ კვაზიკაუზალობად) უნდა იქნეს გარდაქმნილი. სადავოა, ალბათობის როგორი ხარისხი არის აუცილებელი ჰიპოთეტური განსჯისათვის, რომ დადგინდეს კვაზიმიზეზობრიობა.

(1) გაბატონებული შეხედულებით, უმოქმედობის მიზეზობრიობა არსებობს მაშინ, როცა დადგინდება, რომ სავალდებულო და შესაძლებელი მოქმედებით დამდგარი შედეგი რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის ხარისხით თავიდან იქნებოდა აცილებული.[206] რეალური შესაძლებლობა, რომ შედეგი სავალდებულო და შესაძლებელი მოქმედების მიუხედავად, მაინც დადგებოდა, განაპირობებს უმოქმედობის მიზეზობრიობის არარსებობას. მაგალითად, ექიმმა ავადმყოფს არ გაუკეთა ბრმა ნაწლავის ოპერაცია, რადგან თავისი დაუდევრობით სწორი დიაგნოზი ვერ დაუსვა. ამის გამო პაციენტი გარდაიცვალა. როგორც შემდგომ დადგინდა, ანთებითი პროცესი ავადმყოფში ისე იყო განვითარებული, რომ შესაძლოა, გადაუდებელი ოპერაციის ჩატარების მიუხედავად, 10-პროცენტიანი ალბათობით, მაინც მომკვდარიყო, ხოლო სათანადო სწორი მკურნალობის შედეგად, 90-პროცენტიანი ალბათობით გადარჩენილიყო. შედეგის თავიდან აცილებისათვის „რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის ხარისხის" მოთხოვნის შემთხვევაში, პაციენტის გადარჩენის 90-პროცენტიანი ალბათობის მიუხედავად, უმოქმედობით

---

[205] გარდა ამისა, ე.წ. კვანტიტატიური უკიდურესობა არ არის ობიექტური შერაცხვის პრობლემა და იგი შედეგის ობიექტურ შერაცხვას არ გამორიცხავს. ამის შესახებ იხ.: *U. Ebert*, Strafrecht, AT, 3. Aufl., 2001, გვ. 110; *ჰ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, გვ. 486-493.

[206] იხ. *M. Bugstaller*, JBl 1996, გვ. 192.

დამდგარი გაუფრთხილებლობითი სასიკვდილო შედეგის ობიექტური შერაცხვა ვერ მოხდება და ამისათვის ექიმის პასუხისმგებლობა არ დადგება.[207] ეს შედეგი *ჰელმუტ ფუქსს* მიაჩნია აშკარად არაგონივრულად. საკითხისადმი ასეთი მიდგომის არაგონივრულობის უფრო ნათლად საჩვენებლად იგი მიუთითებს უმოქმედობის შემდეგ შემთხვევაზე: ავტოავარიის შედეგად დაზიანებული პირის მიმართ ექიმმა უხეშად დაარღვია წინდახედულობის ვალდებულება და ვერ გამოავლინა ტვინში სისხლდენა, რის გამოც პაციენტს არ ჩაუტარა სათანადო გადაუდებელი მკურნალობა, რომელსაც შეეძლო, 80-პროცენტიანი ალბათობით გადაერჩინა იგი. თავდაპირველი მოქმედების – ავტოავარიის ჩამდენს შედეგი აღარ შეერაცხება, რადგან მისი მოქმედება არ იყო სასიკვდილო შედეგის უტყუარად გამომწვევი. გაბატონებული შეხედულებით, შეიძლება არც ექიმი დაისაჯოს დამდგარი შედეგისათვის, რადგან არ არის დადგენილი, რომ სავალდებულო და შესაძლებელ მოქმედებას დამდგარი სასიკვდილო შედეგი რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხით შეეძლო აეცილებინა თავიდან. საბოლოო ჯამში, არავინ იქნება ადამიანის სიკვდილისათვის პასუხისმგებელი.[208]

რისკის ამაღლების თეორიის უარყოფის შედეგად, სამედიცინო სფეროში უმოქმედობა თითქმის ყოველთვის დაუსჯელი დარჩება, რადგან უმეტესწილად ძნელია იმის დამტკიცება, რომ მკურნალობა აუცილებლად წარმატებული იქნებოდა თუ არა. მხოლოდ იშვიათ შემთხვევაში შეიძლება „რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხით" იმის დადგენა, რომ პაციენტს დროული სამედიცინო დახმარების შედეგად, შეეძლო, მინიმუმ უფრო დიდხანს ეცოცხლა. სავარაუდოა, რომ იგი შეიძლებოდა დაღუპულიყო თვით გადაუდებელი ოპერაციის პროცესში უფრო ადრეც კი, ვიდრე ოპერაციის გარეშე მოკვდებოდა. განზრახ უმოქმედობით ჩადენილ დელიქტებში ხშირად გამოირიცხება თვით მცდელობაც კი: ვინც ვალდებულების საწინააღმდეგოდ უმოქმედობას გამოიჩენს (მაგალითად, ქმარი არ დაეხმარება თავის დავარდნილ და მძიმედ დაზიანებულ მეუღლეს) და შეცნობილი აქვს, რომ მისი მოქმედების შედეგად შესაძლოა, შედეგი არ დადგეს, არ მოქმედებს განზრახ, რადგან შეცნობილი არა აქვს თავისი უმოქმედობის კაუზალობა.[209]

(2) მხარდაჭერას იმსახურებს გაბატონებული შეხედულების საწინააღმდეგო პოზიცია, რომლის მიხედვითაც, უმოქმედობა მიზეზობრივ კავშირშია დამდგარ შედეგთან, როცა მოვალეობის საწინააღმდეგო უმოქმედობის დროს ჩასადენ სავალდებულო და შესაძლებელ მოქმედებას სამართლებრივი სიკეთის საფრთხის მდგომარეობა, რომელიც შედეგში იქნა რეალიზებული, შეეძლო მნიშვნელოვნად შეემცირებინა (კვაზიმიზეზობრიობა).[210] სამართალი მოითხოვს, რომ პირმა, რო-

---

[207] იხ. *H. Fuchs,* Österreichisches Strafrecht, AT I, 3. Aufl., 1998, გვ. 358-359.
[208] იხ. იქვე, გვ. 359.
[209] იხ. იქვე, გვ. 359.
[210] იხ. იქვე, გვ. 359.

მელიც ვალდებულია, შეასრულოს მოქმედება, უნდა გამოიყენოს სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის ყოველი რეალურად შესაძლებელი შანსი, მაშინაც კი, როცა არსებობს წარმატების არა უტყუარი, არამედ მხოლოდ 50-პროცენტიანი ან უფრო ნაკლები ალბათობა. მაშასადამე, იგი ვალდებულია შეამციროს შედეგის დადგომის რისკი.[211] თუ პირი არ შეასრულებს საფრთხის შემამცირებელ მოქმედებას და ვალდებულების საწინააღმდეგოდ აკრძალული რისკი განხორციელდება, მაშინ შედეგის დადგომის საფრთხე არის ვალდებულების საწინააღმდეგოდ შეუმცირებელი და ამით პირის მიერ რისკის რეალიზაცია მართლსაწინააღმდეგოდ გამოწვეული, რის გამოც დამდგარი შედეგი პირს ობიექტურად უნდა შეერაცხოს.[212] გერმანული სისხლის სამართლის ანალოგიურად, ავსტრიულ სისხლის სამართალშიც გამოთქმული თვალსაზრისი (მაგალითად, *კინაპფელი*), რომ რისკის ამაღლების თეორიით ზიანის მიმყენებელი შედეგიანი დელიქტების შემადგენლობები საფრთხის შემქმნელი დელიქტების შემადგენლობებად იქცევა, *ჰელმუტ ფუქსის*[213] აზრით, არის მცდარი: რა თქმა უნდა, პირი ისჯება არა უბრალოდ საფრთხის მდგომარეობის შექმნისათვის, არამედ აუცილებელია, ზიანის მიმყენებელი ქმედების შემადგენლობის შესაბამისი შედეგის (პაციენტის სიკვდილის) რეალურად დადგომა. თუ შედეგი არ დადგა და მხოლოდ საფრთხის მდგომარეობა არსებობდა (მაგალითად, პაციენტი ძლივს გადარჩა ექიმის მიერ ოპერაციის დაგვიანების შედეგად, თუმცა გადარჩენის შანსი ძალზე დაბალი იყო), მაშინ არ არის შესრულებული ზიანის მიმყენებელი შედეგიანი დელიქტის ქმედების შემადგენლობა, რადგან საფრთხის შედეგში რეალიზაცია არ მომხდარა. ზოგადად, ამ პოზიციის საწინააღმდეგოდ, იმის მტკიცება, რომ რისკის ამაღლების შემთხვევაში, როცა შედეგის თავიდან აცილების შესაძლებლობა რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობით არ იქნება დადგენილი, არ უნდა მოხდეს რეალურად დამდგარი შედეგის შერაცხვა, არ იქნებოდა სწორი.

ქართული სისხლის სამართლის კოდექსის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილი უმოქმედობის დროს კვაზიმიზეზობრიობის დასადგენად აწესებს გარკვეულ კრიტერიუმებს, რის გამოც, მოქმედებით ჩადენილი დელიქტებისგან განსხვავებით, უმოქმედობის დროს ალბათობის ხარისხის განსაზღვრისათვის არსებობს გარკვეული საკანონმდებლო ბარიერი, რომელიც საჭიროებს სამართლებრივ ინტერპრეტაციას. კერძოდ, კანონი მოითხოვს იმის დადგენას, რომ „სავალდებულო და შესაძლებელი მოქმედებით შედეგი თავიდან იქნებოდა აცილებული". ამის გათვალისწინებით, დასადგენია, ქართული სისხლის სამართლის მიხედვით, თუ რა წინაპირობებია საჭირო იმისათვის, რომ მოხდეს ვალდებულების საწინააღმდეგო უმოქმედობით გამოწვეული შედეგის შერაცხვა. ის, რომ სავალდე-

---

[211] იხ. *M. Burgstaller*, JBl 1996, გვ. 193.

[212] იხ.: *H.-J. Rudolphi*, Systematischer Kommentar zum StGB I, 7. Aufl., 2009, vor §13 Rn. 16, გვ. 13 f.; *H. Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, AT I, 3. Aufl., 1998, გვ. 359.

[213] იხ. *H. Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, AT I, 3. Aufl., 1998, გვ. 359 f.

ბულო და შესაძლებელი მოქმედების შესრულებას შეეძლო შედეგის დადგომის რისკი მნიშვნელოვნად შეემცირებინა, გაბატონებული შეხედულებით, საჭიროა, დადგინდეს „ალბათობის მაღალი ხარისხით“[214]. ალბათობის ასეთი ხარისხის განსაზღვრა, რომელიც საკმარისი იქნებოდა ჰიპოთეტური კავზიმიზეზობრიობის დასადგენად, უნდა მოხდეს სამართლებრივი ინტერპრეტაციის გზით. იგი უნდა განისაზღვროს 50-პროცენტიანი და უფრო მაღალი ალბათობის ფარგლებით. ამ შემთხვევაში, ობიექტური დამკვირვებლის პოზიციიდან გაკეთებული განსჯით, შედეგის თავიდან აცილების ალბათობა უფრო მაღალი უნდა იყოს, ვიდრე იმის ვარაუდი, რომ შედეგი მაინც შეიძლებოდა დამდგარიყო, რის გამოც მას შეიძლება ეწოდოს „ალბათობის მაღალი ხარისხი“. ამის ალტერნატივა არის „რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხის“ მოთხოვნა, რომელიც გერმანულ სისხლის სამართალში ისეთი მაღალი ხარისხის ვარაუდს გულისხმობს, რომ 90-პროცენტიან ზღვარს სცილდება.

თუ ვალდებულების შესაბამის მოქმედებასაც აღარ შეეძლო შექმნილ რისკთან დაკავშირებით რაიმე მნიშვნელოვნად შეეცვალა, ასევე, თუ შედეგში მოხდა არა ამ, არამედ სხვა რისკის რეალიზაცია, ან თუ, *in dubio pro reo*-ს პრინციპიდან გამომდინარე, ერთი ან მეორე მდგომარეობის არსებობა უნდა იქნეს ნავარაუდევი, ასეთ შემთხვევებში დამდგარი შედეგის ობიექტური შერაცხვა გამოირიცხება.

მაგალითად[215], თუ ბანაობის დროს მაშველი ზედამხედველი გამოიჩენს უმოქმედობას და ცურვის არმცოდნე პირს, რომელიც ღრმა წყალში ჩავარდა, არ დაეხმარება და არ გადაარჩენს, ასეთ შემთხვევაში შედეგის შერაცხვისათვის საკმარისია, თუ დადგინდება, რომ დაღუპულ პიროვნებას ობიექტური დამკვირვებლის თვალთახედვით, გადარჩენის შანსი შესამჩნევად ექნებოდა, მაშველი დაკისრებული ვალდებულების შესაბამისად რომ მოქცეულიყო. თუმცა, თუ მოგვიანებით დადგინდა, რომ წყალში დამხრჩვალმა პიროვნებამ გულის ინფარქტი განიცადა და ჩაძირვის დროს შესაძლოა, უკვე მკვდარი იყო, მაშინ *in dubio pro reo*-ს პრინციპიდან გამომდინარე, უნდა ვივარაუდოთ, რომ იგი მაშველის ჩარევასაც უკვე აღარ შეეძლო გადაერჩინა. მაშასადამე, რისკის ამაღლება და უმოქმედობის კავზიმიზეზობრიობა გამოირიცხება.

მაშასადამე, ქართული სისხლის სამართლის მიხედვით, პრობლემას წარმოადგენს, თუ როგორი უნდა იყოს იმის უტყუარობის ხარისხი, რომ უმოქმედობის დროს სავალდებულო და შესაძლებელი მოქმედების შესრულებით შედეგი თავიდან იქნებოდა აცილებული: აბსოლუტური, რეალობასთან ახლოს მდგომი, მაღალი თუ ჩვეულებრივი ალბათობის ხარისხის მატარებელი და როგორი პროცენტული მაჩვენებლით უნდა განისაზღვროს იგი. აქ საქმე ეხება შედეგს თავისი კონკრეტული ფორმით. უმოქმედობის მიზეზობრიობის განსაზღვრისათვის სსკ-ის მე-8

---

[214] ამის შესახებ ჩემს პოზიციაზე იხ. *მ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, 2010, გვ. 169.

[215] იხ. *H. Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, AT I, 3. Aufl., 1998, გვ. 360.

მუხლის მე-3 ნაწილში მოცემული სიტყვების: „სავალდებულო და შესაძლებელი მოქმედებით შედეგი თავიდან იქნებოდა აცილებული“ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში „რეალობასთან ახლოს მდგომ ალბათობის მაღალ ხარისხზე“ (გაბატონებული შეხედულება) მითითებით დაკონკრეტება[216] მეტყველებს იმაზე, რომ ჰიპოთეტური კვაზიმიზეზობრიობის დადგენის დროს არ მოითხოვება და ვერც მოხერხდება აბსოლუტური უტყუარობის დამტკიცება, რადგან სრული რეალობის ამსახველი სურათის მიღწევა, თუ როგორ განვითარდებოდა მოვლენები, (თითქმის) შეუძლებელია, არამედ ნორმატიულად მხოლოდ ივარაუდება. მოვლენათა ჰიპოთეტური განვითარების შესახებ შესაძლებელია მხოლოდ რწმენის ამა თუ იმ ხარისხით ჩამოყალიბება.[217] კვაზიმიზეზობრიობის ალბათობის ხარისხი არის ჰიპოთეტური კაუზალობის დადგენის დამოუკიდებელი კრიტერიუმი, რომელსაც ადგენს მატერიალური სისხლის სამართალი და არა საპროცესო მტკიცების წესი, რომელიც მოცემულია საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-3 მუხლში[218].

6.5.2. უმოქმედობის დროს რისკის ამაღლებაზე დისკუსია სამეცნიერო ლიტერატურაში

გერმანულ სამეცნიერო ლიტერატურაში უმოქმედობის დროს რისკის ამაღლების თეორიის გამოყენების საკითხი ძალზე საკამათოა. გაბატონებული შეხედულება ემხრობა მართლმსაჯულების პოზიციას და მოითხოვს რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხით შედეგის თავიდან აცილებადობის შესაძლებლობის დადგენას. ამით გაბატონებული შეხედულება ეწინააღმდეგება კვაზიმიზეზობრიობის, ანუ ჰიპოთეტური მიზეზობრიობის უარყოფას და შედეგიანი დელიქტების საფრთხის დელიქტებად გადაქცევას.[219] იმ ავტორების ასეთი პოზიცია, რომლებიც მოქმედების დროსაც უარყოფენ „რისკის ამაღლების თეორიას“, ლოგიკურია. ამასთან, ასევე ერთი ნაწილი იმ ავტორებისა, რომლებიც მოქმედებით ჩადენილ დელიქტებში რისკის ამაღლების თეორიას ემხრობიან, არ უჭერენ მხარს უმოქმედობის დროს რისკის შემცირების ალბათობის ობიექტური შეფასების საფუძვლად აღიარებას[220]. ამ თვალსაზრისის დასაბუთება ძირითადად ეფუძნება იმ არგუმენტს, რომ ამით უმოქმედობის ჰიპოთეტური მიზეზობრიობის

---

[216] იხ. *ბ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, 2010 გვ. 169.

[217] შად. *H.-H. Jescheck/T. Weigend*, AT, 5. Aufl., 1996, გვ. 620.

[218] როგორც ცნობილია, ამ მუხლში მოცემულია სამი მტკიცებულებითი სტანდარტი: „დასაბუთებული ვარაუდი“ (მე-11 ნაწილი), „ალბათობის მაღალი ხარისხი“ (მე-12 ნაწილი) და „გონივრულ ეჭვს მიღმა“ (მე-13 ნაწილი).

[219] იხ. *R. Rengier*, AT, 3. Aufl., 2011, გვ. 460.

[220] იხ. *H.-H. Jescheck/T. Weigend*, AT, 5. Aufl., 1996, გვ. 619; უფრო დაწვრილებით: *B. Schünemann*, StV 1985, გვ. 229, 231 ff.

დადგენის მოთხოვა იქნებოდა უარყოფილი, თუ შედეგის შერაცხვა მაინც მოხდებოდა, როცა მხოლოდ სავარაუდო იქნებოდა, შეუსრულებელ მოქმედებას შეეძლო თუ არა შედეგის თავიდან აცილება. უმოქმედობით ჩადენილ დელიქტებში რისკის ამაღლების თეორიის მოწინააღმდეგეთა თვალსაზრისით, ამით უარყოფილი იქნებოდა უმოქმედობის დროს შედეგის შერაცხვის ფუნდამენტური წინაპირობა და დაზიანების მიმყენებელი შედეგიანი დელიქტები საფრთხის დელიქტებად გადაიქცეოდა და *in dubio pro reo*-ს პრინციპი დაირღვეოდა. ისინი შედარებას აკეთებენ მოქმედებით ჩადენილ დანაშაულებთან და მიუთითებენ, რომ იქ სრულიად სხვა მდგომარეობაა. კერძოდ, პირის მოქმედების კაუზალობა დამდგარ შედეგთან დადგენილია, ვიდრე შედეგის ობიექტური შერაცხვის ეტაპზე რისკის ამაღლების თეორიის გამოყენება გახდება საჭირო. მოქმედებით ჩადენილ დანაშაულებში მხოლოდ მიზეზობრივი კავშირის დადგენის შემდეგ ხდება რისკის ამაღლებაზე მსჯელობა, როგორც დასჯადობის შემზღუდავ დამატებით კრიტერიუმზე. უმოქმედობის დროს კი, რისკის ამაღლებისათვის პირის დასჯადობის პრინციპის გამოყენების შემთხვევაში, რისკის შემცირება კვაზიმიზეზობრიობას დასჯადობის გაფართოების სახით შეცვლიდა.[221]

უმოქმედობის დროს რისკის ამაღლების თეორიის მოწინააღმდეგეთა საპირისპირო პოზიციას ავითარებენ *შტრატენვერტი*[222], *რუდოლფი*[223], *ოტო*[224], *ბრამსენი*[225], *შაფშტაინი*[226]. ისინი, უპირველეს ყოვლისა, ყურადღებას ამახვილებენ კრიმინალ-პოლიტიკურად დასაბუთებულ დასჯის საჭიროებაზე. ამასთან, როგორც წესი, ედავებიან კვაზიმიზეზობრიობის დადგენის საერთოდ უარყოფის მომხრეებს და მიუთითებენ მისგან გამომდინარე შედეგებზე.

რუდოლფი არ ეთანხმება *შუნემანის* პოზიციას იმის შესახებ, რომ უმოქმედობის სფეროში რისკის ამაღლების თეორიის აღიარება გამოიწვევდა უმოქმედობასა და დამდგარ შედეგს შორის აუცილებელი მიზეზობრივი კავშირის დადგენაზე უარის თქმას[227]. *რუდოლფი* კვაზიკაუზალობის დასადგენად საკმარისად მიიჩნევს იმ მიზეზობრივ კავშირს, რომელიც არსებობს აუცილებელი საფრთხის შემცირებასა და კონკრეტულად დამდგარ შედეგს შორის[228].

შტრატენვერტის მაგალითის მიხედვით, მძიმედ ავადმყოფი ბავშვის მშობლე-

---

[221] შეად. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 644.

[222] იხ. *G. Stratenwerth*, Wilhelm Gallas-FS, 1973, გვ. 237 ff.

[223] იხ. *H.-J. Rudolphi,* Systematischer Kommentar zum StGB I, 7. Aufl., 2009, vor §13 Rn. 16, გვ. 13 f.

[224] იხ.: *H. Otto*, Maurach-FS, 1972, გვ. 102; *H. Otto*, JuS 1974, გვ. 708; *H. Otto*, Grundkurs Strafrecht, AT, 6. Aufl., 2000, გვ. 177.

[225] იხ. *J. Brammsen*, MDR 1989, გვ. 126.

[226] იხ. *F. Schaffstein*, Richard M. Honig-FS, 1970, გვ. 172.

[227] შეად.: *B. Schünemann*, JA 1975, გვ. 655; *B. Schünemann*, StrV 1985, გვ. 232 f.

[228] შეად. *H.-J. Rudolphi,* Systematischer Kommentar zum StGB I, 7. Aufl., 2009, vor §13 Rn. 16a, გვ. 14.

ბი გამოიჩენენ უმოქმედობას და ბავშვს არ მიიყვანენ ექიმთან.[229] გაბატონებული შეხედულების მიხედვით, ისინი ბავშვის სიკვდილისათვის მხოლოდ მაშინ დაისჯებიან, თუ დადგინდება, რომ იგი ექიმის მკურნალობით მაღალი ალბათობის ხარისხით გადარჩებოდა. რისკის ამაღლების თეორიის უმოქმედობაში გადმოტანის შემთხვევაში, ისინი მაშინაც დაისჯებოდნენ ბავშვის სიკვდილისათვის, თუ დადგინდებოდა, რომ ექიმის ჩარევას შეეძლო შედეგის დადგომის საფრთხე შეემცირებინა. იმ შემთხვევაში კი, როცა დადგინდებოდა, რომ ბავშვის გადარჩენა სამედიცინო დახმარებით მაინც შეუძლებელი იქნებოდა, ასეთ შემთხვევაში, ნებისმიერი თეორია მშობლების დასჯადობას უმოქმედობისათვის გამორიცხავს. მაშასადამე, უმოქმედობის შემთხვევებში რისკის ამაღლების თეორიის უარყოფა შესაძლებლობას აძლევს მშობლებს ბავშვის ისეთი ავადმყოფობისას, რომლის დროსაც სიკვდილიანობის ხარისხი მაღალია, თავიდანვე უარი თქვან შვილის მიმართ სამედიცინო დახმარების გამოყენებაზე, რაც კრიმინალ-პოლიტიკური თვალსაზრისით, გარკვეულ პრობლემას წარმოადგენს. პრაქტიკა შეეცადა, ეს პრობლემა იმ გზით აღმოეფხვრა, რომ ჰიპოთეტური კაუზალობის დადგენის დროს „გადარჩენის შანსის“ ნაცვლად აქცენტი იმაზე გადაეტანა, რომ აუცილებელი დახმარების შემთხვევაში რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობით სასიკვდილო შედეგი უფრო გვიან დადგებოდა.

სამეცნიერო ლიტერატურაში ცალკეა გამოყოფილი ისეთი შემთხვევები, რომლებიც ეხება პირის მიერ მეორე პირისთვის ვალდებულების შესრულებაში არამართლზომიერად ხელის შეშლით საფრთხეში მყოფი სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის შანსის არმიცემას ან მოსპობას.[230] უმეტესად იგი ეხება უმოქმედობის შემთხვევებს, მაგრამ შეიძლება მოქმედებაშიც გამოიხატოს, რადგან სხვა პირის მიერ ვალდებულების შესრულების ხელის შეშლა მოქმედებითაც შეიძლება. თუ ასეთი შემთხვევები განხილულ იქნება ე.წ. შედეგის თავიდან აცილებადობის თეორიის მიხედვით, მაშინ პირს, *in dubio pro reo*-ს პრინციპის გამოყენებით, შედეგისათვის არ უნდა დაეკისროს პასუხისმგებლობა შემდეგი არგუმენტით: ასპროცენტიანი სიზუსტით არ არის დადგენილი, რომ სხვა პირი თავის ვალდებულებას ასევე შეასრულებდა, მას რომ ამის შესაძლებლობა ჰქონოდა. ეს ის შემთხვევაა, როცა, როგორც რისკის ამაღლების თეორიის მომხრეები[231], ისე მოწინააღმდეგეები[232] ერთადერთ შესაძლებლობად მიიჩნევენ, რომ სხვა პირისათვის ვალდებულების შესრულებაში ხელის შემშლელი პირი უნდა დაისაჯოს დამდგარი შედეგისათვის, რადგან მან მოსპო სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის რეალური შანსი.[233]

---

229 იხ. *G. Stratenwerth/L. Kuhlen,* AT, 6. Aufl., 2011, გვ. 289, სადაც გაკრიტიკებულია ამ კაზუსის მიმართ გამოთქმული გაბატონებული შეხედულება.

230 შეად. *I. Puppe,* Claus Roxin-FS, 2001, გვ. 295 f.

231 იხ. *M. Kahlo,* GA 1987, გვ. 66, 76 ff.

232 იხ. *O. Ranft,* JZ, 1987, გვ. 859, 862.

233 რისკის ამაღლების თეორიის მომხრეთა პოზიციებიდან, სასამართლო პრაქტიკის მაგალითების

შტრატენვერტი[234] გაბატონებული შეხედულების ცხოვრებაში გატარების უარყოფით შედეგს იმაში ხედავს, რომ საფრთხის ქვეშ მყოფი სამართლებრივი სიკეთის გადასარჩენად მოქმედების შესრულება მხოლოდ მაშინ იქნებოდა სავალდებულო, როცა დახმარების შედეგად გადარჩენის პრაქტიკული შესაძლებლობა დარწმუნებით იარსებებდა, მაგრამ არა იმ შემთხვევაში, როცა ის გადარჩენის შანსს მხოლოდ მნიშვნელოვნად აამაღლებდა. ყოველდღიურ ყოფა-ცხოვრებაში ასეთი შედეგის მიღწევა კრიმინალ-პოლიტიკური თვალსაზრისით კრიტიკას იმსახურებს. იგი მიზეზობრიობას ასაბუთებს იმ არგუმენტით, რომ საფრთხის მოცულობა, რომლისთვისაც პირმა პასუხი უნდა აგოს, განუსაზღვრელად მთლიან საფრთხის მდგომარეობას მოიცავს. მისი აზრით, ვინც უბედური შემთხვევის მსხვერპლს სამართლებრივი გარანტის ვალდებულების საწინააღმდეგოდ არ მიიყვანს სამედიცინო მკურნალობის გასაწევად, პასუხისმგებელია დამდგარ სასიკვდილო შედეგზე, თუ ასეთ მკურნალობას შეეძლო გადარჩენის შანსი გაეზარდა, მაგრამ არა მაშინ, როცა დადგენილია, ან არ არის გამორიცხული, რომ ექიმის დახმარება მაინც გვიანი და ისედაც უშედეგო იქნებოდა.[235]

უმოქმედობის დროს მიზეზობრიობის საკითხთან დაკავშირებით ავტორები სხვადასხვა შეხედულებებს გამოხატავენ. ასე, მაგალითად, *შაფშტაინი*[236] შესაძლებლად მიაჩნია, ასეთ შემთხვევაში უარი ითქვას კაუზალობის დადგენის მოთხოვნაზე და მოხდეს უმოქმედობით ჩადენილი გაუფრთხილებლობითი დანაშაულების საფრთხის შემქმნელ დელიქტებად გადაქცევა. უფრო შორს მიდის *ოტო*[237], რომელიც მიიჩნევს, რომ შედეგში რეალიზებულია ნებისმიერი ის საფრთხე, რომლის თავიდან აცილების ან შემცირების ვალდებულებაც გარანტს ჰქონდა.

სხვადასხვაგვარი არგუმენტების მიუხედავად, რისკის ამაღლების თეორიის მომხრეთა ყველა ეს პოზიცია სწორად ასაბუთებს უმოქმედობის დროს ამ თეორიის პრაქტიკულ მნიშვნელობასა და მისი გამოყენების აუცილებლობას.

6.5.3. მესამე გზა — უმოქმედობის დროს რისკის ამაღლების თაობაზე პრობლემის დიფერენცირებული გადაწყვეტა

უმოქმედობის შემთხვევებში რისკის ამაღლების თეორიის გამოყენებისას, *როქსინი* ეძებს მესამე გზას, რომელიც საკითხს დიფერენცირებულად უდგება და პრობლემის გადაწყვეტას ექსტრემალურ პოზიციებს შორის, სადღაც შუაში

მითითებით, იხ. *I. Puppe*, Claus Roxin-FS, 2001, გვ. 296 ff.

[234] იხ. *G. Stratenwerth*, Wilhelm Gallas-FS, 1973, გვ. 239.

[235] იხ. იქვე, გვ. 238.

[236] იხ. *F. Schaffstein*, Richard M. Honig-FS, 1970, გვ. 173.

[237] იხ. *H. Otto*, AT, 6. Aufl., 2000, გვ. 177-178. იხ. ასევე: *J. Brammsen*, MDR 1989, გვ. 127.

ცდილობს.[238] ამისათვის იგი იყენებს სისტემური აზროვნების თეორიიდან ცნობილ მოვლენათა *ex-ante* (წინასწარი) და *ex-post* (შემდგომი) განსჯის კატეგორიებს. უნდა დადგინდეს, უმოქმედობის დროს მოქმედების შედეგად რისკის შემცირება მხოლოდ წინასწარი დაკვირვებით ჩანდა, როგორც შესაძლებელი, თუ ასევე შემდგომი შეფასებითაც რისკის შემცირება რეალურად მოხდებოდა. ამ თვალსაზრისს ის შედეგი აქვს, რომ პირველ შემთხვევაში შედეგის შერაცხვა არ უნდა მოხდეს, ხოლო მეორე შემთხვევაში შედეგი შერაცხვადია.

ასეთი დაკვირვება არ ნიშნავს საფრთხის ცნების სუბიექტივიზაციას, არამედ მხოლოდ დანაშაულებრივი ქმედების ჩადენის დროს გაკეთებულ შეფასებას ობიექტური, საქმის მცოდნე გონიერი დამკვირვებლის პოზიციიდან, ყველა შეცნობადი და მისთვის ცნობილი ფაქტების გათვალისწინებით.[239]

მაშასადამე, სამართლებრივი შეფასებისათვის აქაც გამოყენებულ უნდა იქნეს ე.წ. ობიექტური პირის, ანუ გონიერი დამკვირვებლის ფიგურა, რომელიც გამოიყენება მატერიალურ სისხლის სამართალში და ასევე მითითებულია საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-3 მუხლში.

6.5.4. უმოქმედობის დროს კვაზიმიზეზობრიობის პრობლემაზე გერმანული სასამართლო პრაქტიკა

გერმანულ სისხლის სასამართლო პრაქტიკაში არსებობს პრობლემა იმის შესახებ, შედეგის შერაცხვისათვის სრულიად საკმარისია თუ არა, რომ უმოქმედობისას შესასრულებელ მოქმედებას შეიძლებოდა შედეგის დადგომა თავიდან აეცილებინა. შესაბამისად, უმოქმედობით ჩადენილ დანაშაულებთან დაკავშირებით მნიშვნელოვანი საკამათო თემაა, შედეგის ობიექტური შერაცხვისათვის საჭიროა თუ არა, რომ აუცილებელი მოქმედებით შედეგის თავიდან აცილება რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის ხარისხით იყოს შესაძლებელი და რამდენად დასაბუთებულია მოქმედებით ჩადენილი დელიქტებისათვის არსებული, თუმცა იქაც საკამათო, რისკის ამაღლების თეორიის გადმოტანა უმოქმედობით ჩადენილი დელიქტებისათვის.[240] ამის შედეგად უნდა დადგინდეს, უმოქმედობის ჩამდენს შედეგი მხოლოდ მაშინ უნდა შეერაცხოს, როცა გონივრულ ეჭვს მიღმა დადასტურდება აუცილებელი მოქმედებით შედეგის დადგომის თავიდან აცილების უტყუარობა, ან როცა მისი მოქმედება შედეგის დადგომას რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის ხარისხით თავიდან აიცილებდა, თუ უბრალოდ საკმარისია მხოლოდ იმის ვარაუდი, რომ შედეგი შეიძლებოდა თავიდან ყოფილიყო აცილებული. მაგალითად, უნდა დაისაჯოს თუ არა მამა უმოქმედობით ჩადენილი განზრახი დამთავრებული მკვლელობისათვის, თუ მან განზრახ არაფერი გააკეთა

[238] იხ. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 645.
[239] შეად. *G. Spendel,* JuS 1964, გვ. 18.
[240] შეად. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 642.

თავისი მცირეწლოვანი შვილის გადასარჩენად, რომელიც მდინარეში იხრჩობოდა. დადგინდა, რომ ამ დროს მას შეგნებული ჰქონდა თავისი სამართლებრივი გარანტის ფუნქცია, თუმცა მისი დახმარების მცდელობით ბავშვს ჰქონდა სიცოცხლის გადარჩენის მხოლოდ 50-პროცენტიანი შანსი.

სხვა მაგალითის მიხედვით, უნდა დაისაჯოს თუ არა ექიმი უმოქმედობით ავადმყოფის დამთავრებული განზრახი მკვლელობისათვის, ან ავადმყოფის განსაცდელში მიტოვებისათვის, რამაც გამოიწვია მისი სიცოცხლის გაუფრთხილებლობით მოსპობა, თუ ექიმმა სიცოცხლისათვის საშიშ მდგომარეობაში მყოფ პაციენტს არასაპატიო მიზეზით არ გაუწია გადაუდებელი სამედიცინო დახმარება და ავადმყოფი გარდაიცვალა, თუ ექიმის დროული სამედიცინო დახმარებით პაციენტის გადარჩენის შესაძლებლობა მხოლოდ საეარაუდოა.

გერმანიის ფედერალური სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, ასეთ დროს უნდა დადგინდეს, იყო თუ არა შესაძლებელი შედეგის თავიდან აცილება რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხით, რის გამოც, ასეთ შემთხვევაში, არ ითვლება შესაძლებლად პირის დასჯა დამთავრებული შედეგიანი დელიქტისათვის. ერთ-ერთ საქმეში, როცა მამაკაცმა ცოლი საავადმყოფოში არ წაიყვანა, სასამართლომ უარყო უმოქმედობით ჩადენილი განზრახი მკვლელობის ბრალდება, მიუხედავად იმისა, რომ გადაუდებელი სამედიცინო დახმარების შემთხვევაში, ცოლის გადარჩენის შანსი საეარაუდოდ არსებობდა.[241] იმის გამო, რომ ვერ დადგინდა, შესასრულებელი მოქმედებით შესაძლებელი იქნებოდა თუ არა შედეგის თავიდან აცილება, სასამართლომ შესაძლებლად არ მიიჩნია უმოქმედობით ჩადენილი დამთავრებული დანაშაულის შემადგენლობის განხორციელების დადგენა, არამედ გამოიყენა მცდელობისათვის დასჯადობის შესაძლებლობა.

გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ თავის ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში მიუთითა: „დამთავრებული მკვლელობის დანაშაული მაშინ იქნებოდა სახეზე, თუ დახმარების გაუწევლობას შეეძლებოდა დაზარალებულის სიკვდილის თავიდან აცილება, ხოლო მკვლელობის მცდელობის დანაშაული მაშინ, თუ ამის შესახებ მტკიცების წარმოდგენა შეუძლებელი იქნებოდა".[242]

მაშასადამე, უმოქმედობის დროს პირის დაუსჯელობის პრაქტიკული მნიშვნელობის რელატივიზაცია განზრახი დანაშაულების დროს ხდება მცდელობის დასჯადობის შესაძლებლობის გამოყენებით. პრობლემა წარმოიშობა გაუფრთხილებლობითი დელიქტების შემთხვევებში, რა დროსაც, რისკის ამაღლების თეორიის უარყოფის შედეგად, დახმარების გაუწევლობით დამდგარი შედეგისათვის სამართლებრივი გარანტის დაუსჯელობა გარდუვალი ხდება. ამასთან, უმოქმედობით განზრახვის მცდელობისათვის საკმარისად მიიჩნევა ევენტუალური განზრახვის არსებობა[243]. როგორც *როქსინი* მიუთითებს, თუ უმოქმედობის სუბიექტს

---

[241] იხ. BGH StrV 1985, გვ. 229.

[242] იხ. BGHSt 14, გვ. 284.

[243] ამის შესახებ იხ. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 643.

სჯერა, რომ შეძლებს შედეგის 50-პროცენტიანი ალბათობით თავიდან აცილებას, მაშინ იგი თავისი უმოქმედობით განპირობებული ამ შედეგის დადგომას ამ ვარაუდით შეგნებულად უშვებს. ეს კი, მისი აზრით, საკმარისია ევენტუალური განზრახვით მცდელობის დამტკიცებისათვის.[244]

სასამართლო პრაქტიკა უმოქმედობის სფეროში რისკის ამაღლების თეორიას, საბოლოო ჯამში, შედეგის თვალსაზრისით, ისე უდგება, რომ იგი მხოლოდ სიცოცხლის მცირე ხნით გახანგრძლივების შანსს, როგორც ხელყოფის შედეგს, დამთავრებული დანაშაულის დასჯადობისათვის საკმარისად მიიჩნევს. ექიმის გაუფრთხილებლობის ერთ-ერთ შემთხვევაში[245] გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ დაადგინა: „ამ დღეს ქირურგიული ჩარევის შედეგად პაციენტი ქალი, რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხით, კიდევ ერთი დღე იცოცხლებდა".

გერმანიის ფედერალური სასამართლოს პოზიციაზე შეიძლება ის შთაბეჭდილება დაგვრჩეს, რომ სასამართლო ცდილობს შემოვლითი გზით იმავე შედეგს მიაღწიოს, რასაც რისკის ამაღლების თეორია აყენებს. სასამართლო ცდილობს, „მოკლე ვადით სიცოცხლის გახანგრძლივების შანსი" გამოიყენოს იმის დასასაბუთებლად, რომ არსებობს რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის ხარისხი, ანუ მაღალი ხარისხის ალბათობა, რომ შედეგი არ დადგებოდა. სასამართლოს მითითებით, „ამ დროს მკურნალობას შეეძლო ის გამოეწვია, რომ პაციენტის გადარჩენის შანსი შეიძლებოდა მნიშვნელოვნად გაზრდილიყო. ფაქტების გამომკვლევი სასამართლოს თვალთახედვით, მისი სიცოცხლე შეიძლებოდა მინიმუმ ერთი საათით გახანგრძლივებულიყო".[246] აქაც გადაწყვეტილების რეალურად დასაბუთების საფუძველი მდგომარეობს რისკის რამდენიმე ხნით მნიშვნელოვან შემცირებაში, რომელიც შეეძლო გამოეწვია სავალდებულო და შესაძლებელი მოქმედების შესრულებას.

ზოგჯერ გერმანიის სასამართლო პრაქტიკა უმოქმედობის მიზეზობრიობის დასადგენად კმაყოფილდება ასევე სავალდებულო და შესაძლებელი მოქმედებით შედეგის თავიდან აცილების უბრალო ალბათობით. ასე, მაგალითად, სასამართლო საკმარისად მიიჩნევს „ზოგადი ცხოვრებისეული გამოცდილების შესაბამისი ალბათობის" არსებობას[247]. ერთ-ერთ შემთხვევაში, გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ ღვინის კომპანიის წარმოების ხელმძღვანელის უმოქმედობისათვის პასუხისმგებლობასთან დაკავშირებით, რომელსაც გამორჩა საწარმოო ინსტრუქციების შესრულება ნიმუშების გადამოწმებასთან დაკავშირებით, მიუთითა: „არც იმას შეიძლება ჰქონდეს მნიშვნელობა, ნიმუშების შემოწმებით დარღვევები რეალურად იქნებოდა თუ არა აღმოჩენილი. გადამწყვეტი არის მხოლოდ ის

---

[244] იხ. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 643.
[245] იხ. BGH NStZ 1981, გვ. 219.
[246] იხ. BGH NStZ 1985, გვ. 27.
[247] იხ. RGSt 75, გვ. 324, 328.

მომენტი, რომ თუ ღვინის წარმოებით დაკავებული საწარმოოს მუშაკები ხედავენ, რომ ტარდება მონიტორინგი, ამით სხვადასხვა ღვინის არასწორი აღნიშვნის საფრთხე ძირითადად თავიდან იქნება აცილებული".[248]

მაშასადამე, სასამართლო პრაქტიკის ხაზი რისკის ამაღლების თეორიის გამოყენებასთან დაკავშირებით არ არის ბოლომდე თანმიმდევრული და ცალსახა.[249]

გარდა ზემოთ განხილულისა, სამეცნიერო ლიტერატურაში მითითებულია სხვა არაერთი შემთხვევა სასამართლო პრაქტიკიდან, როცა ერთადერთი რისკის ამაღლების თეორია იძლევა რეალურ შესაძლებლობას, რომ ვალდებულების საწინააღმდეგოდ უმოქმედო პირის პასუხისმგებლობა დასაბუთდეს, მაშასადამე, რისკის ამაღლების თეორიის გამოყენება აუცილებელია.

სტომატოლოგმა ახალგაზრდა პაციენტს ნარკოზის გამოყენებით ამოუღო ორი უკანა კბილი, რომელმაც წინასწარ გააფრთხილა, რომ ცოტა გული აწუხებდა. მან პაციენტის მიმართ ისე გამოიყენა ნარკოზი, რომ არ ჩართო ანესთეზიოლოგი. პაციენტი ნარკოზის ზემოქმედების შედეგად გარდაიცვალა, რადგან განვითარებული ჰქონია გულის პერანგის ანთება (პერიკარდიტი). ექსპერტიზამ დაადგინა, რომ დანამდვილებით შეუძლებელი იყო იმით მტკიცება, რომ დადგენილი წესის შესაბამისი გამოკვლევის შედეგად ნებისმიერ ინტერნისტს შესძლებოდა პაციენტში ამ ავადმყოფობის არსებობის აღმოჩენა.[250] ასეთ შემთხვევაში გაურკვეველია, სტომატოლოგის უმოქმედობა, რაც გამოიხატა ინტერნისტის გამოუყენებლობაში, არის თუ არა შედეგის შერაცხვის აუცილებელი შემადგენელი ნაწილი, რადგან ძნელია იმის თქმა, რომ ვალდებულების შესაბამის მოქმედებას ნამდვილად შეეძლო შედეგის თავიდან აცილება. მიუხედავად ამისა, თავისი უმოქმედობით რისკის მდგომარეობის შექმნისათვის, რამაც სასიკვდილო შედეგი გამოიწვია, სტომატოლოგმა პასუხი უნდა აგოს სისხლის სამართლის წესით. ის, რომ მან პაციენტს წაართვა რეალური შანსი, პერიკარდიტის დიაგნოზის დადგენის გზით ნარკოზით სიკვდილს გადარჩენოდა, დადგენილია ასპროცენტიანი სიზუსტით. ის გარემოება, პაციენტის ავადმყოფობა ნამდვილად იქნებოდა თუ არა დადგენილი, არ შეიძლება გახდეს სტომატოლოგისათვის შედეგის შერაცხვის დამაბრკოლებელი გარემოება.

გარდა ამისა, ექიმის მიერ თავისი პროფესიული მოვალეობის შესრულებისას დაშვებული შეცდომების მიმართ მხოლოდ რისკის ამაღლების თეორიის გამოყენებით შეიძლება შედეგის შერაცხვა. ექიმების მიმართ წარმოებული გამოძიებების დროს უმეტესწილად, მათ შორის უხეში შეცდომების დროს, პრობლემას წარმოადგენს შედეგის თავიდან აცილებადობის დასაბუთების შეუძლებლობა.

[248] იხ. BGHSt 25, გვ. 163.

[249] ამის შესახებ მითითებულია სამეცნიერო ლიტერატურაშიც. იხ. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 644.

[250] იხ. BGHSt 21, გვ. 59. იხ. ასევე: *I. Puppe,* Claus Roxin-FS, 2001, გვ. 299; *I. Puppe,* JURA 1997, გვ. 513, 517.

ასეთ შემთხვევებში სამედიცინო შეცდომის კაუზალობა უმეტესად იმით საბუთდება, რომ სწორი მკურნალობის შემთხვევაში პაციენტი თურმე კიდევ რამდენიმე საათს ან დღეს იცოცხლებდა.[251] სინამდვილეში კი, ასეთი პოზიცია დაუსაბუთებელია, რადგან ასეთი ხანმოკლე დროით სიცოცხლის გახანგრძლივება ეწინააღმდეგება სამედიცინო მოქმედებების მიზანს.[252]

მაშასადამე, რისკის ამაღლების თეორიას სამედიცინო სისხლის სამართალში აქვს თავისი კრიმინალ-პოლიტიკური შედეგები. ე.წ. შედეგის თავიდან აცილებადობის თეორიის პრაქტიკული შედეგი არის ის, რომ მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებშია შესაძლებელი ექიმისთვის პასუხისმგებლობის დაკისრება მის მიერ დაშვებული სამედიცინო შეცდომისათვის. ზოგიერთი ავტორი ასეთ შედეგს მიიჩნევს არა მარტო მისაღებად, არამედ მიესალმება კიდეც, რადგან ექიმები, მათი მომეტებულ საფრთხესთან დაკავშირებული პროფესიული საქმიანობისადმი წაყენებული ისედაც მაღალი მოთხოვნების გამო, დასჯადობის მაღალი რისკის ქვეშ არ უნდა იმყოფებოდნენ.[253] პარალელურად სასამართლო პრაქტიკის მიერ ჩამოყალიბებული მოთხოვნა, რომ იმის მტკიცება საკმარისია, პაციენტი სწორი მკურნალობის შემთხვევაში ერთი საათით მეტს მაინც იცოცხლებდა, არის მხოლოდ არაპირდაპირი გზით იგივე შედეგამდე მისვლა, რასაც რისკის ამაღლების თეორია აყენებს და ექიმების მიმართ პრაქტიკულად არავითარი შეღავათი პასუხისმგებლობის დაკისრების შესაძლებლობის თვალსაზრისით არ წარმოიშობა.

სამედიცინო საქმიანობის თავისებურებებისა და სირთულეების გათვალისწინება ექიმების მიმართ პროფესიული საქმიანობის განხორციელების სფეროში დაშვებული შეცდომებისათვის პასუხისმგებლობის საკითხის გადაწყვეტისას, სწორია, მაგრამ იგი უნდა მოხდეს არა ზოგადად რისკის ამაღლების თეორიის უარყოფის გზით შედეგის ობიექტური შერაცხვის გამორიცხვით, არამედ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში განვითარებული ობიექტური და ინდივიდუალური გაუფრთხილებლობის კრიტერიუმების გამოყენებით.

6.5.5. უმოქმედობის დროს შედეგის თავიდან აცილებადობის ალბათობის ხარისხი

სისხლის სამართლის დოგმატიკასა და სასამართლო პრაქტიკაში, თვით რისკის ამაღლების თეორიის მომხრეებს შორისაც კი, აზრთა სხვადასხვაობას იწვევს უმოქმედობის დროს შედეგის თავიდან აცილებადობის ალბათობის ხარისხის ზოგადი განსაზღვრა და კონკრეტული დადგენა. ამასთან დაკავშირებით მნიშვნელოვანია ერთ-ერთი მაგალითი სასამართლო პრაქტიკიდან სამედი-

---

[251] იხ. BGH NStZ 1981, გვ. 218; 1985, გვ. 26 f.

[252] შად.: *J. Krümpelmann,* GA 1984, გვ. 491, 493 f.; *G. Wolfslast,* NStZ 1981, გვ. 219 f.; *I. Puppe,* Claus Roxin-FS, 2001, გვ. 299 f.

[253] იხ. *J. Krümpelmann,* GA 1984, გვ. 491, 508 ff.

ცინო სისხლის სამართლის სფეროში: მკურნალმა ექიმმა გამოიჩინა უმოქმედობა და ოპერაციის შემდეგ პაციენტის ორგანიზმში კიბოს უჯრედების მოსაკლავად არ გამოიყენა სამედიცინო თვალსაზრისით აუცილებელი სხივური თერაპია. ოპერაციის შემდეგ გავრცელებული მეტასტაზების შედეგად, ორი წლის შემდეგ პაციენტი გარდაიცვალა. ექსპერტიზამ დაადგინა, რომ მის ხელთ არსებული სტატისტიკური მონაცემებით, ანალოგიური ოპერაციის შემდეგ, სხივური თერაპიის გამოყენებით სიცოცხლის ხუთ წელზე მეტი ხნით გახანგრძლივების შანსი წარმოადგენდა მინიმუმ 90 პროცენტს, ხოლო ნაკლები დროით – 10 პროცენტამდე. შესაბამისად, გერმანიის ფედერალური სასამართლოს განმარტებით, წარმოიშვა ადამიანთა ორი სხვადასხვა კატეგორია, რომელთაგან ერთი შედგება 90, ხოლო მეორე 10 პროცენტი პაციენტებისაგან. პირველი ჯგუფისათვის თავიდანვე ასპროცენტიანი სიზუსტით დადგენილია, რომ სხივური თერაპია მათი სიცოცხლის ხანგრძლივობას გაზრდიდა ხუთ წელზე მეტი ვადით, ხოლო მეორე ჯგუფისათვის იმავე სიზუსტით საწინააღმდეგო. უნდა დადგინდეს, კონკრეტული პაციენტი პირველ ჯგუფს ეკუთვნოდა, თუ მეორეს. ექსპერტიზის დასკვნით, ამის შესახებ შეიძლება მხოლოდ ვარაუდი 90-პროცენტიანი სიზუსტით. სასამართლოს აზრით, ასეთი ვარაუდი არ წარმოადგენს რეალობასთან ახლოს მდგომ ალბათობას, რის გამოც იგი არ შეესაბამება სისხლის სამართლის პროცესში მტკიცებულებისადმი წაყენებულ მოთხოვნებს. ამიტომ ექიმი არ დაისჯა გაუფრთხილებლობით დამდგარი სასიკვდილო შედეგისათვის.

საკითხისადმი ასეთი მიდგომა არ არის მისაღები. პაციენტს ჰქონდა 90-პროცენტიანი შანსი, უფრო დიდხანს ეცოცხლა, ექიმს რომ წინდახედულობის ვალდებულება შეესრულებინა. ექიმმა მას ეს რეალური შანსი წაართვა თავისი უმოქმედობით, რაც გამოიხატა სამედიცინო თვალსაზრისით აუცილებელ სხივური თერაპიის გამოუყენებლობაში, რითაც მნიშვნელოვნად აამაღლა პაციენტის სიცოცხლის შემოკლების რისკი. აღნიშნული გარემოება კი რისკის ამაღლების თეორიით იწვევს შედეგის ობიექტურ შერაცხვას.[254] *რუდოლფი* მიიჩნევს, რომ ექიმს ევალება წინდახედულობის ვალდებულების დაცვა და ოპერაციის ჩატარება მაშინაც, როცა პაციენტის გადარჩენის შანსი 50 პროცენტს, ან თუნდაც ბევრად უფრო ნაკლებსაც – მხოლოდ 10 პროცენტს შეადგენს. თუ ექიმი მისთვის სავალდებულო და შესაძლებელი რისკის შემცირებისას გამოიჩენს უმოქმედობას,

---

[254] ანალოგიურ პოზიციაზე, რომ ამ შემთხვევაში ექიმმა ჩაიდინა გაუფრთხილებლობა უმოქმედობით, იხ. *G. Stratenwerth/L. Kuhlen,* Strafrecht, AT, 6. Aufl., 2011, გვ. 289-290. პაციენტის 90-პროცენტიანი გადარჩენის შანსის არსებობისას ექიმის უმოქმედობას, რა დროსაც პაციენტი გარდაიცვლება, *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი* აკვალიფიცირებს საქართველოს სსკ-ის 130-ე მუხლის მე-2 ნაწილით (ავადმყოფის განსაცდელში მიტოვება, რამაც გამოიწვია მისი სიცოცხლის მოსპობა). მიუხედავად იმისა, რომ თავის პოზიციას მკვეთრად გამოკვეთილად არ გამოხატავს, შეიძლება ითქვას, რომ იგი ასეთი კვალიფიკაციით მხარს უჭერს რისკის ამაღლების თეორიას. იხ. *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი,* სისხლის სამართალი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, 2011, გვ. 333-334.

მაშინ მას შეერაცხება დამდგარი შედეგი, როგორც აკრძალული საფრთხის რეალიზაცია, რომელიც ვალდებულების საწინააღმდეგოდ თავიდან არ აიცილა.[255]

ამრიგად, სასამართლო პრაქტიკის მაგალითებიდან გამომდინარე, ნათელია, რომ უმოქმედობის დროსაც სისხლის სამართალში რისკის ამაღლების თეორიის პრაქტიკული მნიშვნელობა ძალზე დიდია, რის გამოც იგი იმსახურებს მხარდაჭერას.

6.5.6. შეჯამება

მაშასადამე, გაბატონებული შეხედულებით, თუ საქმის ფაქტობრივი გარემოებებიდან ვერ დგინდება უმოქმედობის დროს აუცილებელი მოქმედება გამოიწვევდა თუ არა შედეგის დადგომის თავიდან აცილებას, ან თუ არსებობს მხოლოდ იმის ალბათობა, რომ შედეგი შეიძლებოდა თავიდან ყოფილიყო აცილებული, მოქმედებს *in dubio pro reo*-ს პრინციპი, რომელიც უნდა გადაწყდეს ბრალდებულის სასარგებლოდ და ჰიპოთეტური კაუზალობა უნდა იქნეს უარყოფილი. გაბატონებული შეხედულება მოითხოვს შედეგის აცილებადობის დადგენას „რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხით", რომელიც 90-პროცენტიან ზღვარზე მაღლა დგას.

ამ პოზიციის საწინააღმდეგოდ არსებობს უმცირესობის დასაბუთებული თვალსაზრისი, რომელიც დაუსჯელობის კრიმინალ-პოლიტიკურად დაუსაბუთებელი ხარვეზის აღმოფხვრას იმით ცდილობს, რომ მოქმედებით ჩადენილი გაუფრთხილებლობითი დანაშაულებისათვის შედარებით გავრცელებულ რისკის ამაღლების თეორიას უმოქმედობის მიზეზობრიობის დასასაბუთებლადაც იყენებს. უმოქმედობის შემთხვევაში იგი ცნობილია რისკის შემცირების სახელწოდებით და შედეგის შერაცხვისათვის საკმარისად მიიჩნევს იმის დადგენას, რომ პირის მიერ აუცილებელი მოქმედების შესრულებით შედეგის დადგომის რისკი შეიძლებოდა შემცირებულიყო. მაშასადამე, პირს შეერაცხება შედეგი, თუ უმოქმედობამ შედეგის დადგომის საფრთხე აამაღლა.[256]

ქართულ სისხლის სამართალში მოცემული საკანონმდებლო დებულების (სსკ-ის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილის) ინტერპრეტაციით, უმოქმედობის დროს ჰიპოთეტური მიზეზობრიობის დასადგენად, გაბატონებული შეხედულებით, საჭიროა შედეგის აცილებადობის შესაძლებლობის დადგენა „რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის მაღალი ხარისხით". ვარაუდის ხარისხის რეალური ოდენობა უნდა განისაზღვროს სასამართლო პრაქტიკაში ნორმის ახსნა-განმარტების გზით და კონკრეტულ შემთხვევაში არ უნდა იყოს იმის ალბათობის ხარისხზე ნაკლები, რომ აუცილებელი მოქმედებით შედეგი მაინც დადგებოდა (შედეგის

[255] შად. *H.-J. Rudolphi,* Systematischer Kommentar zum StGB I, 7. Aufl., 2009, vor §13 Rn. 16, გვ. 13.

[256] იხ.: *G. Stratenwerth/L. Kuhlen,* AT, 6. Aufl., 2011, გვ. 288-290; *H. Otto,* JURA 2001, გვ. 276 f.

თავიდან აცილებადობის არანაკლებ 50-პროცენტიანი ალბათობა). ცალკეულ შემთხვევებში ალბათობის ხარისხის კონკრეტულად დადგენა კი მოსამართლის მიერ უნდა მოხდეს ე.წ. ობიექტური დამკვირვებლის თვალთახედვის მიხედვით.

7. უმოქმედობასთან დაკავშირებული საკითხის საკანონმდებლო სრულყოფისათვის: de lege ferenda

რისკის ამაღლების თეორიასთან დაკავშირებით, განსაკუთრებით უმოქმედობის დროს, *როქსინი* გამოდის სისხლის სამართლის კანონმდებლობის სრულყოფის ინიციატივით *(de lege ferenda)*.[257] იგი ფიქრობს, რომ შეიძლება იმაზე დისკუსია, კრიმინალ-პოლიტიკურად რამდენად მიზანშეწონილი იქნებოდა, რომ ყველა ის შემთხვევა დაისაჯოს სისხლისსამართლებრივად, რომელშიც გარანტის უმოქმედობა მხოლოდ *ex-ante* დაკვირვებით შედეგის აცილების რეალურ შანსს იძლევა. განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია ეს პრობლემა საწარმოო საქმიანობის დროს ზედამხედველობისა და კონტროლის ვალდებულებების შესრულებისას. ერთი მხრივ, თითქმის არ არსებობს მონიტორინგის ღონისძიება, რომელსაც შეეძლოს ყოველგვარი საზიანო შედეგის რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის ხარისხით თავიდან აცილება. მეორე მხრივ, როგორც წესი, განსაკუთრებით უმოქმედობის დროს, უმეტესწილად არ არსებობს ჰიპოთეტური კაუზალობის ასეთი სიზუსტით დადგენის შესაძლებლობა. ამან შეიძლება გამოიწვიოს ის, რომ გარანტის მიერ საკუთარი ვალდებულების შესრულების ეფექტურობა ძალზე შეამციროს.

გარდა ამისა, ამ პრობლემის გადასაწყვეტად *შუნემანმა* თავის დროზე წამოაყენა იდეა[258], რომ გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის მე-13 პარაგრაფს დამატებოდა შემდეგი შინაარსის ახალი ნორმა, რომლის მიხედვით, „თუ შედეგი გამოწვეული იქნება საწარმოო ქვემდებარეობიდან გამომდინარე ქმედებით ან სახიფათო საგნით, რომელიც წარმოადგენს საწარმოს ქონებას, მაშინ მითითების მიმცემი უფლებამოსილი პირის მიმართ მე-13 I პარაგრაფი იმ შემთხვევაშიც იქნება გამოყენებული, როცა ქმედება დადგენილი წესის შესაბამისი სათანადო კონტროლის შემთხვევაში ბევრად უფრო რთული იქნებოდა“.

ამასთან დაკავშირებით უფრო შორს მიდის *როქსინი* და აყენებს დისკუსიის უფრო ფართოდ წარმართვის იდეას.[259] კერძოდ, მას აინტერესებს, საერთოდ აუცილებელია თუ არა ასეთი ნორმის შემოღება ან, პირიქით, ხომ არ უნდა გავრცელდეს იგი ექიმის მიერ დაშვებულ შეცდომებზეც, ან, ზოგადად, მთლიანად საგარანტიო ვალდებულების საწინაღმდეგო უმოქმედობების შემთხვევებზე.

---

[257] იხ. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 648.

[258] იხ. *B. Schünemann,* Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, გვ. 207.

[259] იხ. *C. Roxin,* AT II, 2003, გვ. 648.

რაც შეეხება ქართულ სისხლის სამართალს, კოდექსის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილი უმოქმედობის დროს კვაზიმიზეზობრიობის დასადგენად აწესებს გარკვეულ შეზღუდვებს, რის გამოც, მოქმედებით ჩადენილი დელიქტებისაგან განსხვავებით, უმოქმედობის დროს ალბათობის ხარისხის ოდენობა განსაზღვრულია *de lege lata*, რომელიც *de lege ferenda* მოითხოვს დაკონკრეტებას: ამ მუხლს შეიძლება დაემატოს მე-4 ნაწილი, რომელიც უმოქმედობის შემთხვევაში რისკის ამაღლების თეორიის გამოყენებას ამ თეორიის სასარგებლოდ ერთმნიშვნელოვნად ცალსახად დაარეგულირებდა და არ იქნებოდა დამოკიდებული საკითხის სხვადასხვაგვარი ინტერპრეტაციის შესაძლებლობაზე. აღნიშნული გამართლებული იქნებოდა სისხლის სამართლის კრიმინალ-პოლიტიკური ამოცანებიდან გამომდინარე და ხელს შეუწყობდა სისხლის სამართლის საგარანტიო ფუნქციის განმტკიცებას.

8. დასკვნა

მაშასადამე, ნაშრომის შესავალში წაროდგენილ ოთხივე შემთხვევაში სახეზეა წინდახედულობის ვალდებულების საწინააღმდეგო მოქმედება, სამართლებრივი შეფასების თვალსაზრისით კი, სხვადასხვა თეორიიდან შემდეგი განსხვავებული სამართლებრივი შედეგები გამომდინარეობს:

– „თავიდან აცილებადობის თეორიის მიხედვით" გამორიცხება წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევის შედეგად სასიკვდილო შედეგის ობიექტური შერაცხვის შესაძლებლობა კონკრეტული გარემოებების საფუძველზე წარმოშობილი იმ ალბათობის გამო, რომ დანაშაულის მსხვერპლის სიკვდილი წინდახედულობის ნორმის დაცვის შემთხვევაშიც *შეიძლებოდა* დამდგარიყო.

– „რისკის ამაღლების თეორიით" ბრალდებულებს დამდგარი შედეგი შეერაცხებათ და წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევისათვის დაისჯებიან, მიუხედავად იმისა, რომ ოთხივე შემთხვევაში შედეგის დადგომა მხოლოდ სავარაუდოა და არა უტყუარი, რადგან წინდახედულობის ნორმის დარღვევით თითოეულმა მათგანმა სასიკვდილო შედეგის დადგომის რისკი აამაღლა. ნაშრომში წარმოდგენილი თვალსაზრისის მიხედვით, ასეთ შემთხვევებში უნდა დადგინდეს, რეალურად განხორციელებულ და ნებადართულ მოქმედებებს შორის სხვაობამ გამოიწვია თუ არა სამართლებრივად აკრძალული საფრთხის მდგომარეობის *მნიშვნელოვნად* ამაღლება. თუ ეს მომენტი ვერ დადგინდა, მაშინ დასაძრახი რისკის ამაღლების ეჭვი, *in dubio pro reo*-ს პრინციპის მიხედვით, ბრალდებულის სასარგებლოდ უნდა გადაწყდეს და დამდგარი შედეგის ობიექტური შერაცხვა არ უნდა მოხდეს.

– უფრო შორს მიდის ბრალის თეორია, რომელიც ამტკიცებს, რომ ოთხივე შემთხვევაში ჩადენილია გაუფრთხილებლობითი დელიქტები სასიკვდილო

შედეგით და შედეგის ობიექტურ შერაცხვას ახდენს ყოველგვარი შეზღუდვის გარეშე.

აქედან გამომდინარე, შეიძლება დავასკვნათ, რომ რისკის ამაღლების თეორია წარმოადგენს არა სამართლებრივ იმპერატივს, მაგრამ პრობლემის გადაწყვეტის ყველაზე გონივრულ გზას. მოქმედებით ჩადენილ დელიქტებში მისი გამოყენება ნაკლებად არის პრობლემატური, რადგან წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევასა და დამდგარ შედეგს შორის კაუზალობის დადგენის პრობლემა არ წარმოიშობა. ობიექტური შერაცხვის ეტაპზე კი, შედეგის შერაცხვა დამოკიდებულია იმაზე, თუ რა ნორმატიული კრიტერიუმები იქნება გამოყენებული. უმოქმედობით ჩადენილ დელიქტებში კი პრობლემა წარმოიშობა ჰიპოთეტური მიზეზობრიობის დადგენის დროს, თუ ალბათობის როგორი ხარისხით უნდა დადგინდეს აუცილებელი მოქმედებით შედეგის თავიდან აცილებადობა. აქედან გამომდინარე, მოქმედებისა და უმოქმედობის შემთხვევებისათვის შეიძლება შემდეგი დასკვნების გაკეთება:

(1) იმისათვის, რომ პირის მიერ მოქმედებით ჩადენილ დელიქტებში მოხდეს დამდგარი შედეგის ობიექტური შერაცხვა, საჭიროა დადგინდეს, რომ მან სამართლებრივად დასაძრახი საფრთხის მდგომარეობის შექმნით ნებადართული რისკის ფარგლებს მნიშვნელოვნად გადააცილა, მაშინ როდესაც მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედებით ამ სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის შანსი სამართლებრივად რელევანტურ დონეზე მნიშვნელოვნად ამაღლდებოდა. სასამართლო პრაქტიკით რეალურად განსაზღვრული ალბათობის ხარისხის ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში დასადგენად გამოყენებული უნდა იქნეს ე.წ. ობიექტური პირის, ანუ გონიერი დამკვირვებლის ფიგურა, რომელსაც საქმის გარემოებათა *ex-post* განსჯით უნდა ჩამოუყალიბდეს თვალსაზრისი, რომ განსაკუთრებით გაუფრთხილებლობით დელიქტებში, ბრალდებულის წინდახედულობის ვალდებულების შესაბამისი მოქმედებით დაცული სამართლებრივი სიკეთე მაღალი ვარაუდით (არანაკლებ 50-პროცენტიანი ალბათობით) შეიძლებოდა გადარჩენილიყო;

(2) უმოქმედობის დროს, საქართველოს სსკ-ის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილის მიხედვით, მოითხოვება არა შედეგის თავიდან აცილების „აბსოლუტური უტყუარობის“ ან „უბრალო ალბათობის“ დადგენა, არამედ ალბათობის ხარისხი, რომელიც ასევე შეფასებითი კატეგორიაა. იგი უნდა წარმოადგენდეს არა 80-90-პროცენტიან ან უფრო მაღალი დონის ვარაუდს, არამედ საკმარისია, ასევე განისაზღვროს არანაკლებ 50-პროცენტიანი ალბათობით. მისი არსებობის დადგენა უნდა მოხდეს არა მოსამართლის ზეპერსონალური თვალსაზრისიდან, არამედ ასევე ე.წ. ობიექტური პირის, ანუ გონიერი დამკვირვებლის პოზიციიდან გამომდინარე.

სისხლის სამართლის კრიმინალ-პოლიტიკური ამოცანებიდან გამომდინარე, მიზანშეწონილი იქნებოდა სისხლის სამართლის საკანონმდებლო ცვლილებით ალბათობის ხარისხის დაკონკრეტება და იმ პირობის დაწესება, რომ უმოქმედობის ჰიპოთეტური მიზეზობრიობა არსებობს მაშინ, როცა სავალდებუ-

ლო და შესაძლებელ მოქმედებას შეეძლო შედეგის დადგომის შანსის სამართლებრივად რელევანტურ დონეზე მნიშვნელოვნად შემცირება. ასეთ შემთხვევაში უმოქმედობით ჩადენილ დელიქტებში რისკის ამაღლების თეორიის გამოყენება არ იქნებოდა დამოკიდებული ცალკეულ იურისტთა სუბიექტურ ინტერპრეტაციაზე, არამედ მოხდებოდა პირდაპირი საკანონმდებლო დებულების საფუძველზე.

წარმოდგენილი ნაშრომის მიზანდასახულობიდან გამომდინარე, სამეცნიერო-პრაქტიკული დისკუსიისათვის ქართულ სისხლის სამართალში ვაყენებ შემდეგ ძირითად საკითხებს:

– გვჭირდება თუ არა რისკის ამაღლების თეორია შედეგის ობიექტური შერაცხვისათვის მოქმედებით და უმოქმედობით ჩადენილ დელიქტებში?

– ალბათობის როგორი ხარისხით უნდა განისაზღვროს მოქმედებით ჩადენილ დელიქტებში, განსაკუთრებით წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევის დროს, მართლზომიერი ალტერნატიული ქცევით, ხოლო უმოქმედობის დროს სავალდებულო და შესაძლებელი აუცილებელი მოქმედებით შედეგის თავიდან აცილებადობა?

პროფ. დოქტორი, მერაბ ტურავა

სამართლებრივად დასაძრახი საფრთხის მდგომარეობის „რისკის ამაღლებაში“ რეალიზაცია მოქმედებით და უმოქმედობით ჩადენილ დელიქტებში

(სამეცნიერო-პრაქტიკული დისკუსიისათვის ქართულ სისხლის სამართალში)

რეზიუმე

უკანასკნელი ათწლეულების მანძილზე სისხლის სამართალში განვითარდა მოძღვრება ობიექტური შერაცხვის შესახებ. მისი ძირითადი ფორმულა („სამართლებრივად დასაძრახი რისკის შედეგში რეალიზაცია“) ჩამოყალიბებულია *კარლ ენგიშის* ადეკვატურობის თეორიაზე დაფუძნებულ დეფინიციაში. ამ მოძღვრების დანერგვა ქართულ სისხლის სამართალში მიზნად ისახავს კაუზალობის თეორიის თანამედროვე სისხლის სამართლის დოგმატიკის მიღწევებთან შესაბამისობაში მოყვანას. შედეგის ობიექტური შერაცხვის ძირითადი ფორმულის ჩამოყალიბების დროს ზოგიერთი ავტორი ყურადღებას ამახვილებს მხოლოდ სამართლებრივად დასაძრახი (აკრძალული) რისკის (საფრთხის) მდგომარეობის შექმნასა და შემცირებაზე და არ უთითებს მის ამაღლებაზე. ეს გამოწვეულია იმით, რომ „რისკის ამაღლების თეორიას“, რომელიც უკავშირდება მსოფლიოში ცნობილი გერმანელი პროფესორის *კლაუს როქსინის* სახელს, თვით ობიექტური შერაცხვის თეორიის მიმდევრებს შორისაც ჰყავს როგორც მომხრეები, ისე მოწინააღმდეგეები.

შედეგის ნორმატიულად შერაცხვის თვალსაზრისით, რისკის რეალიზაციასთან მიმართებით ყველაზე უფრო საკამათოა საკითხი, პირს სამართლებრივად დასაძრახი რისკით გამოწვეული შედეგი ობიექტურად უნდა შეერაცხოს თუ არა, როცა მან თავისი ქცევით შედეგის დადგომის საფრთხე აამაღლა, ხოლო მის მიერ წინდახედულობის ვალდებულების შესაბამისი, ან სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედების შესრულების შემთხვევაში, შედეგის თავიდან აცილება, ალბათობის ამა თუ იმ ხარისხით, შეიძლება შესაძლებელი ყოფილიყო.

მოქმედებით ჩადენილი დელიქტებისგან განსხვავებით, უფრო მეტ დისკუსიას იწვევს უმოქმედობის შემთხვევები. კერძოდ, თუ მოქმედებით რისკის ამაღლების შემთხვევაში, პირობათა თეორიის მიხედვით, მიზეზობრივი კავშირი ყოველთვის სახეზეა (შედეგი ამა თუ იმ მოქმედებაში გამოხატულმა წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევამ გამოიწვია!) და შედეგის ობიექტური შერაცხვა (დადებ-

ითად თუ უარყოფითად!) ნორმატიულად უნდა გადაწყდეს (მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედებით შედეგი შეიძლება, არ დამდგარიყო!), უმოქმედობის დროს რისკის ამაღლების თეორიით თვით ჰიპოთეტური, ანუ კვაზიმიზეზობრიობის დასაბუთება უნდა მოხდეს. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილი ამისათვის მოითხოვს იმის დადგენას, რომ *მოქმედებით შედეგი თავიდან იქნებოდა თუ არა აცილებული*. ალბათობის ხარისხზე კი, კანონმდებელი პირდაპირ არავითარ მითითებას არ აკეთებს.

გამომდინარე აქედან, წარმოდგენილ ნაშრომში ძირითადი ყურადღება გამახვილებულია მიზეზობრივ კავშირსა და შედეგის ობიექტურ შერაცხვაზე სწორედ რისკის ამაღლების თეორიის კუთხით, კერძოდ, წარმოადგენს თუ არა დაცული სამართლებრივი სიკეთისათვის საფრთხის მდგომარეობის ამაღლება სამართლებრივად დასაბრახი რისკის რეალიზაციას, თუ შედეგი დადგა და არის თუ არა იგი მოქმედების დროს შედეგის ობიექტური შერაცხვის, ხოლო უმოქმედობისას კვაზიმიზეზობრიობის დადგენის საკმარისი წინაპირობა. ამასთან, განხილულია მიზეზობრიობისა და შედეგის ობიექტური შერაცხვის ურთიერთმიმართება — ქმედებასა და შედეგს შორის ფაქტობრივი და ნორმატიული კავშირი. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ზოგჯერ ძნელია ამა თუ იმ ქმედებისათვის იმ კვალიფიკაციის მიცემა, ჩადენილია იგი მოქმედებით თუ უმოქმედობით. ამიტომ, სათანადო მაგალითების მოყვანით, ნაშრომში ასევე ყურადღება გამახვილებულია ამ ორი კატეგორიის ურთიერთგამიჯვნაზე.

ნაშრომის შემაჯამებელ ნაწილში კი ავტორი ასკვნის, რომ რისკის ამაღლების თეორია წარმოადგენს არა სამართლებრივ იმპერატივს, მაგრამ პრობლემის გადაწყვეტის ყველაზე გონივრულ გზას. მოქმედებით ჩადენილ დელიქტებში მისი გამოყენება ნაკლებად არის პრობლემატური, რადგან წინდახედულობის ვალდებულების დარღვევასა და დამდგარ შედეგს შორის კაუზალობის დადგენის პრობლემა არ წარმოიშობა. ობიექტური შერაცხვის ეტაპზე კი, შედეგის შერაცხვა დამოკიდებულია იმაზე, თუ რა ნორმატიული კრიტერიუმები იქნება გამოყენებული. უმოქმედობით ჩადენილ დელიქტებში კი, პრობლემა წარმოიშობა ჰიპოთეტური მიზეზობრიობის დადგენის დროს, თუ ალბათობის როგორი ხარისხით უნდა დადგინდეს აუცილებელი მოქმედებით შედეგის თავიდან აცილებადობა. აქედან გამომდინარე, მოქმედებისა და უმოქმედობის შემთხვევებისათვის შეიძლება შემდეგი დასკვნების გაკეთება:

(1) იმისათვის, რომ პირის მიერ მოქმედებით ჩადენილ დელიქტებში მოხდეს დამდგარი შედეგის ობიექტური შერაცხვა, საჭიროა დადგინდეს, რომ მან სამართლებრივად დასაბრახი საფრთხის მდგომარეობის შექმნით ნებადართული რისკის ფარგლებს მნიშვნელოვნად გადააცილა, მაშინ როდესაც მართლზომიერი ალტერნატიული მოქმედებით ამ სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის შანსი სამართლებრივად რელევანტურ დონეზე მნიშვნელოვნად ამაღლდებოდა. სასამართლო პრაქტიკით რეალურად განსაზღვრული ალბათობის ხარისხის ყოველ კონკრეტ-

ულ შემთხვევაში დასადგენად გამოყენებული უნდა იქნეს ე.წ. ობიექტური პირის, ანუ გონიერი დამკვირვებლის ფიგურა, რომელსაც საქმის გარემოებათა *ex-post* განსჯით უნდა ჩამოუყალიბდეს თვალსაზრისი, რომ განსაკუთრებით გაუფრთხილებლობით დელიქტებში, ბრალდებულის წინდახედულობის ვალდებულების შესაბამისი მოქმედებით დაცული სამართლებრივი სიკეთე მაღალი ვარაუდით (არანაკლებ 50-პროცენტიანი ალბათობით) შეიძლებოდა გადარჩენილიყო;

(2) უმოქმედობის დროს, საქართველოს სსკ-ის მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილის მიხედვით, მოითხოვება არა შედეგის თავიდან აცილების „აბსოლუტური უტყუარობის" ან „უბრალო ალბათობის" დადგენა, არამედ „რეალობასთან ახლოს მდგომი ალბათობის ხარისხი" რომელიც ასევე შეფასებითი კატეგორიაა. იგი უნდა წარმოადგენდეს არა 80-90-პროცენტიან ან უფრო მაღალი დონის ვარაუდს, არამედ საკმარისია, ასევე განისაზღვროს არანაკლებ 50-პროცენტიანი ალბათობით. მისი არსებობის დადგენა უნდა მოხდეს არა მოსამართლის ზეპერსონალური თვალსაზრისიდან, არამედ ასევე ე.წ. ობიექტური პირის, ანუ გონიერი დამკვირვებლის პოზიციიდან გამომდინარე.

სისხლის სამართლის კრიმინალ-პოლიტიკური ამოცანებიდან გამომდინარე, მიზანშეწონილი იქნებოდა სისხლის სამართლის საკანონმდებლო ცვლილებით ალბათობის ხარისხის დაკონკრეტება და იმ პირობის დაწესება, რომ უმოქმედობის ჰიპოთეტური მიზეზობრიობა არსებობს მაშინ, როცა სავალდებულო და შესაძლებელ მოქმედებას შეეძლო შედეგის დადგომის შანსის სამართლებრივად რელევანტურ დონეზე მნიშვნელოვნად შემცირება. ასეთ შემთხვევაში უმოქმედობით ჩადენილ დელიქტებში რისკის ამაღლების თეორიის გამოყენება არ იქნებოდა დამოკიდებული ცალკეულ იურისტთა სუბიექტურ ინტერპრეტაციაზე, არამედ მოხდებოდა პირდაპირი საკანონმდებლო დებულების საფუძველზე.

Prof. Dr. Merab Turava

Ivane Javakhishvili Staatliche Universität Tbilissi

Abstract: Die Realisierung der rechtlich missbilligten Gefahr als bloße „Risikoerhöhung" bei Handlungs- und Unterlassungsdelikten

(Zur wissenschaftlich-praktischen Disskussion im georgischen Strafrecht)

In den vergangenen Jahrzehnten hat sich im Strafrecht die Lehre über die objektive Zurechnung entwickelt. Ihre Hauptformel („Die Realisierung des rechtlich missbilligten Risikos im Erfolg") wurde auf der Grundlage der Adäquanztheorie von *Karl Engisch* entwickelt. Die Durchsetzung dieser Lehre im georgischen Strafrecht zielt darauf ab, die Kausalitätstheorie mit den Errungenschaften der modernen Strafrechtslehre in Einklang zu bringen. Bei der Ausformulierung der Hauptformel der objektiven Zurechnung lenken einige Autoren ihre Aufmerksamkeit ausschließlich auf die Schaffung und Verringerung der rechtlich missbilligten (verbotenen) Risiken (Gefahren) und verweisen nicht auf eine diesbezügliche Erhöhung. Das ist dadurch bedingt, dass die «Risikoerhöhungstheorie», die mit dem Namen des weltweit berühmten deutschen Professors *Claus Roxin* verbunden ist, sowohl Befürworter als auch Gegner selbst unter den Anhängern der Theorie der objektiven Zurechnung hat.

Hinsichtlich der normativen Zurechnung des Erfolges in Bezug auf Risikorealisierung ist die Frage sehr umstritten, ob der Person die risikobedingten Folgen objektiv zuzurechnen sind, wenn sie mit ihrem Verhalten die Gefahr des Erfolgseintritts erhöht hat, sie aber im Falle der sorgfaltspflichtmäßigen oder mit anderer Formulierung: der rechtmäßigen alternativen Handlung die Folge mit Wahrscheinlichkeit hätte vermeiden können.

Im Unterschied zu den Handlungsdelikten lösen die Unterlassungsfälle immer noch größere Diskussionen aus. Und zwar, wenn bei einer Risikoerhöhung durch Handlung nach der Bedingungstheorie die Kausalität immer vorhanden ist (die Folge ist wegen der Verletzung der durch ein Tun zum Ausdruck gekommenen Sorgfaltspflicht eingetreten!) und die objektive Zurechnung des Erfolges (positiv oder negativ!) normativ zu entscheiden ist (die Folge hätte durch eine rechtmäßige alternative Handlung nicht eintreten können!), sollte bei der Unterlassung mit der Risikoerhöhungstheorie die Begründung der hypothetischen, d.h. Quasikausalität erfolgen. Deshalb verlangt es Artikel 8 Absatz 3 des georgischen StGB, festzustel-

len, ob die Folge durch eine Handlung hätte vermieden werden können. Der Gesetzgeber macht keinen direkten Hinweis auf den Wahrscheinlichkeitsgrad.

Ausgehend davon ist im vorliegenden Beitrag die Aufmerksamkeit auf die Kausalität und die objektive Zurechnung des Erfolges hinsichtlich der Risikoerhöhungstheorie gelenkt. Und zwar, ob die Erhöhung der Gefahr für das geschützte Rechtsgut die Realisierung des rechtlich missbilligten Risikos bedeutet, wenn der Erfolg eingetreten ist und ob diese eine ausreichende Voraussetzung für die objektive Zurechnung bei Handlungsdelikten und für die Feststellung der Quasikausalität bei Unterlassungen ist. Außerdem wird die Wechselwirkung der Kausalität und der objektiven Zurechnung des Erfolges – die tatsächliche und normative Verbindung zwischen der Tat und dem Erfolg – in Betracht gezogen. Manchmal ist es durchaus schwierig, eine Tat auf Tun oder Unterlassung hin zu subsumieren. Deshalb werden im Beitrag aufgrund der entsprechenden Beispiele diese beiden Kategorien voneinander getrennt.

Im abschließenden Teil des Beitrags zieht der Autor ein Fazit: die Risikoerhöhungstheorie sei kein Rechtszwang, sondern die angemessenste Problemlösung. Ihre Verwendung ist bei den Handlungsdelikten weniger problematisch, denn bei der Feststellung der Kausalität zwischen der Sorgfaltspflichtsverletzung und dem Erfolg treten keine Probleme auf. Bei der objektiven Zurechnung hängt jedoch die Zurechnung des Erfolges davon ab, welche normativen Kriterien verwendet werden. Bei den Unterlassungsdelikten treten Probleme jedoch bei der Feststellung der hypothetischen Kausalität auf, und zwar welcher Wahrscheinlichkeitsgrad für die Vermeidung des Erfolges durch die notwendige Handlung zu fordern ist. Ausgehend davon könnte man für Handlungs- und Unterlassungsfälle folgende Schlussfolgerungen ziehen:

1. Um die eingetretenen Folgen bei Handlungsdelikten objektiv zurechnen zu können, muss man feststellen, ob der Täter durch die Schaffung der rechtlich missbilligten Gefahr die Grenzen des erlaubten Risikos erheblich überschritten hat, wobei durch eine rechtmäßige alternative Handlung die Rettungschancen dieses Rechtsguts auf dem relevanten Niveau wesentlich erhöht wären. Zur Feststellung in jedem einzelnen Fall ist die so genannte Figur der objektiven Person, d.h. eines vernünftigen Beobachters in Betracht zu ziehen, die nach der *ex-post* Erörterung vom Sachverhalt zur Einsicht gebracht wird, dass insbesondere bei fahrlässigen Delikten im Falle der sorgfaltspflichtmäßigen Handlung des Täters das geschützte Rechtsgut mit einem hohen Wahrscheinlichkeitsgrad (mindestens mit 50%-iger Wahrscheinlichkeit) hätte gerettet werden können;
2. Bei Unterlassungsdelikten fordert Artikel 8 Absatz 3 des georgischen StGB nicht die Feststellung des absoluten Dafürhaltens oder der einfachen

Wahrscheinlichkeit, sondern «einen der Realität nahestehenden Wahrscheinlichkeitsgrad», der auch eine Bewertungskategorie darstellt. Hier ist nicht ein 80-90%-iger Satz zu bestimmen, sondern es reicht auch aus, wenn der Grad mindestens 50% beträgt. Die Feststellung einer diesbezüglichen Evidenz hat nicht aus einer überpersönlichen richterlichen Vision, sondern aus der Stellung der so genannten objektiven Person, d.h. des vernünftigen Beobachters zu erfolgen.

Ausgehend von den kriminalpolitischen Aufgaben des Strafrechts wäre es zweckmäßig, den Wahrscheinlichkeitsgrad durch Änderungen in der Strafgesetzgebung zu präzisieren und die Bedingung einzuführen, die hypothetische Unterlassungskausalität bestehe, wenn eine verbindliche und mögliche Handlung den Eintritt des Erfolges auf einem rechtlich relevanten Niveau erheblich vermindern könne. Infolge dessen wäre die Verwendung der Risikoerhöhungstheorie in den Unterlassungsdelikten von einer subjektiven Auslegung von einzelnen Juristen icht abhängig, sondern könnte aufgrund einer direkten gesetzlichen Bestimmung erfolgen.

ქეთევან მჭედლიშვილი-ჰედრიხი
სამართლის დოქტორი

დანაშაულის მომზადების დასჯადობა ქართულ სისხლის სამართალში დანაშაულის მცდელობის შესახებ გერმანული მოძღვრების გათვალისწინებით

1 შესავალი

XX საუკუნეში, საქართველოში, რამდენიმე სისხლის სამართლის კოდექსი მიიღეს, რომელთაგან პირველი და მეორე (1922 და 1928 წლის) სუბიექტური ორიენტაციის იყო და განწყობის სისხლის სამართლის კოდექსს წარმოადგენდა. უკანასკნელმა საბჭოთა ქართულმა სისხლის სამართლის კოდექსმა (მიღებულ იქნა 1960 წელს, ამოქმედდა 1961 წელს) მნიშვნელოვანი ნაბიჯი გადადგა ჰუმანური სისხლის სამართლის მიმართულებით: ისევე, როგორც სხვა რესპუბლიკების საბჭოთა კოდექსებში, ბოლო ქართულ საბჭოთა სისხლის სამართლის კოდექსშიც საკანონმდებლო აღიარება მოიპოვა კანონიერების პრინციპმა, გაუქმდა ანალოგია პირის საზიანოდ,[1] საფუძველი ჩაეყარა სისხლის სამართლის ობიექტურ გაგებას – სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის საფუძვლად აღიარებულ იქნა არა პირის საზოგადოებრივი საშიშროება, არამედ სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებული, მართლსაწინააღმდეგო და ბრალეული ქმედება, თუმცა ამ კოდექსით გათვალისწინებული დანაშაულის მომზადების პრინციპული დასჯადობა სისხლის სამართლის ობიექტურ ორიენტაციას ეწინააღმდეგებოდა.

დამოუკიდებელი საქართველოს 1999 წლის სისხლის სამართლის კოდექსი დასჯადად აცხადებს მძიმე და განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის და კანონში ამომწურავად ჩამოთვლილი სხვა დანაშაულების მომზადებას (სსკ-ის მე-18 მუხლის მე-2 ნაწილი), ამასთან, უარყოფს აბსოლუტურად უვარგისი მცდელობის დასჯადობას (სსკ-ის მე-20 მუხლი) და მომზადებასა და მცდელობას ობიექტურად განმარტავს (მე-18 და მე-19 მუხლები). საკითხავია, რამდენად შეესაბამება დანაშაულის მომზადების გენერალური დასჯადობა დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობის ობიექტურ ამოსავალ წერტილს? წინამდებარე სტატიაში მოცემულია ქართულ სისხლის სამართალში დაუმთავრებელი დანაშაულის სუბიექტური გაგებიდან ობიექტურზე გადასვლის მოკლე ანალიზი და დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობის ობიექტური თეორიის როლი დანაშაულის მომზადების დასჯადობის შეზღუდვაში. განხილულია აგრეთვე დანაშაულის მცდელობის დასჯადობის ისტორია გერმანულ სისხლის სამართალში და გავლებულია პარალელები სამართლის ამ სისტემათა შორის.

[1] *გ. ნაჭყებია*, აეტ. კოლ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, 2007, გვ. 18.

2. დანაშაულის განვითარების სტადიები - iter criminis

ქართული სისხლის სამართალი ტრადიციულად იზიარებს გერმანულ სისხლის სამართალში აღიარებულ თეორიას დანაშაულის განვითარების სტადიების შესახებ. დანაშაული ქართულ სისხლის სამართალშიც მოქმედებათა ჯაჭვისაგან შედგება, ესაა ქმედების პროცესი და არა მხოლოდ დასრულებული მოვლენა.[2]

კანონმდებელი სისხლის სამართლის კოდექსის ზოგადი ნაწილის VI თავში, რომელიც დასათაურებულია როგორც დაუმთავრებელი დანაშაული, დანაშაულის მომზადებას, მცდელობასა და დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღებას ითვალისწინებს.[3] დაუმთავრებელი დანაშაული სამართლის თეორიაში განიმარტება როგორც დანაშაულის მომზადების ან მცდელობის ეტაპზე შეჩერებული პირდაპირი განზრახვით ჩადენილი ქმედება.[4] დაუმთავრებელი დანაშაულის ცნება არის მხოლოდ terminus technicus, იგი დანაშაულის მომზადებისა და მცდელობის გვარეობითი ცნებაა და ქმედების დასჯადობის განსაზღვრისათვის არავითარ როლს არ თამაშობს. საზღვრის გავლება კანონიერ ქმედებასა და სამართალდარღვევას შორის დანაშაულის მომზადებისა და დანაშაულის მცდელობის საშუალებით ხდება. დაუმთავრებელი დანაშაულის დოგმატიკური ფიგურის კრიტიკა იმ არგუმენტით, რომ ის მხოლოდ არაპროფესიონალის მიერაა გასაგები და მას სასჯელის ღირსი უმართლობის აღწერა არ შეუძლია, ქართული სისხლის სამართლისათვის ლოგიკურ არგუმენტს მოკლებულია, რადგან დაუმთავრებელ დანაშაულს ეს ფუნქცია თავის თავზე არასოდეს აუღია.[5]

---

[2] *თ. წერეთელი*, დანაშაულის მომზადება და მცდელობა, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I, 2007, გვ. 333; *დვალიძე*, ავტ. კოლ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, 2007, გვ. 145; იგივე შეხედულება გერმანულ სისხლის სამართალში იხ. Schönke/Schröder - Eser, 28. Aufl., vor §22/Rn. 1.

[3] *კუზნეცოვას* შეხედულებას დანაშაულის მომზადებისა და მცდელობის დამოუკიდებელი ინსტიტუტების შესახებ ქართულ სისხლის სამართალში მხარდამჭერები არ ჰყავს. ამ შეხედულებას საბჭოთა სისხლის სამართალშიც აკრიტიკებდნენ. იხ. *ლიასი*, ავტ. კოლ., სისხლის სამართალი, 1968, გვ. 540 (რუს.).

[4] *ი. დვალიძე*, ავტ. კოლ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, გვ. 146; *ტურავას* შეხედულებით, დანაშაულის მცდელობა ეჟენტუალური განზრახვითაცაა შესაძლებელი, იხ. *მ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, 2010, გვ. 132-138.

[5] რუსულ სამართალში მოცემული დაუმთავრებელი დანაშაულის ცნების კრიტიკა, როგორც ბუნდოვანი და დასაზუსტებელი იხ. *Willer*, Die unvollendete Straftat im Strafrecht der Russländischen Föderation, 2009, S. 26. ქართულ სისხლის სამართალში დაუმთავრებელი დანაშაული, როგორც დანაშაულის მომზადების და მცდელობის გვარეობითი ცნება იხ. *წერეთელი*, დანაშაულის მომზადება და მცდელობა, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I, გვ. 335; თანამედროვე სისხლის სამართალში იგივე შეხედულება იხ. *დვალიძე*, ავტ. კოლ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, გვ. 146; იგივე შეხედულება საბჭოთა სისხლის სამართალში იხ. *ლიასი*, ავტ. კოლ., სისხლის სამართალი, გვ. 541; *პიონტკოვსკისთან* დაუმთავრებელი დანაშაულის ფუნქციას ასრულებს „წინასაწარი დანაშაულებრივი საქმიანობა", რომელიც დანაშაულის მომზადების და მცდელობის გვარეობითი ცნებაა. *პიონტკოვსკი*, სისხლის სამართალი, 1961, გვ. 483 (რუს.); იგივე შეხედულება ქართულ სისხლის სამართალში იხ. *ლ. სურგულაძე*, სისხლის

დასრულებულია დანაშაული, რომელიც სისხლის სამართლის კოდექსში გათვალისწინებული დანაშაულის შემადგენლობის ყველა ნიშანს მოიცავს. დამთავრებული დანაშაულის ცნება ქართულ სისხლის სამართალში ფორმალური ბუნებისაა. დამთავრებული დანაშაული გამორიცხავს ნებაყოფლობით ხელის აღებას. კანონმდებელი უშვებს ქმედით მონანიებას კანონით გათვალისწინებულ სპეციალურ შემთხვევებში – სსკ-ის 322-ე მუხლისა (სახელმწიფოს წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის ქმედითი მონანიება) და 323-ე მუხლის შენიშვნის მიხედვით (ტერორისტული აქტის მომზადების ქმედითი მონანიება). ბოლო დროს სისხლის სამართლის დოგმატიკა მატერიალურად დამთავრებული დანაშაულის სტადიასაც აღიარებს.[6]

3. დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობის საფუძველი

დაუმთავრებელი დანაშაულის (გერმანულ სისხლის სამართალში –მცდელობის) დასჯადობის საფუძველს სისხლის სამართლის მეცნიერებაში სხვადასხვანაირად ასაბუთებენ. ამ საკითხზე განვითარებული ორი ერთმანეთისაგან კონტრასტულად განსხვავებული შეხედულების, ობიექტური და სუბიექტური თეორიის გვერდით ცნობილია მრავალი შერეული თეორიაც. ობიექტური თეორია დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯის საფუძველს სამართლებრივი სიკეთის საფრთხეში ჩაყენებაში ხედავს, სუბიექტური შეხედულება კი – პირის ბოროტ ნებაში.

ამ დიამეტრულად განსხვავებულ შეხედულებებს სხვადასხვა სამართლებრივ შედეგებამდე მივყავართ. კანონმდებლის მიერ ობიექტური შეხედულების თანმიმდევრული გაზიარება დანაშაულის მომზადებისა და უვარგისი მცდელობის დაუსჯელობამდე მიგვიყვანდა, რადგან ამ დროს არ არსებობს კონკრეტული საფრთხე,[7] დანაშაულის მომზადებასა და მცდელობას შორის საზღვარიც მხოლოდ ობიექტური მასშტაბების საშუალებით გაივლებოდა (ქმედების შემადგენლობის განხორციელების დაწყება).

პირის ქმედებაში გაცხადებული ბოროტი ნება, როგორც დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობის საფუძველი, უვარგისი და არარეალური მცდელობის დასჯადობას გამოიწვევდა, რადგან ბოროტი ნება ამგვარ შემთხვევებშიც გამოვლინდება. ამას გარდა, დანაშაულის მომზადება-მცდელობა და დამთავრებული დანაშაული ერთნაირად დაისჯებოდა, რადგან სუბიექტურად მათ შორის განსხვავება არაა. დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღებისათვის კი დანაშაულის დამთავრების სურვილის არარსებობის მხოლოდ გამოაშკარავება იქნებოდა საკმარისი, იმის მიუხედავად, იყო თუ არა პირის ქმედება მიზეზობრივ კავშირში დანაშაულის შედეგის დაუდგომლობასთან.

სამართალი, 2005, გვ. 296.

[6] *ლეკვეიშვილი*, ავტ. კოლ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, გვ. 153.

[7] Schönke/Schröder-Eser, § 22/Rn. 66.

4. დაუმთავრებელი დანაშაულის შესახებ არსებული ნორმებისა და დოგმატიკური შეხედულებების განვითარების მოკლე ისტორიული მიმოხილვა გერმანულ და ქართულ სისხლის სამართალში

მცდელობის შესახებ ობიექტური თეორიის წარმოშობა გერმანულ სისხლის სამართალში დასჯადობის შეზღუდვის მოთხოვნას უკავშირდება. გერმანიის აბსოლუტისტური სახელმწიფოს მიერ პრაქტიცირებული ბოროტი ნების დასჯადობა განმანათლებლობის პერიოდში მწვავე კრიტიკის საგანი გახდა. სისხლის სამართლის დოგმატიკაში მიუთითებდნენ, რომ დაუმთავრებელი დანაშაული მხოლოდ სამართლებრივი სიკეთისათვის შექმნილი სერიოზული კონკრეტული საფრთხის დროს უნდა ისჯებოდეს და ამორალური ქმედებები ამგვარი საფრთხის არარსებობის გამო სისხლის სამართლის სფეროს გარეთ უნდა მოიაზრებოდეს (*ფოიერბახი, მიტერმაიერი*)[8]. ობიექტური თეორიის გაზიარებამ გერმანიის კანონმდებელი მცდელობისა (გერმანიის სსკ-ის §43 ძველი რედაქცია, დანაშაულის მცდელობა, როგორც დანაშაულის შემადგენლობის განხორციელების დაწყება) და დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღების ობიექტურ განმარტებამდე, პრუსიის უზენაესი სასამართლო კი უვარგისი მცდელობის დაუსჯელობამდე მიიყვანა. XIX საუკუნის 50-იანი წლების ბოლოს პრუსიის უზენაესმა სასამართლომ სამართალში მიცემულთა მიმართ გამამართლებელი განაჩენი გამოიტანა, რადგან ბეღელი, სადაც ისინი მარცვლეულის მოსაპარად შევიდნენ, ცარიელი იყო.[9]

დანაშაულის მცდელობის ობიექტური თეორიის დოგმატიკურ საფუძველს დანაშაულზე *ლისტ-ბელინგის* შეხედულებაშიც ხედავენ, რომლის მიხედვითაც ობიექტური და სუბიექტური მხარე ერთმანეთისაგან მკაცრადაა გამიჯნული.[10] გერმანიის სისხლის სამართლის დოგმატიკაში XX საუკუნის პირველ ათწლეულებში ეს შეხედულება იყო გაბატონებული.[11]

სუბიექტური თეორიის წარმოშობის საფუძველი, რომლის დოგმატიკური ფესვები *ფონ ბურის* მიზეზობრიობის თეორიაშია საძებნი, უვარგისი მცდელობის დასჯადობის დასაბუთების საჭიროება იყო. გერმანიის საიმპერიო სასამართლომ თავის ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში[12] ვარგისი და უვარგისი მცდელობა ერთმანეთს გაუთანაბრა და ამგვარად, მცდელობის სუბიექტურ თეორიას გაუკვალა გზა. მიუხედავად იმისა, რომ გერმანიის საიმპერიო სასამართლოს სისხლის სამართლის პრაქტიკა სუბიექტურ თეორიას მისდევდა, ნაციონალური

---

[8] *Stratenwerth /Kuhlen*, AT, 6. Aufl., §11/Rn. 17 f.; *Zaczyk,* Das Unrecht der Versuchten Tat, 1989, S. 43 ff.

[9] GA 1854, S. 548 *იეშეკისა და ვაიგენდის* მიხედვით, *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl., S. 513; LK- *Hillenkamp*, 11. Aufl., vor §22/Rn. 61.

[10] Schönke/Schröder-*Eser*, vor §22/ Rn. 18.

[11] *Roxin*, AT II, 2002, §29/Rn. 25.

[12] RG 1, 441.

სოციალიზმის (ფაშიზმის) პერიოდამდე სისხლის სამართლის ლიტერატურაში ძირითადად მცდელობის ობიექტურ თეორიას უჭერდნენ მხარს.[13] ფაშიზმის პერიოდში როგორც სისხლის სამართლის პრაქტიკა, ასევე სისხლის სამართლის მეცნიერება სახელმწიფოებრივი ზეწოლისა და პოლიტიკური მიზანშეწონილობის გათვალისწინების შედეგად „განწყობის სისხლის სამართალსა" და მცდელობის სუბიექტურ თეორიაზე გადავიდა.

გერმანიაში სუბიექტური თეორია თავის ექსტრემალურ ფორმაში არც თეორიასა და არც პრაქტიკაში (ნაციონალ-სოციალისტური პერიოდის გამოკლებით) გაბატონებული არ ყოფილა, რადგან არარეალური მცდელობის დასჯადობა ყოველთვის გამორიცხული იყო და დანაშაულის მომზადება პრინციპულად არ ისჯებოდა, ამასთან, დანაშაულის მომზადება და მცდელობა ერთმანეთისაგან ობიექტური ნიშნების საშუალებით გაიმიჯნებოდა. დანაშაულის მცდელობის დასაწყისად დანაშაულის შემადგენლობის განხორციელების დაწყებას (§43 I a. F. StGB) კანონმდებელი 1975 წლამდე აღიარებდა.

მიუხედავად იმისა, რომ დღეისათვის ქმედების ფინალური მოძღვრება ქმედების სუბიექტური თეორიის შესაბამის დოგმატიკურ საფუძველს ქმნის, ეს უკანასკნელი ქმედების ფინალური მოძღვრებიდან არ განვითარებულა. გასული საუკუნის 60-იან წლებში სამართლის დოგმატიკაში გადამწყვეტ როლს „ფინალისტები" კი არა, „კაუზალისტები" თამაშობდნენ. მცდელობის გაბატონებულ სუბიექტურ თეორიას ამ პერიოდში მისდევდნენ არა მხოლოდ „ფინალისტები", არამედ აგრეთვე „კაუზალისტები" — *ბაუმანი, შონკე და შროდერი.*[14] სუბიექტური მიმართულების დოგმატიკურ საფუძვლად თვლიან არა ფინალიზმს, ანუ მოძღვრებას ქმედების შემადგენლობაში განზრახვის გათვალისწინების შესახებ, არამედ თეორიას უმართლობის სუბიექტური ელემენტებისა და განზრახვის, როგორც მცდელობის ერთ-ერთი დამფუძნებელი ელემენტის შესახებ.[15]

50-იანი წლებიდან გერმანულ სისხლის სამართალში მცდელობის შესახებ ახალი, „შთაბეჭდილების თეორია" განვითარდა, რომელიც დღესდღეობით გაბატონებულ თეორიად ითვლება. იგი დანაშაულის მცდელობის უმართლობას განხორციელებული ქმედებით გამოწვეულ იმ შთაბეჭდილებაში ხედავს, რომელსაც საზოგადოებაში სამართლისადმი ერთგულების შერყევა შეუძლია (rechtserschütternden Eindruck).[16] შთაბეჭდილების თეორიის გვერდით გერმანული სისხლის სამართლის თეორიაში მცდელობის შესახებ შერეულ მოძღვრე-

---

[13] „განწყობის სისხლის სამართლის" შესახებ ნაციონალურ-სოციალისტურ პერიოდში *ფრაისლერის, შაფშტაინისა და მეზგერის* (რომელიც 1951 წლიდან შთაბეჭდილების თეორიას უჭერდა მხარს) შრომებში იხ. *Hirsch*, Roxin-FS, 2001, S. 712, Fn. 7-8.

[14] *Hirsch*, ebenda, S. 713.

[15] იქვე.

[16] XX საუკუნის დასაწყისში *A. Horn/V. Bar*, zitiert nach *Hirsch*, Roxin-FS, 2001, S. 712, Fn. 8; *Ebert*, AT, 3. Aufl., S. 124; *Gropp*, AT, 3. Aufl., §9/48; Schönke/Sschröder-Eser, vor 22/Rn. 22.

ბებსაც ავითარებენ, მათ შორის აღსანიშნავია *როქსინის* „შერეული თეორია“[17] და დანაშაულის მცდელობის დუალისტური დასაბუთება *შმიდჰოიზერისა* და *ალვარტის* მიერ. ვარგისი მცდელობა *როქსინს* ესმის როგორც ქმედების შემადგენლობის განხორციელების საფრთხის შექმნა, უვარგისი მცდელობა კი, როგორც ნორმის დარღვევა, რომელიც სამართალს ხელყოფს.[18] მცდელობის დასჯადობის დუალისტური გაგების მიხედვით, მცდელობის დასჯადობის საფუძველი პირის მიერ ქმედებით შექმნილი საფრთხის ულირსობა და მიზნის ულირსობაა.[19]

მცდელობის ობიექტურ თეორიას დიდი ხნის განმავლობაში მხოლოდ „ზოგადი ობიექტური ამოსავალი წერტილით“[20] ინსპირირებული *შპენდელი* იზიარებდა, რომელიც თავს „უდაბნოსა შინა მარტოსულ მღაღადებლად“ თვლიდა.[21] მცდელობის დასჯადობის საფუძვლის პრობლემატიკას ეხებოდა 1985 წელს ჩატარებული ფრანკფურტის პროფესიული კონფერენცია (Strafrechtslehrertagung) და ასევე 1985 წელს მოწყობილი სამართალშედარების საზოგადოების კონფერენცია, სადაც „სუბიექტივისტებმა“ გადაძალეს.[22] ეს პრობლემა გაჟღერდა 1988 წელს ჩატარებული იაპონურ-გერმანული სისხლის სამართლის კოლოკვიუმზეც, სადაც გამოიკვეთა, რომ მცდელობის გერმანული მოძღვრება სუბიექტურად, იაპონური კი – ობიექტურადაა ორიენტირებული.[23] ბოლო პერიოდში გერმანიის სისხლის სამართლის დოგმატიკაშიც გამოჩნდნენ მეცნიერები, რომლებიც ზოგადი სუბიექტური სისტემური ამოსავალი წერტილის მიუხედავად, მცდელობის ობიექტურ თეორიას იზიარებენ (მაგალითად, ფინალისტი *ჰირში*).

მცდელობის ობიექტურ გაგებას გერმანიის სისხლის სამართალში საკანონმდებლო საფუძველი არა აქვს. 1975 წლამდე კანონმდებელი სსკ-ის §43 I-ში მცდელობის ობიექტურ თეორიას აღიარებდა და დანაშაულის მცდელობად დანაშაულის განხორციელების დაწყებას თვლიდა. სისხლის სამართლის 1975 წლის რეფორმის „მამებმა“ კი სსკ-ის §43 I გათვალისწინებული დანაშაულის მცდელობის ობიექტური თეორია უარყვეს და სსკ-ის §22-ში მცდელობის დასაწყისი სუბიექტურად, ამსრულებლის შეხედულების მიხედვით განმარტეს.

---

[17] Die Vereinigungstheorie geht auf *Kohlrausch/Lange* zurück. Nach *Roxin, Nishihara*-FS, 1998, S. 161.

[18] *Roxin, Nishihara*-FS, S. 158.

[19] *Alwart*, Strafwürdiges Versuchen, 1982, S. 158 ff; *Schmidhäuser*, AT, 2. Aufl., §11/ Rn. 27-36.

[20] *Hirsch, Roxin*-FS, S. 712.

[21] *Spendel*, ZStW 65 (1953), S. 518, 521; *Spendel*, NJW 1965, S. 1881; *Spendel, Stock*-FS, 1966, S. 89 ff.

[22] მცდელობის ობიექტური თეორია ამ შეხვედრაზე გაიზიარა *იაკობსმა, ჰირშმა* და ნაწილობრივ *შმიდჰოიზერმა* იხ. *Jakobs*, ZStW (1985), S. 751 (763); Tagungsbericht der Frankfurter Strafrechtslehrertagung, *Gropp*, ZStW 97 (1985), 919, 921, 924;

[23] *Naka*, Der Strafgrund des Versuchs, in: *Hirsch/Weigend (Hrsg.)*, Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, S. 93.

დანაშაულის მცდელობას, ამ პარაგრაფის შესაბამისად, მაშინ აქვს ადგილი, როდესაც პირი *თავისი შეხედულების მიხედვით* უშუალოდ იწყებს ქმედების შემადგენლობის განხორციელებას.[24]

დაუმთავრებელ დანაშაულზე არსებულ ნორმათა და დოგმათა ისტორია XX საუკუნის საქართველოშიც დაუმთავრებელი დანაშაულის ობიექტურ და სუბიექტურ გაგებას შორის ჭიდილით ხასიათდება. გასაბჭოების პირველი პერიოდის ბოლშევიკური სისხლის სამართალი განზრახვის გამომჟღავნებასაც დასჯადად თვლიდა, რათა ამგვარად, „ხალხის მტრები" „მთელი სიმკაცრით დაესაჯა." დანაშაულის განვითარების სტადიებს ამიტომაც ყურადღება არ ექცეოდა. სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის საფუძვლად ითვლებოდა არა სისხლის სამართლის კოდექსში გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენა, არამედ პირის საზოგადოებრივი საშიშროება. აქედან გამომდინარე, ნებისმიერი წინასწარი დანაშაულებრივი ქმედებისა და დამთავრებული დანაშაულისათვის მოსამართლეს თანაბარი სასჯელის დანიშვნა შეეძლო.[25]

განსაკუთრებულ ყურადღებას იმსახურებს ის ფაქტი, რომ 1921 წლის „სახელმძღვანელო საწყისები" და 1922 წლის სისხლის სამართლის კოდექსი დამთავრებულ მცდელობას სუბიექტურად განმარტავდნენ, როგორც პირის წარმოდგენას დანაშაულებრივი ქმედების დაწყებაზე.[26] სოციალური დაცვის ღონისძიების გამოყენება კი, 1922 წლის სისხლის სამართლის კოდექსის 52-ე მუხლის მიხედვით, დანაშაულისა და სხვა საზოგადოებრივად საშიში ქმედების ჩადენის (რომელიც ანალოგიის გამოყენების საშუალებას მისცემდა სასამართლოს) გარეშეც შეიძლებოდა, დანაშაულებრივი ყოფაქცევისა და ბოროტმოქმედთა წრესთან კავშირის გამო. საქართველოს 1922 და 1928 წლის სისხლის სამართლის კოდექსებიც კერძო პრევენციული ხასიათის იყო. ორივე ეს კოდექსი ითვალისწინებდა ანალოგიის გამოყენებას პირის საზიანოდ და სასჯელის დანიშვნის დროს გადამწყვეტ როლს პირის საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხს ანიჭებდა.[27]

სუბიექტური ორიანტაცია ახასიათებდა არა მხოლოდ სისხლის სამართლის კანონმდებლობას, არამედ საბჭოთა სისხლის სამართლის თეორიასაც.[28] მხოლოდ 50-იანი წლების ბოლოს, „დათბობის" პერიოდში, გაბატონდა შეხედულება იმის შესახებ, რომ სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის საფუძველი სამართ-

---

[24] მცდელობის სუბიექტური თეორიის კრიტიკოსთა აზრით, ამ მოძღვრების აპორია სისხლის სამართლის პრაქტიკამ აჩვენა. *Jung*, ZStW 117 (2005), S. 938.

[25] *ლ. სურგულაძე*, საბჭოთა საქართველოს სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ისტორია, გვ. 28.

[26] *ლ. სურგულაძე*, იქვე, გვ. 54, 114.

[27] *თ. წერეთელი*, დანაშაულის მომზადება და მცდელობა, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I, გვ. 328.

[28] იხ. *პიონტკოვსკი*, სისხლის სამართალი, იურიდიული მეცნიერების ისტორია, *კუდრიავცევი* (რედ.), 1978, გვ. 115 (რუს.).

ლებრივი სიკეთის დაზიანება ან საფრთხეში ჩაყენება უნდა იყოს. საბჭოთა დოგმატიკოსთა დიდი ნაწილი და მათ შორის *თინათინ წერეთელი* დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობას ობიექტურად ასაბუთებდა. „ობიექტივისტები" მიუთითებდნენ, რომ დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობის სუბიექტური დასაბუთება არათანმიმდევრულია, რადგან დამთავრებული დანაშაულის დასჯადობის საფუძველი ობიექტური საზოგადოებრივი საშიშროება, ანუ მატერიალური მართლწინააღმდეგობაა. დანაშაულის მცდელობის სუბიექტური განმარტება, მცდელობა, როგორც სუბიექტის შეხედულება ქმედების შემადგენლობის განხორციელების დაწყებაზე, დოგმატიკოსთა უმრავლესობის მიერ უარყოფილ იქნა როგორც „განწყობის სამართალი."[29] კანონმდებელმა მათი შეხედულება გაიზიარა. უკანასკნელი ქართული საბჭოთა სისხლის სამართლის კოდექსი, როგორც სხვა საბჭოთა სისხლის სამართლის კოდექსები, დანაშაულის მომზადებასა და მცდელობას წმინდა ობიექტურად განსაზღვრავდა და ამგვარად, ზღუდავდა სისხლის სამართლის მეტად განვრცობილ სფეროს.[30]

გასული საუკუნის 60-იანი წლების შემდეგ დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობის საფუძველი ქართულ სისხლის სამართალში ობიექტურად აღიქმება როგორც სამართლებრივი სიკეთისათვის შექმნილი საფრთხე და არა როგორც დანაშაულებრივი ნება, ანდა პირის წარმოდგენა დანაშაულის განხორციელების დაწყების შესახებ.[31] სისხლის სამართლის დოგმატიკაში მიუთითებენ, რომ სუბიექტური თეორიების საშუალებით დაუმთავრებელი დანაშაულის სტადიების ერთმანეთისაგან განსხვავება შეუძლებელია, რადგან ქმედების შემადგენლობის განხორციელების სურვილი ყველა ეტაპზე ერთი და იგივეა. ამიტომაც დანაშაულის განხორციელების ეტაპების ერთმანეთისაგან განსასხვავებლად პირის ქმედებით შექმნილი საფრთხის ხარისხი უნდა მოვიშველიოთ.[32]

ობიექტური თეორიის მიმდევრები აღნიშნავენ, რომ დანაშაულის მომზადება ქმედების შემადგენლობის განხორციელებისაგან მეტად შორსაა. სამართლებრივი სიკეთისათვის შექმნილი საფრთხე ამ დროს მხოლოდ და მხოლოდ *აბსტრაქტულია* და არა რეალური და პირდაპირი. დანაშაულის მცდელობისას კი საფრთხე *პირდაპირია, კონკრეტული და უშუალო.*[33] უშუალო საფრთხე აღიქმება როგორც ზიანის განხორციელების *რეალური შესაძლებლობა.* მცდელობის კონკრეტულ საფრთხედ აღქმით ქართული სისხლის სამართალი არ იზიარებს გერმანულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში ცნობილ მცდელობის ფორმალურ-ობიექტურ

---

[29] *თ. წერეთელი*, დანაშაულის მომზადება და მცდელობა, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I, გვ. 426.

[30] *Schroeder*, Das Strafrecht der UdSSR de lege ferenda, 1958, S. 37 f.

[31] *თ. წერეთელი*, დანაშაულის მომზადება და მცდელობა, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I, გვ. 426; *ლ. სურგულაძე*, სისხლის სამართალი, გვ. 313.

[32] *ლ. სურგულაძე*, სისხლის სამართალი, გვ. 307; *დვალიძე*, ავტ. კოლ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, გვ. 161.

[33] *დვალიძე*, იქვე, გვ. 161.

თეორიას. მცდელობის დასაწყისი ქართულ სისხლის სამართალში შედარებით ფართოა და მოიცავს ქმედების შემადგენლობის განხორციელებასთან ახლოს მდგომ ქმედებებსაც, ე.ი. ქმედებებს, რომლებიც უშუალოდ გადადიან ქმედების შემადგენლობის განხორციელებაში, მაგალითად, იარაღის დამიზნება უკვე დანაშაულის მცდელობაა და არა ჯერ კიდევ მომზადება.[34]

დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობის შეზღუდვა მცდელობის შესახებ ობიექტური მოძღვრების საშუალებით ჰუმანური სისხლის სამართლის ინდიკატორად ითვლება. დაუმთავრებელი დანაშაულის ობიექტურმა თეორიამ შესაძლებელი გახადა ბოლშევიკური სახელმწიფოს „განწყობის სამართლიდან" შესაძლებლობის ფარგლებში ჰუმანურ სამართლზე გადასვლა. ამისათვის საბჭოთა კავშირის პროგრესულად მოაზროვნე დოგმატიკოსებს ხანგრძლივი და ეკლიანი გზის გავლა მოუხდათ.

5. დანაშაულის მომზადების დასჯადობა

ახალი ქართული სისხლის სამართლის კოდექსი მომზადების დასჯადობის ორ კონსტრუქციას იცნობს:

ა) დანაშაულის მომზადების გენერალური, „ფრჩხილებს გარეთ გატანილი" დასჯადობა, გათვალისწინებული სსკ-ის მე-18 მუხლში, რომლის მიხედვითაც დანაშაულის მომზადება დანაშაულის ჩასადენად პირობების განზრახ შექმნაა.

ბ) დანაშაულის მომზადების დასჯადობა, გათვალისწინებული კონკრეტულ შემადგენლობებში, რითიც კანონმდებელი მიუთითებს, რომ ეს ქმედებანი განსაკუთრებულად სასჯელის ღირსია, მაგალითად.

1. სსკ-ის 212-ე მუხლის მე-4 ნაწილი – ყალბი ფულის დამზადებისათვის საჭირო საგნების უკანონოდ დამზადება და სხვა მოსამზადებელი საქმიანობა ყალბი ფულის დასამზადებლად.

2. სსკ-ის 327-ე მუხლი ტერორისტული ორგანიზაციების შექმნა ან ხელმძღვანელობა, ანდა მასში მონაწილეობა; ტერორიზმის წინააღმდეგ მიმართული მომზადების სხვა შემადგენლობანი.

3. სსკ-ის 404-ე მუხლი, აგრესიული ომის მომზადება.

ახალმა 1999 წლის სისხლის სამართლის კოდექსმა უარი თქვა დანაშაულის მომზადების ამომწურავი, გენერალური დასჯადობის საბჭოთა ტრადიციაზე. დასჯადად მხოლოდ განსაკუთრებით მძიმე (სსკ-ის მე-12 მუხლის მე-4 ნაწილით ის დანაშაული, რომელთათვისაც გათვალისწინებულია თავისუფლების აღკვეთა ათ წელზე მეტი ვადით ანდა უვადო თავისუფლების აღკვეთა) დანაშაულის მომზადება გამოაცხადა, სსკ-ის 56-ე მუხლით კი, დაუმთავრებელი

[34] იქვე, გვ. 162.

დანაშაულისათვის უფრო მსუბუქი სასჯელის დანიშვნა გაითვალისწინა, ვიდრე დამთავრებული დანაშაულისათვის. 2006 წლის 29 დეკემბრის ცვლილებით მომზადების დასჯადობა მძიმე დანაშაულებზეც გავრცელდა (სსკ-ის მე-12 მუხლის მე-3 ნაწილის მიხედვით, ის დანაშაულები, რომლის ჩადენისათვის გათვალისწინებული მაქსიმალური სასჯელი არ აღემატება ათი წლით თავისუფლების აღკვეთას), ასევე გაუქმდა სსკ-ის 56-ე მუხლი, რომელიც დაუმთავრებელი დანაშაულის მსუბუქად დასჯის საშუალებას იძლეოდა. დღევანდელ მოსამართლეს დაუმთავრებელი დანაშაულისათვის ისეთივე სასჯელის დანიშვნა შეუძლია, როგორც დამთავრებული დანაშაულისათვის. კანონმდებლობის ამგვარი ცვლილება დაუმთავრებელი დანაშაულის ობიექტური თეორიის ზემოქმედების შესუსტებაზე მიუთითებს.

თუ სსკ-ის 56-ე მუხლის გაუქმებას გერმანული გადასახედიდან განვიხილავთ, ყურადღება უნდა მივაქციოთ იმას, რომ სამართლებრივი სიკეთისათვის საფრთხის შექმნისა და მისი დაზიანებისათვის თანაბარი სასჯელის დანიშვნა შესაძლებელია შეკვეცილი შემადგენლობების და მომზადების დამოუკიდებელი შემადგენლობების შექმნითაც, რასაც გერმანულ სისხლის სამართალში აქვს ადგილი. როგორც ცნობილია, ამ შემადგენლობებს კანონმდებელი იმისათვის ქმნის, რომ მათზე გერმანიის სსკ-ის §23 მე-2 აბზაცში გათვალისწინებული სასჯელის შემსუბუქება არ გავრცელდეს. დაუმთავრებელი დანაშაულისათვის სასჯელის გამკაცრების იგივე ეფექტი გვექნებოდა, ქართველ კანონმდებელს დაუმთავრებელი დანაშაულისათვის სასჯელის შემსუბუქების ნორმა რომ შეენარჩუნებინა და სამაგიეროდ დანაშაულის აღნიშნული შემადგენლობები შეექმნა.

დაუმთავრებელი დანაშაულის მსუბუქად დასჯის შესაძლებლობა მოსამართლეს დღეს საქართველოს სსკ-ის 53-ე მუხლის მე-3 ნაწილით აქვს, რომელიც მიუთითებს, რომ სასჯელის დანიშვნის დროს მოსამართლემ მოვალეობათა დარღვევის ხასიათი და ზომა და მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომა უნდა გაითვალისწინოს. შესაძლებელია ვთქვათ, რომ მაშინ, როდესაც დანაშაულებრივი შედეგი არ დამდგარა, მოსამართლეს, ამ ნორმის მიხედვით, მსუბუქი სასჯელის დანიშვნა შეუძლია.[35] გამოსაკვლევია, განმარტავს თუ არა ქართველი მოსამართლე ამ მუხლს ლიბერალურად.

[35] სსკ-ის 53-ე მუხლის მე-3 ნაწილის ამგვარი ინტერპრეტაცია იხ. *დვალიძე*, ავტ. კოლ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, გვ. 164.

6. დანაშაულის მომზადების დასჯადობის შეზღუდვა ობიექტურ და სუბიექტურ საფეხურზე

დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობა ისტორიულად განვითარებული დასკვნის ნაყოფია იმის შესახებ, რომ დასჯადი უნდა იყოს არა მხოლოდ სამართლებრივი სიკეთის დაზიანება, არამედ აგრეთვე მისი საფრთხეში ჩაყენებაც. სახელმწიფო დანაშაულის მომზადების გენერალური დასჯადობით ცდილობს, დასჯადობა რაც შეიძლება ადრეულ ეტაპზე გადაიტანოს და ამით სამართლებრივი სიკეთე ეფექტურად დაიცვას (პრევენციული სისხლის სამართალი). ქართულ სისხლის სამართალში სამართლებრივი სიკეთის ეფექტური დაცვასა და სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებამდელი ქმედებების დასჯადობის ლეგალურობაზე მწვავე დისკუსია მიმდინარეობდა 50-იანი წლების ბოლოს (დესტალინიზაცია) და 90-იან წლებში, საქართველოს მიერ დამოუკიდებლობის მიღწევის შემდეგ.

დესტალინიზაციის პერიოდში[36] გატარებული რეფორმების დროს საბჭოთა სისხლის სამართლის დოგმატიკაში დანაშაულის მომზადების დასჯადობის შესახებ დიამეტრულად განსხვავებული შეხედულებები გამოითქვა.[37] მეცნიერთა უმრავლესობა მიუთითებდა, რომ სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის საფუძველი სამართლებრივი სიკეთის დაზიანება ან მისი საფრთხეში ჩაყენება უნდა იყოს. აქედან გამომდინარე, საბჭოთა დოგმატიკოსთა ერთი ნაწილი და მათ შორის *თინათინ წერეთელი* და *ვლადიმერ მაყაშვილი* დანაშაულის მომზადების გენერალური დასჯადობის გაუქმების მოთხოვნამდე მიდიოდნენ.[38] ისინი ხაზს უსვამდნენ, რომ დანაშაულის მომზადების დროს ქმედების შემადგენლობის განხორციელების შესაძლებლობის ხარისხი მეტად მცირეა და სხვადასხვა, პირისაგან დამოკიდებულ თუ დამოუკიდებელ გარემოებებს შეუძლიათ ხელი შეუშალონ დანაშაულის განხორციელებას. დანაშაულის მომზადების პრინციპული დასჯადობა დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღების სამართლებრივი ინსტიტუტის არსებობას კითხვის ნიშნის ქვეშ აყენებს, რადგან პირს მისი გამოყენება უკვე აღარ შეუძლია. ამგვარად, დასჯად ქმედებათა სფერო მეტისმეტად ფართოვდება და გადავდივართ განწყობის სამართალზე, რადგან ქმედების შემადგენლობამდელი ქმედებანი ობიექტურად ერთმანეთისაგან ძნელი გასარჩევია. სისხლის სამართლის ფრაგმენტული ხასიათის გამო კანონმდებელმა ქმედების შემადგენლობამდელი ქმედებები სრულად არ უნდა მოიცვას

[36] საბჭოთა სისხლის სამართლის თეორიაში, ჯერ კიდევ 20-იანი წლების შუა ხანებში, *პიონტკოვსკი* ავითარებდა მოსაზრებას იმის შესახებ, რომ დანაშაულის მომზადება ყველა შემთხვევაში არ უნდა იყოს დასჯადი. იხ. *პიონტკოვსკი*, სისხლის სამართალი, იურიდიული მეცნიერების ისტორია, *კუდრიავცევი* (რედ.), 1978, გვ. 115.

[37] დანაშაულის მომზადების დასჯადობაზე ცხოველი დისკუსია „დათბობის პერიოდის" საბჭოთა სისხლის სამართალში იხ. *Schroeder*, Das Strafrecht der UdSSR de lege ferenda, S. 37 f.

[38] *ო. გამყრელიძე*, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, 2008, გვ. 157-159.

და სახელმწიფოს პრეროგატივა დასჯადობის სფეროს გაფართოების საკითხში უნდა შეიზღუდოს.[39] დანაშაულის მოსამზადებელი მოქმედებით არ იქმნება უშუალო საფრთხე, ამიტომაც მოსამზადებელი ქმედება მხოლოდ მაშინ უნდა იყოს დასჯადი, როდესაც იგი დანაშაულის მცდელობასთან ახლოს დგას.[40] დაცული სამართლებრივი სიკეთის ღირებულებასა და შექმნილ საფრთხეს შორის კორელაციის გამო, სასჯელის ღირსია მხოლოდ ისეთი მოსამზადებელი ქმედება, რომელიც გასაკუთრებულად მნიშვნელოვან სამართლებრივ სიკეთეს (ადამიანის სიცოცხლე, დანაშაული სახელმწიფოს წინააღმდეგ) *აბსტრაქტულ საფრთხეს* უქმნის. რეფორმების პერიოდში სისხლის სამართლის სპეციალისტთა შეხედულება დანაშაულის პრინციპული დასჯადობის გაუქმებისა და დანაშაულის მომზადების პრობლემის კაზუისტური გადაწყვეტის, ანუ მომზადების კონკრეტული შემადგენლობების სისხლის სამართლის კერძო ნაწილში გათვალისწინების შესახებ კანონმდებელმა როგორც 60-იანი წლების ბოლოს, ასევე 90-იან წლებში არ გაითვალისწინა.

დანაშაულის მომზადების მეტად წელვადი საკანონმდებლო განმარტება, რომელიც მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსის მე-18 მუხლშია მოცემული (დანაშაულის მომზადებად ითვლება დანაშაულის ჩადენისათვის პირობების განზრახ შექმნა), სისხლის სამართლის თეორიასა და პრაქტიკას დანაშაულის მომზადების ცნების კონკრეტიზაციას აიძულებს. აუცილებელი ხდება დანაშაულის დასჯადი მომზადებისა და დაუსჯელი განზრახვის გამომჟღავნების და მომზადებისა და მცდელობის ერთმანეთისაგან გასამიჯნად ნათელი კრიტერიუმების შემუშავება. დანაშაულის მომზადებისა და მცდელობის ერთმანეთისაგან გამიჯვნა არაა მხოლოდ დოგმატიკური პრობლემა. რადგან ნაკლებად მძიმე დანაშაულის მომზადება (სსკ-ის მე-12 მუხლის მე-2 ნაწილით ესაა დანაშაულები, რომლის ჩადენისათვის მაქსიმალური სასჯელი არ აღემატება ხუთი წლით თავისუფლების აღკვეთას) არაა დასჯადი, დანაშაულის მომზადებისა და მცდელობის ერთმანეთისაგან გამიჯვნისას ნაკლებად მძიმე დანაშაულის დასჯისა და დაუსჯელობის საკითხის გადაწყვეტა ხდება.

რადგან დანაშაულის მომზადების დღევანდელი განმარტება დასჯადობას ნებისმიერი ქმედების შემადგენლობამდელ ქმედებაზე ავრცელებს და მომზადებისა და დანაშაულის დაგეგმვის გასამიჯნად არავითარ მასშტაბს არ იძლევა, სისხლის სამართლის დოგმატიკაში დანაშაულის მომზადებას **რესტრიქციულად განმარტავენ** როგორც **ობიექტურ, ასევე სუბიექტურ ეტაპზე**. შემუშავდა კრიტერიუმები, რომლის მიხედვითაც შესაძლებელია დანაშაულის მომზადების გამიჯვნა უბრალო დაგეგმვისა და მცდელობისაგან. მხედველობაში მიიღება აგრეთვე

---

[39] *თ. წურწუმია*, დანაშაულის მომზადება და მცდელობა, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I, გვ. 394-402; *ო. გამყრელიძე*, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, გვ. 159.

[40] *წურწუმია და მაყაშვილი*, *გამყრელიძის* მიხედვით, იხ. *გამყრელიძე*, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, გვ. 157; *ლ. სურგულაძე*, სისხლის სამართალი, გვ. 305-306.

ძველი დოგმატიკური და პრაქტიკული გამოცდილებაც, რომლის თანახმად დანაშაულის მომზადება მხოლოდ მაშინ უნდა დაისაჯოს, როდესაც დანაშაულის მოსამზადებელი ქმედება მცდელობასთან ახლოა და სოციალურად არაა ადეკვატური.[41]

დანაშაულის ჩასადენად პირობების შექმნად, ანუ მომზადებად უპირველესად ითვლება დანაშაულის ჩასადენად იარაღის ან საშუალების დამზადება ან შეძენა თუ მომარჯვება და თანამონაწილეთა გამოძებნა.[42] ამით, მართალია, ახალი არაფერია ნათქვამი, რადგან დანაშაულის მომზადების ამგვარი გაგება ბოლო ქართული საბჭოთა სისხლის სამართლის კოდექსის მიერ მოცემული დანაშაულის მომზადების განმარტებას შეესაბამება, მაგრამ, ამგვარად, საჭირო ობიექტური კრიტერიუმია მოძებნილი დანაშაულის მომზადებისა და დაგეგმვის ერთმანეთისაგან განსასხვავებლად. სისხლის სამართლის დოგმატიკაში დანაშაულის მომზადების შემდეგი მაგალითები მოჰყავთ: მორგებული გასაღების დამზადება, სიგნალიზაციის გამორთვა, თანამონაწილეთა გამოძებნა, ინფორმაციის დაგროვება, კიბის შეძენა და მისი ადგილზე მიტანა, სასმელში შხამის ჩასხმა, ჩასაფრება, მსხვერპლის უკაცრიელ ადგილას გატყუება და სხვ.[43]

დანაშაულის მომზადების დასჯადობის შეზღუდული განმარტების საკითხის განხილვისას განსაკუთრებულ ყურადღებას იმსახურებს უშედეგო დახმარების დასჯადობის პრობლემა. სისხლის სამართლის დოგმატიკაში სპეციალისტთა ერთი ნაწილი უშედეგო დახმარებას უშედეგო წაქეზების მსგავსად დასჯად მომზადებად თვლის.[44] ამ მოსაზრების საწინააღმდეგოდ უნდა ითქვას შემდეგი: სსკ-ის 25-ე მუხლის მე-7 ნაწილის მე-2 წინადადების მიხედვით (ამსრულებლისა და თანამონაწილის პასუხისმგებლობა), დანაშაულის მომზადებად მხოლოდ უშედეგო წაქეზება ითვლება. რადგან უშედეგო დახმარებაზე კანონმდებელი ყურადღებას არ ამახვილებს, აქ საქმე გვაქვს კანონმდებლის კვალიფიციურ დუმილთან და კანონის ანალოგიით გამოყენება და შესაბამისად, პირის საზიანოდ უშედეგო დახმარების დასჯადად გამოცხადება დაუშვებელია.[45]

დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობის **სუბიექტურ ეტაპზე** შეზღუდვა დანაშაულის ჩადენის გეგმის კონკრეტიზირებულობის მოთხოვნით ხდება. დანაშაულის მომზადება არ გვაქვს მაშინ, როდესაც პირმა იარაღი კონკრეტული

[41] *თ. გამყრელიძე*, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, გვ. 159; *პიონტკოვსკი*, სისხლის სამართალი, გვ. 508; *თ. წერეთელი*, დანაშაულის მომზადება და მცდელობა, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I, გვ. 387.

[42] *ო. გამყრელიძე*, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, გვ. 154.

[43] *ო. გამყრელიძე*, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, გვ. 156; *სურგულაძე ლ*, სისხლის სამართალი, გვ. 302.

[44] *თ. წერეთელი*, დანაშაულის მომზადება და მცდელობა, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I, გვ. 384; *ო. გამყრელიძე*, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, გვ. 156; *ლ. სურგულაძე*, სისხლის სამართალი, გვ. 302.

[45] *გ. ნაჭყებია*, ავტ. კოლ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, გვ. 218; *მ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, გვ. 275; *გ. ხუბუა*, სამართლის თეორია, გვ. 172.

დანაშაულის ჩასადენად კი არა, *რაიმე* დანაშაულის ჩასადენად შეიძინა. პირს ყაჩაღობა ჯერ კიდევ არ მოუმზადებია, თუ მან იარაღი შეიძინა *როდისმე რაიმე ყაჩაღური ქმედების* განსახორციელებლად და თუ მას მსხვერპლი ჯერ არ დაუკონკრეტებია. დანაშაულის მომზადების განზრახვა დაგეგმილი დანაშაულის ყველა ნიშანს უნდა მოიცავდეს.[46]

საკითხავია, შესაძლებელია თუ არა მოსამზადებელი მოქმედების კონკრეტიზაციისათვის გერმანული სისხლის სამართლის დოგმატიკის გამოცდილების გათვალისწინება? კანონმდებელს სამართლებრივი სიკეთისათვის საფრთხის შექმნის სტადიაზე ქმედების კრიმინალიზაციის სხვადასხვა მოდელს სთავაზობს. სამართლებრივი სიკეთისათვის შექმნილ საფრთხეს გერმანულ სისხლის სამართალში საფრთხის დელიქტების და შეკვეცილი შემადგენლობების გვერდით დანაშაულის მომზადების კაზუისტური შემადგენლობებით სჯის.[47] ე.ი. გერმანული სისხლის სამართალი დანაშაულის მომზადებას სჯის არა პრინციპულად, ზოგად ნაწილში, არამედ მხოლოდ სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილში გათვალისწინებული შემადგენლობებით.[48] საინტერესოა, გამოგვადგება თუ არა გერმანული სისხლის სამართლის კოდექსის კონკრეტული შემადგენლობები მომზადების შესახებ ქართული სისხლის სამართლის კოდექსში გათვალისწინებული მომზადების პრინციპული დასჯადობის დასაკონკრეტებლად. გერმანულ სისხლის სამართალში დანაშაულის მომზადების შემადგენლობები სხვადასხვანაირადაა დაკონკრეტებული. გვხვდება დანაშაულის მომზადების როგორც ვიწრო, ასევე ფართო შემადგენლობები. დანაშაულის მომზადების ვიწრო შემადგენლობაში მოსამზადებელი ქმედებები ზუსტადაა აღწერილი. ამგვარ დელიქტებს მიეკუთვნება დანაშაულის ჩასადენად საშუალებისა და იარღის დამზადება (სსკ-ის §§ 87, 149 და 310). მომზადების ამგვარი გაგება ძველი სსკ-ის მე-18 მუხლში და ო. *გამყრელიძის* კომენტარებში ფიგურირებს.[49]

გერმანულ სისხლის სამართალში მომზადების ზოგიერთი შემადგენლობა

---

[46] ო. *გამყრელიძე*, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, გვ. 155.

[47] *Weber*, in: *Jescheck* (Hrsg.), Die Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, 1987, S.7-22.

[48] თუმცა აქ მხედველობაშია მისაღები ისიც, რომ თანამონაწილეთა გამოძებნა გერმანიის სსკ-ის ზოგადი ნაწილის §30-შია გათვალისწინებული, როგორც თანამონაწილეობის მცდელობა. აქედან გამომდინარე, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსი თანამონაწილეთა მიერ განხორციელებულ დანაშაულის მომზადებას გერმანიის სსკ-ის §30-ით სჯის. იგი არ ითვალისწინებს მხოლოდ და მხოლოდ ერთპიროვნული ამსრულებლის მიერ დანაშაულის მომზადების დასჯადობას. ამასთანავე, ამ ბოლო დროს გერმანიის კანონმდებელს დანაშაულის მომზადების ახალი კონკრეტული შემადგენლობები შეაქვს სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში. განსაკუთრებით აღსანიშნავია გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის §89ა (მძიმე ძალადობითი დანაშაულის მომზადება), §91 (კოორდინაცია და მძიმე ძალადობის ჩასადენად ურთიერთობის დამყარება) და ახალი ჰაკერების პარაგრაფი §202 (ელექტრონული მონაცემების უნებართოდ მოპოვება).

[49] ო. *გამყრელიძე*, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, გვ. 154.

დასჯად ქმედებას კონკეტულად არ ასახელებს და დანაშაულის მომზადებას დანაშაულის ზოგადი დაგეგმვისაგან არ მიჯნავს (სსკ-ის §§ 80, 83 და 134 ა მე-3 აბზაცი), ამიტომაც ამგვარი შემადგენლობებისათვის საჭირო ხდება დანაშაულის მომზადების ზოგადი განმარტება. §80-ში (აგრესიული ომის მომზადება) დანაშაულის მომზადებაში იგულისხმება დაგეგმილი ომის ნებისმიერი, თუნდაც ნეიტრალური ხასიათის ხელშემწყობი მოქმედება.[50] ამ ნორმაში კანონმდებელი დასჯად და დაუსჯელ ქმედებას შორის საზღვარს *კონკრეტული საფრთხის* მითხოვნით ავლებს. ასევე §83-ში (სახელმწიფოს ღალატის მომზადება) მომზადება წარმოადგენს ნებისმიერ ხელშემწყობ მოქმედებას როგორც ამსრულებლის შეხედულების მიხედვით, ანუ სუბიექტურად, ასევე ობიექტურად, თუნდაც *ნეიტრალური* ქმედებით.[51] იმისათვის, რომ ქმედება დასჯად მომზადებად ჩაითვალოს, თავდასხმის ობიექტი, თავდასხმის საშუალება და დრო აუცილებლად დაკონკრეტებული უნდა იყოს.[52]

გერმანული სისხლის სამართლის დოგმატიკაში მოცემული დანაშაულის მომზადების ერთ-ერთი ზოგადი განმარტების მიხედვით, დანაშაულის მომზადება „ისეთი ქმედებაა, რომელიც დანაშაულის განსახორციელებლად გამოსადეგ წინაპირობებს ქმნის" და დანაშაულის განხორციელების დაგეგმვას (bloße „Bei-sich-Planen") სცილდება.[53] დანაშაულის მომზადების ამგვარი განმარტება მეტად ზოგადია და ამიტომაც იგი ვერ ავლებს სამართლებრივი სახელმწიფოსთვის გამოსადეგ საზღვარს დასჯად და დაუსჯელ ქმედებას შორის. თვალში მოსახვედრია ის გარემოება, რომ როგორც დანაშაულის მომზადების ქართული საკანონმდებლო განმარტება, ასევე გერმანული სისხლის სამართალში მოცემული დანაშაულის მომზადების მეცნიერული განმარტება ერთმანეთს თავიანთი განუსაზღვრელობით ჰგვანან და მათ დანაშაულის მომზადების დასჯადობის შეზღუდვა არ შეუძლიათ. როგორც ვხედავთ, ქართულ სისხლის სამართალში დანაშაულის მომზადების ზოგადი ცნების დასაკონკრეტებლად გერმანული სისხლის სამართლის თეორიაში მოცემული დანაშაულის მომზადების ზოგადი განმარტების გამოყენება არ ხერხდება, რადგან დანაშაულის მომზადების დასჯადობის შეზღუდვისათვის გერმანული სისხლის სამართლის დოგმატიკა ახალ, ქართული სისხლის სამართლისათვის უცნობ იდეას არ გვთავაზობს.

დანაშაულის ჩასადენად იარაღისა და საშუალების დამზადება და მოპარვა ნეიტრალური ქმედებების საშუალებითაცაა შესაძლებელი. ამგვარი ქმედებანი არ მიგვანიშნებენ იმ დანაშაულზე, რომლის ჩადენაც პირს აქვს დაგეგმილი. სამართლებრივმა სახელმწიფომ სოციალურად ადეკვატური ქმედებები დანაშაულის დასჯად მომზადებად არ უნდა ჩათვალოს, თუნდაც იმ

---

50 *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Aufl., §80/Rn. 8; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 58. Aufl., §80/Rn. 8.

51 *Tröndle/Fischer*, §83/Rn. 3.

52 Schönke/Schröder-*Sternberg-Lieben*, §83/Rn. 1.

53 *Maurach-Gössel*, AT, Teilband 2, 6. Aufl., §40/1.

საფრთხის ფასად, რასაც ამგვარი მომზადება შეიცავს. იმისათვის, რომ დანაშაულის მომზადების დასჯადობა უსაზღვროდ არ გაფართოვდეს და დანაშაულის მომზადების დასჯადობა შეიზღუდოს, ქართულ სისხლის სამართალში ტრადიციულად აღიარებული კრიტერიუმი – მცდელობასთან სიახლოვე უნდა გამოვიყენოთ. ამასთან, უნდა დავამატოთ აგრეთვე დანაშაულის **მომზადების აშკარაობის ახალი სისხლისსამართლებრივი ფორმულაც**. ქმედება მხოლოდ მაშინ უნდა ჩაითვალოს დანაშაულის მომზადებად, როდესაც იგი აღარაა სოციალურად ადეკვატური და უეჭველად მიგვანიშნებს დანაშაულებრივ მიზანზე,[54] როდესაც პირი დანაშაულის ჩასადენად საჭირო საშუალებას თუ იარაღს ისე მოიმარჯვებს, რომ მას თავისი ქმედების ახსნა „დამაჯერებლად აღარ შეუძლია."[55] მაგალითად, სხვისი ფანჯრებგახსნილი სახლისათვის კიბის მიდგმა შუაღამისას მიუთითებს იმაზე, რომ პირს ამ ფანჯარაში გადაცოცების სურვილი აქვს, შხამის ჩასხმა სხვის სასმელში და შუაღამისას უცხო სადარბაზოში გატენილი პისტოლეტით ხელში ჩასაფრება პირის მკვლელობის ან სხეულის დაზიანების განზრახვაზე მიუთითებს. იქამდე, სანამ პირს სოციალური ადეკვატურობის საზღვარი არ გადაულახავს, მისი ქმედებანი მის პიროვნულ სფეროში რჩება და სახელმწიფომ იგი არ უნდა დასაჯოს.

De lege ferenda დანაშაულის მომზადების დასჯადობასთან დაკავშირებით შესაძლებელია შემდეგი წინადადების წამოყენება: დანაშაულის მომზადების ზოგადი დეფინიცია სისხლის სამართლის კოდექსში უნდა დაკონკრეტდეს და დანაშაულის დასჯად მომზადებად მხოლოდ ის ქმედება უნდა ჩაითვალოს, რომელიც **ობიექტურად აშკარად მიუთითებს დანაშაულის მცდელობასთან სიახლოვეზე**.

7. დანაშაულის მომზადებისა და მცდელობის რამდენიმე მაგალითი ქართული და გერმანული სისხლის სამართლიდან

როგორც უკვე ითქვა, ქართული სისხლის სამართალი იცნობს დანაშაულის მომზადების გენერალურ დასჯადობას, რაც გერმანული სისხლის სამართლისათვის უცხოა. იმ საკითხის გასარკვევად, მივყავართ თუ არა დანაშაულის მომზადების გენერალურ დასჯადობას სახელმწიფოს დამსჯელი ძალაუფლების უსაზღვრო გაფართოებასთან, ქართული და გერმანული სისხლის სამართლიდან რამდენიმე პრაქტიკული მაგალითის მოყვანა გამოგვადგება. საინტერესოა, თუ როგორ აფასებს გერმანული სისხლის სამართალი ქმედების შემადგენლობასთან ახლოს მდგომ ქმედებებს.

მსხვერპლის ბინაში შესვლა მის მოსაკლავად, მსხვერპლის ძებნა მის

[54] *Heinrich*, AT II, 2. Aufl., Rn. 726; *Spotovsky*, in: *Jescheck* (Hrsg.), Die Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte, S. 126.

[55] გერმანულ სისხლის სამართალში *ჰაინრიხის* მიერ განვითარებული დანაშაულის მცდელობის ფორმულა ქართულ სისხლის სამართალში შესაძლებელია დანაშაულის მომზადების ფორმულად გამოვიყენოთ *Heinrich*, AT 2, Rn. 726.

მოსაკლავად, ჩასაფრებული პირის მიერ იარაღის ხელში აღება (დამიზნებამდე), თუ მას ჰგონია, რომ მსხვერპლი უკვე მოდის, გერმანულ სისხლის სამართალში მკვლელობის მცდელობად კვალიფიცირდება.[56] ასევე მცდელობად კვალიფიცირდება დისტანციურ დელიქტებში ქმედება მაშინ, როდესაც პირი აამოქმედებს მიზეზობრიობის იმ ჯაჭვს, რომელიც უშუალო თავდასხმას წარმოადგენს და მიზეზობრიობაზე ბატონობის საშუალებას ისპობს (საჭმლის მოწამვლა, რომელიც მსხვერპლმა უნდა ჭამოს).[57] რადგან გერმანული სისხლის სამართალი უმაღლესი სამართლებრივი სიკეთის – ადამიანის სიცოცხლის საფრთხეში ჩაყენების დელიქტებს არ იცნობს, ადამიანის სიცოცხლის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის მცდელობა ექსტენსიურად განიმარტება. გერმანულ სისხლის სამართალში დანაშაულის მცდელობის განვრცობითი განმარტება ადამიანის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების დროს ხშირ შემთხვევაში ქართულ სისხლის სამართალში ადამიანის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის მომზადების დასჯადობას შეესაბამება.

საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის მცდელობის დასაწყისი გერმანიისა და ავსტრიის სისხლის სამართალში დანაშაულის მომზადების სფეროში გადადის. ქურდობის მცდელობად სისხლის სამართლის ამ სისტემებში ითვლება ნებისმიერი ქმედება, რომელიც სამართლებრივი სიკეთის თავდასხმასთანაა დაკავშირებული როგორც დროში, ასევე სივრცეში: თხრილზე გადასვლა და საქათმესთან მიახლოება ქათმების მოსაპარად,[58] მოდარაჯე ძაღლის გვერდზე გატყუება ბინაში ან სხვა საცავში შეღწევით (შემტვრევით) ქურდობის ჩასადენად[59], ინკასატორისათვის დალოდება მის დასაყაჩაღებლად, მიუხედავად იმისა, რომ იგი საერთოდ არ მივიდა დაგეგმილ ადგილზე.[60] ქართულ სისხლის სამართალში ამგვარი ქმედება დანაშაულის მომზადებად ითვლება.

8. დასკვნა

როგორც ვხედავთ, ობიექტური თეორიის ზეგავლენით **რესტიქციულად** განიმარტება როგორც მომზადება, ასევე მცდელობა. დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობის ობიექტური თეორიის ზეგავლენას მხოლოდ იმ მოსამზადებელი ქმედების დასჯადობამდე მივყავართ, რომელიც ახლოსაა ობიექტურად გაგებულ მცდელობასთან (ქმედების შემადგენლობის განხორციელება და დრო-

---

[56] NK-*Zaczyk*, 2. Aufl., §22/Rn. 25; *Wessels/Beulke*, 36. Aufl., Rn. 603.

[57] დისტანციური დელიქტების ნაწილი, მაგ., თვითმფრინავში ბომბის დამონტაჟება როგორც ქართულ, ასევე გერმანულ სისხლის სამართალში მცდელობად დაკვალიფიცირდება.

[58] *Tröndle/Fischer*, §242/Rn. 16.

[59] *Kühl*, JuS 1979, S. 718, 874; JuS 1980, S. 120, 273; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 604.

[60] Pfeffertütenfall, BGH NJW 1952, 514. გერმანიის უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკის კრიტიკა დანაშაულის მცდელობის დასაწყისის შესახებ იხ. LK-*Vogler*, 10. Aufl., §22/Rn. 68.

ში განუყრელად მასთან მჭიდროდ დაკავშირებული ქმედებები). გერმანულენოვანი ქვეყნების (გერმანიისა და ავსტრიის) სისხლის სამართალი, რომელიც დანაშაულის მომზადების დასჯადობას არ იცნობს, დანაშაულის მცდელობას ექსტენსიურად განმარტავს. დასჯადი ქმედებების საერთო დიაპაზონი დელიქტების ერთ ნაწილში საბოლოოდ ერთნაირია. მეტად საინტერესო იქნებოდა ამ პრობლემის სტრუქტურული სამართალშედარება იმ საკითხის გამოსაკვლევად, ეს დამთხვევა მხოლოდ ზემოთქმულ დელიქტებშია თუ ამგვარი კორელაცია ყველა დელიქტის მიმართ შეიმჩნევა.

სამართალშედარებაზე დაყრდნობით საბოლოოდ შემდეგ დასკვნამდე მივდივართ: ზედმეტია დანაშაულის პრინციპული დასჯადობის უარყოფა და მხოლოდ მომზადების კონკრეტული შემადგენლობების დასჯადობის შემოღება, თუ კანონმდებელი არსებულ პრობლემას – ქმედებით შექმნილი აბსტრაქტული საფრთხის დასჯადობის საზღვრის დადგენას კერძო ნაწილში გადაიტანს. შესაძლებელია, რომ კანონმდებლის მიერ დანაშაულის მომზადების პრინციპული დასჯადობის უარყოფამ და დანაშაულის მომზადების კონკრეტული შემადგენლობების შექმნამ დანაშაულის მცდელობის დაწყების ექსტენსიურ განმარტებამდე მიგვიყვანოს.

ქეთევან მჭედლიშვილი-ჰედრიხი
სამართლის დოქტორი

დანაშაულის მომზადების დასჯადობა ქართულ სისხლის სამართალში დანაშაულის მცდელობის შესახებ გერმანული მოძღვრების გათვალისწინებით

რეზიუმე

ქართულ სისხლის სამართალში დაუმთავრებელი დანაშაული ობიექტურადაა განმარტებული (სსკ მე-18 და მე-19 მუხლები). ამასთანავე, სსკ მე-20 მუხლი მოიცავს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებას აბსოლუტურად უვარგისი მცდელობისათვის. ამ მუხლის სუბიექტურმა განმარტებამ, რომელსაც ქართულ სისხლის სამართლის თეორიაში გვთავაზობენ, შესაძლებელია დანაშაულის მომზადების სუბიექტურ დეფინიციაზე გადასვლა და პრაქტიკაში სისხლის სამართლის დევნის მეტად ადრე დაწყება გამოიწვიოს, რამაც, თავის მხრივ, შეიძლება ფატალური შედეგები მოიტანოს მშენებარე სამართლებრივი სახელმწიფოსათვის. სსკ მე-20 მუხლი ამიტომაც მხოლოდ ახალი ობიექტური თეორიის საშუალებით უნდა განიმარტოს.

ობიექტურად გაგებული დანაშაულის მომზადების რესტრიქციულ განმარტებას ქართულ სისხლის სამართლის თეორიასა და პრაქტიკაში მივყავართ იმ შედეგამდე, რომ მხოლოდ მომზადების ის ქმედება დაისჯება, რომელიც მჭიდროდ უკავშირდება ობიექტურად გაგებულ მცდელობას (მცდელობა, როგორც ქმედების შემადგენლობის განხორციელების დაწყება და მასთან განუყრელად გადაჯაჭვული ქმედებანი). სისხლის სამართლის ქართული სისტემა, რომელიც დანაშაულის მომზადების გენერალურ დასჯადობას იცნობს, დანაშაულის მცდელობის დაწყებას რესტრიქციულად განმარტავს. გერმანულენოვანი სისხლის სამართლის სისტემები, რომლებიც დანაშაულის მომზადებას კონკრეტული შემადგენლობების შექმნის საშუალებით სჯიან, დანაშაულის მცდელობას ექსტენსიურად განმარტავენ. ამგვარად, ზოგიერთ დანაშაულში უცვლელი რჩება სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებამდელი დასჯადი ქმედებების სპექტრის სიფართოვე გერმანულენოვან და ქართულ სისხლის სამართალში. ამ ორი სამართლის სისტემის სტრუქტურულ სამართალშედარებას შეუძლია გვიჩვენოს, ამ მოვლენას მასობრივი ხასიათი აქვს თუ მხოლოდ სამაგალითო (ეგზემპლარული).

სისხლის სამართლის მოძღვრება კანონმდებელს სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებამდელი ქმედებების სპექტრის დასჯადობის სხვადასხვა მოდელს სთავაზობს. შექმნილი საფრთხე სისხლის სამართლის კოდექსში ან დანაშაულის მომზადების გენერალური და კონკრეტული შემადგენლობების

დასჯადობით უნდა აისახოს (როგორც ეს ქართულ სისხლის სამართალშია), ანდა დანაშაულის მომზადების კონკრეტული შემადგენლობების დასჯადობით (როგორც ეს გერმანულ სისხლის სამართალშია). (სამართლის ეს ორივე სისტემა იცნობს აგრეთვე აბსტრაქტულ და მომზადების სტადიაზე შეკვეცილ დელიქტებსაც). საეჭვოა, არის თუ არა საჭირო ქართულ სისხლის სამართალში დანაშაულის მომზადების გენერალური დასჯადობის შეცვლა დანაშაულის მომზადების კაზუისტური წესით დასჯადობით, თუ კანონმდებელი ქმედების საშუალებით წარმოშობილი აბსტრაქტული საფრთხისაგან დაცვის ფაქტობრივ პრობლემას სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილში გადაიტანს. დანაშაულის მომზადების დასჯადობის შეზღუდვამ კაზუისტურად ჩამოთვლილი კონკრეტული (და არა ზოგადი) შემადგენლობების მიხედვით, როგორც ამას გერმანულ სისხლის სამართლის კოდექსში აქვს ადგილი, შეიძლება ქართველი კანონშემფარდებელი აცდუნოს და მან დანაშაულის მცდელობა ექსტენსიურად განმარტოს.

საყოველთაოდაა ცნობილი, რომ სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებამდელი ქმედებების სპექტრის დასჯადობა უსასრულოდ არ უნდა გაფართოვდეს. როგორც თავად სისხლის სამართალი, ასევე დასჯად ქმედებათა სფეროს გაზრდა ორლესული მახვილია, რომელიც საზოგადოებას დანაშაულობისაგან იცავს, უსაზღვროდ გაფართოების შემთხვევაში კი, ლახავს ადამიანის უფლებებს. ამიტომაც *De lege ferenda* დანაშაულის მომზადების დასჯადობის შესაზღუდად შემდეგი წინადადების წამოყენება შეიძლება – დანაშაულის მომზადების ტრადიციული ზოგადი დეფინიცია ქართულ სისხლის სამართლის კოდექსში **მომზადების აშკარაობის** საშუალებით უნდა დაკონკრეტდეს.

Dr. Ketevan Mtschedlischwili-Hädrich

Abstract: Strafbarkeit der Vorbereitung im georgischen Strafrecht unter Berücksichtigung der deutschen Versuchslehre

Im georgischen Strafrecht ist die unvollendete Straftat objektiv definiert. Eine Abkehr von der tradierten objektiven Versuchsdefinition könnte den Übergang zur subjektiven Vorbereitungsdefinition bewirken und in der Rechtspraxis zum frühen Einstieg in die Strafverfolgung führen, was fatale Folgen für den entstehenden Rechtsstaat bedeuten könnte. Der heutigen subjektiven Entwicklung des Versuchsstrafrechts im Strafgesetz kann nur durch die Beibehaltung der objektiven Versuchstheorie Einhalt geboten werden.

Die restriktive Auslegung der objektiv verstandenen generellen Vorbereitungsdefinition in der georgischen Rechtswissenschaft und der Praxis führt zu dem Ergebnis, dass nur die Vorbereitungshandlungen bestraft werden, die eng mit dem objektiv verstandenen Versuch (hauptsächlich der Anfang der Tatbestandsverwirklichung und eng vorverlagerte Fälle) verknüpft sind. Das georgische Straftatsystem, das die Vorbereitungsstrafbarkeit kennt, verfolgt also die restriktive Linie bei der Definition des Versuchseinsetzens. In Straftatsystemen mit punktueller Strafbarkeit der Vorbereitung ist der Versuchsanfang extensiv ausgelegt. Die Breite der Verlagerung ins Vorfeld der Rechtsgutsverletzung bleibt im georgischen und deutschen Strafrecht in einigen Delikten unverändert. Ein struktureller Rechtsvergleich des Problems in den beiden Rechtssystemen könnte zeigen, ob dies flächendeckend oder nur exemplarisch der Fall ist.

Die Strafrechtslehre bietet dem Gesetzgeber verschiedene Lösungsmodelle der Vorfeldkriminalisierung an. Neben der extensiven Auslegung des Versuchsanfangs werden Gefahren entweder durch die generelle und die punktuelle Vorbereitungsstrafbarkeit (wie im georgischen Strafrecht), oder nur durch die kasuistische Aufzählung der Vorbereitungsdelikte, abstrakten Gefährdungsdelikte und Unternehmensdelikte (wie im deutschen Strafrecht) erfasst. Es ist fragwürdig, ob die Abschaffung der generellen Vorbereitungsstrafbarkeit im georgischen Strafrecht sinnvoll ist, wenn der Gesetzgeber das vorhandene Sachproblem - die Abwehr der durch die Handlung des Täters entstehenden abstrakten Gefahren in den Besonderen Teil verlagert. Die Einschränkung der Vorbereitungsstrafbarkeit nach den Merkmalen der einzelnen kasuistisch aufgezählten konkret (und nicht allgemein) gefassten Tatbestände, wie es im dStGB der Fall ist, könnte den georgischen Rechtsanwender zur extensiven Auslegung des Versuchsanfangs verleiten.

De lege ferenda kann vorgeschlagen werden, dass die tradierte allgeme-

ine Vorbereitungsdefinition bereits im gStGB durch die Offensichtlichkeit der Vorbereitung für die Begehung einer Straftat konkretisiert werden muss. Es ist eine Binsenweisheit, dass die Vorfeldstrafbarkeit nicht beliebig ins Unendliche ausgedehnt werden darf und die Vorverlagerung der Strafbarkeitszone, wie das Strafrecht selbst, ein zweischneidiges Schwert ist: sie schafft Sicherheit vor der Kriminalität, grenzenlos ausgeweitet beschneidet jedoch sie auch Menschenrechte.

ოთარ გამყრელიძე
სამართლის დოქტორი,
პროფესორი

ტერმინოლოგიური ლექსიკონი მნიშვნელოვანი ხარვეზებით

2012 წ. გამომცემლობა „სიესტა“-მ „გერმანულ-ქართული და ქართულ-გერმანული იურიდიული ლექსიკონი“ დაბეჭდა (ავტორები: **გაგა გაბრიჩიძე, ლაშა კალანდაძე, მანანა მანჯგალაძე, როინ მიგრიაული, შალვა პაპუაშვილი, ქეთევან ფხაკაძე, ეთერ ჩაჩანიძე, ნინა ხუჭუა**). უნდა ითქვას, რომ ამ სახის ლექსიკონი საქართველოში პირველად გამოქვეყნდა. ეს ფაქტი მით უფრო მისასალმებელია, რომ ქართულ სამართლებრივ აზროვნებას დიდი ხანია, რაც გერმანული მიმართულება აქვს არჩეული. საბჭოთა ეპოქაშიც კი, როცა გერმანული ფილოსოფიური და სამართლებრივი აზროვნება პოლიტიკური მოსაზრებით დაწუნებული იყო და იდევნებოდა, ქართველი მეცნიერები მაინც ახერხებდნენ და რუსულთან ერთად გერმანულ სამართლებრივ ლიტერატურასაც გულდასმით ამუშავებდნენ. ამიტომ ამ ლექსიკონის გამოცემა სრულიად ბუნებრივი და დროული იყო ქართველი მკითხველისათვის. „საქართველოს სწრაფვამ ევროპული სივრცისაკენ, – წერს ლექსიკონის წინასიტყვაობაში საქართველოს უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარე კონსტანტინე კუბლაშვილი, – გერმანული სამართლებრივი აზროვნების უმაღლესმა დონემ და გერმანული იურიდიული სამეცნიერო ლიტერატურის მიმართ ჩვენში არსებულმა დიდმა ინტერესმა თავისთავად დააყენა დღის წესრიგში ასეთი ლექსიკონის გამოცემის საკითხი“.

მართალია, გერმანულ-ქართული იურიდიული ლექსიკონი პირველად გამოქვეყნდა, მაგრამ ეს არ ნიშნავს იმას, რომ ქართული იურიდიული ტერმინოლოგია აქამდე არ მუშავდებოდა. მხედველობაში მაქვს „იურიდიული ტერმინოლოგია“ (რუსულ-ქართული ნაწილი), რომელიც საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის გამომცემლობაში 1963 წელს დაიბეჭდა.

გარდა ამისა, 1985 წ. მოსკოვში გამოქვეყნდა „გერმანულ-რუსული იურიდიული ლექსიკონი“. ამ სახის ლექსიკონი საბჭოთა კავშირში პირველად გამოიცა. საგულისხმოა ის, რომ ამ ლექსიკონს ვრცელი კრიტიკული წერილი მივუძღვენი.[1] მხედველობაში მისაღებია ისიც, რომ ქართული ენა მსოფლიოს ერთ-ერთი უძველესი და განვითარებული ენაა და მდიდარია თავისი შესაძლებლობებით, სრულყოფილად გამოხატოს ესა თუ ის მოვლენა.

უნდა ითქვას ისიც, რომ „გერმანულ-ქართული იურიდიული ლექსიკონის“ შედგენა ერთგვარ სირთულეებთან არის დაკავშირებული. ჯერ ერთი, გერმანული ენა რამდენიმე ქვეყნის სახელმწიფო ენად ითვლება. ეს ქვეყნებია, საკუთრივ გერმანია, ავსტრია და შვეიცარია. ამიტომ ზოგიერთი სამართლებრივი

[1] იხ. *გამყრელიძე ო.*, გერმანულ-რუსული იურიდიული ლექსიკონის გამოცემის გამო, ჟურნ.: „მაცნე“ სამართლის სერია, 1998, №1.

ცნება ამ ქვეყნებში შეიძლება ერთი და იგივე სიტყვით არ იყოს გამოხატული. განსახილველ ლექსიკონში ეს თავისებურებაც გათვალისწინებულია.

გარდა ამისა, ამ სახის ლექსიკონის დაწერისათვის მარტო გერმანული და ქართული ენების თუნდაც სრულყოფილი ცოდნა არ კმარა. ამ საქმისათვის აუცილებელია ღრმა სამართლებრივი განათლება. თანაც დღეს სამართლის მეცნიერება ისეა განვითარებული, რომ შეიძლება სამართლის ერთი დარგის წარმომადგენელმა სამართლის მეორე დარგის ტერმინოლოგია საფუძვლიანად არ იცოდეს.

ყოველივე ეს ალბათ გათვალისწინებული იყო წინასწარ, ვიდრე დასახელებული ლექსიკონის დამუშავება დაიწყებოდა. მიუხედავად ამისა, ლექსიკონში მაინც შეინიშნება მნიშვნელოვანი ხარვეზები, რაზედაც მკითხველს ჩვენი აზრი გვინდა გავუზიაროთ.

დავიწყოთ იმით, რომ განსახილველ ლექსიკონში გვხვდება გერმანული ტერმინები: „objektives Recht". და „subjektives Recht". ამ ტერმინების ქართულ შესატყვისებად ლექსიკონში დასახელებულია სიტყვები: „ობიექტური უფლება" და „სუბიექტური უფლება". ეს ტერმინები ქართული სამართლებრივი ენისათვის სრულიად უცხო და მიუღებელია. ქართულ ენაში უფლების ობიექტურად და სუბიექტურად დაყოფა არ არსებობს და არც არის ამის საჭიროება. საქმე ის არის, რომ გერმანულმა ენამ სიტყვა „უფლება" არ იცის და ამიტომ გერმანელები იძულებული არიან სიტყვა „Recht"-ი ორი მნიშვნელობით გამოიყენონ — ობიექტური და სუბიექტური მნიშვნელობით. სუბიექტური მნიშვნელობით „Recht" ნიშნავს ცალკეული ადამიანის ქცევის კანონით ნებადართულ შესაძლებლობას, ხოლო ობიექტური მნიშვნელობით ეს სიტყვა ნიშნავს ქვეყანაში მოქმედ სამართალს. ქართულ ენას ეს სიძნელე არ ახლავს, რადგან თითოეულ ამ მოვლენას თავისი სახელი აქვს. ეს არის „სამართალი" და „უფლება". ამიტომ გერმანული ტერმინი „das objektives Recht" ქართულად უნდა ითარგმნოს, როგორც „სამართალი", ხოლო „das subjektives Recht" — როგორც „უფლება".[2]

ლექსიკონში შეტანილია ტერმინი „Rechtssoziologie", „სამართლის სოციოლოგია" მაგრამ გამორჩენილია ისეთი მნიშვნელოვანი და ყოველდღიურად გამოსაყენებელი ტერმინი, როგორიცაა „Rechtsbewusstsein" „მართლშეგნება", აგრეთვე „Rechtsgefühl", „სამართლებრივი გრძნობა". „სამართლის სოციოლოგია" გამოხატავს სამართლის იმ გაგებას, რომელსაც სამართლის წმინდა სოციოლოგიური კანონზომიერება უდევს საფუძვლად. რაც შეეხება ტერმინ „Rechtsgefühl"-ს, ის სამართლის ფსიქოლოგიური მიმართულების ძირითადი სამუშაო ტერმინია. „Rechtsbewusstsein", „მართლშეგნება" კი სამართლის ნორმატიული სკოლის ძირითად ტერმინს წარმოადგენს. ამიტომ ტერმინოლო-

[2] უნდა ითქვას ისიც, რომ „უფლებას" და „სამართალს" ვერც რუსული ენა ვერ გამოხატავს ცალკე ტერმინებით. ამიტომ რუსულშიც, მსგავსად გერმანულისა, გამოიყენება ტერმინები „Объективное право" „სამართალი", ხოლო „Субъективное право" „უფლება" (იხ. იურიდიული ტერმინოლოგია (რუსულ-ქართული ნაწილი), 1963.

გიური ლექსიკონის შემდგენელი ამ საკითხებში კარგად უნდა ერკვეოდეს.[3]

განსახილველ ლექსიკონში ვერ მოიძებნა გერმანული „Unrecht"-ის ზუსტი ქართული შესატყვისი. ეს სიტყვა ქართულად ასეა თარგმნილი – „Unrecht" 1. უსამართლობა; 2. უკანონობა; „einbegehen" – კანონსაწინააღმდეგო ქმედების ჩადენა; „Einsehen der Tat" ქმედების უკანონობის გაცნობიერება".

„უკანონობა" აქ არაფერ შუაშია. რაც შეეხება „უსამართლობა"-ს, ის მთლად ზუსტი არ არის ტერმინოლოგიური თვალსაზრისით, რადგან ქართულ სამართლებრივ ენაში „Unrecht"-ის შესატყვისად დიდი ხანია დამკვიდრებულია სიტყვა „უმართლობა".[4]

განსახილველ ლექსიკონში კიდევ უფრო უხეში შეცდომები და აშკარად გამოკვეთილი წინააღმდეგობები გვხვდება. სანიმუშოდ შეგვიძლია დავიმოწმოთ გერმანული ტერმინი „mittelbarer Täter", რომელიც ქართულად ასეა თარგმნილი – „არაპირდაპირი დამნაშავე პირი; პირი, რომელიც დანაშაულს სხვა, უდანაშაულო პირის მეშვეობით სჩადის". ამ სიტყვების ავტორი, როგორც ჩანს, ცუდად იცნობს ქართულ სამართლებრივ ტერმინოლოგიას. წინააღმდეგ შემთხვევაში მას არ შეიძლება არ გახსენებოდა დასახელებული გერმანული ტერმინის ქართული შესატყვისი „შუალობითი ამსრულებელი".

ეს სხარტი და მოხერხებული ქართული სამართლებრივი ტერმინი ზუსტად ასახავს იმ აზრს, რომელიც გერმანულ „mittelbarer Täter"-შია გამოხატული. თანაც ეს ტერმინი ქართულ სამართლებრივ ენაში ისეა დამკვიდრებული, რომ მას მოცილე არა ჰყავს. ამას მოწმობს თუნდაც ის ფაქტი, რომ ჯერ კიდევ 1974 წ. გამოქვეყნდა ჩემი წიგნი ასეთი სათაურით: „დანაშაულის შუალობითი ამსრულებლობა და თანაამსრულებლობა". ასევეა გამოყენებული ეს ტერმინი სხვა ქართველ მეცნიერთა ნაშრომებშიც.

მაგრამ, რაც ზემოთ დასახელებული გერმანული ტერმინის ქართულ შესატყვისთან დაკავშირებით ითქვა, სრულიად არაფერია იმ წინააღმდეგობასთან შედარებით, რომელიც ლექსიკონში შეინიშნება. მხედველობაში გვაქვს გერმანული ტერმინი „Mittäterschaft". ამ ტერმინის ქართულ შესატყვისად სწორად არის დასახელებული „დანაშაულის ამსრულებლობა". თუმცა საკმარისი იყო გვეთქვა მხოლოდ „ამსრულებლობა". მაგრამ შემდეგ ვკითხულობთ: „mittelbare" – „თანაამსრულებლობა". დასახელებული გერმანული ტერმინის ქართულ შესატყვისად „თანაამსრულებლობის" გამოყენება უხეში შეცდომაა. „თანაამსრუ-

---

[3] ამ საკითხზე დაწვრილებით იხ. *გამყრელიძე ო.*, გერმანულ-რუსული იურიდიული ლექსიკონის გამოცემის გამო, „მაცნე" სამართლის სერია, 1998, №1, გვ. 28-29.

[4] „Неправда уголовная" „სისხლის უმართლობა" – ვკითხულობთ ზემოთ დასახელებულ „იურიდიულ ტერმინოლოგიაში". „უმართლობა" არ არის ხელოვნურად შეთხზული ტერმინი. მას თავისებური ლიტერატურული საფუძველიც გააჩნია. მახსოვს, როცა დისერტაციას ვიცავდი, ოპონენტმა ეს ტერმინი დამიწუნა. მე მას გალაკტიონის სიტყვებით ვუპასუხე. პოეტი თავის ერთ-ერთ ლექსში ახალგაზრდობას ამ სიტყვებით მოძღვრავს: „სადაც იგრძნობს უმართლობას – შურისგებით იალებდეს" (იხ. *ტაბიძე გ.*, მე-6 ტ. „ახალგაზრდობას").

ლებლობა" გერმანული „Mittäterschaft"-ის ქართული შესატყვისია.

საგულისხმოა ისიც, რომ ლექსიკონში „mittelbare Täterschaft" სხვა ადგილასაც არის თარგმნილი „თანაამსრულებლობად" (იხ. ტერმინი Täter). მაგრამ ამის საწინააღმდეგოდ ასევე „თანაბრალეულობად", ე. ი. „თანაამსრულებლობად" არის თარგმნილი ქართულად გერმანული „Mittäterschaft". ასე რომ, ლექსიკონში დასახელებულ გერმანულ ტერმინებს ვერ აქვთ მოძებნილი ზუსტი ქართული შესატყვისები, თუმცა ამის კარგი შესაძლებლობა იყო.

უნდა ითქვას ისიც, რომ ლექსიკონის ქართულ-გერმანულ ნაწილში ტერმინი „დანაშაულის ამსრულებლობა" შეტანილია, მაგრამ „დანაშაულის უშუალო ამსრულებლობა" „თანაამსრულებლობა" და „შუალობითი ამსრულებლობა" ცალკე ტერმინებად არ არის შეტანილი. იურიდიული ლექსიკონის შემდგენლებს ქართულ სამართლებრივ ენაში ასეთი დამკვიდრებული ტერმინები, ცხადია, არ უნდა გამორჩენოდათ. მით უმეტეს, რომ ლექსიკონის გერმანულ ნაწილში ეს ტერმინები მოცემულია. ერთადერთი გამონაკლისი აქედან არის „თანამზრახველი", რომელიც ლექსიკონის ქართულ-გერმანულ ნაწილში დანაშაულის თანამონაწილედ არის დასახელებული. მაგრამ ეს საქმეს ვერ შველის, რადგან ეს სიტყვა ქართულ სამართლებრივ ენაში იშვიათად გამოიყენება. ასევე გამორჩენილია ლექსიკონში ისეთი აუცილებელი ქართული ტერმინები, როგორიცაა „დანაშაულის ორგანიზატორი" „ორგანიზებული დანაშაული",,,ვიქტიმოლოგია" და სხვ.

დასახელებულ ლექსიკონში გერმანული ტერმინი „Tatstrafrecht" ასეა თარგმნილი: „სისხლის სამართლის თეორია, რომელიც დამყარებულია სასჯელის შეფარდებისას მხოლოდ დანაშაულის სიმძიმის განსაზღვრაზე და არ ითვალისწინებს დამნაშავის პიროვნებას, დანაშაულის ჩადენის გარემოებებს".

ეს ტექსტი საქმეში ჩახედული მკითხველისთვისაც კი სრულიად გაუგებარია. ჯერ ერთი, რომელ „თეორიაზეა" აქ ლაპარაკი, როცა საქმე გვაქვს ტერმინოლოგიურ ლექსიკონთან. ამიტომ ავტორს უნდა მოეძებნა გერმანული ტერმინის შესაფერისი ქართული ტერმინი და არა ტერმინის განმარტება. სამწუხაროდ, განსახილველ ლექსიკონში ხშირია ასეთი ვრცელი განმარტებები, რადგან, ეტყობა, ავტორები გერმანული ტერმინების შესაფერის ქართულ შესატყვისებს ნაკლებად იცნობენ.

მეორეც, ის, რომ არ არის სწორი, თითქოს „Tatstrafrecht" არ ითვალისწინებს „დამნაშავის პიროვნებას" და „დანაშაულის ჩადენის გარემოებებს".

სინამდვილეში „Tatstrafrecht"-ის ქართული შესატყვისია ასევე სამსიტყვიანი ტერმინი — „ქმედების სისხლის სამართალი". აქ ზუსტად არის გამოხატული დასახელებულ გერმანულ ტერმინში ჩაქსოვილი აზრი. თანაც იგი სხარტია და ადვილად გამოსათქმელი.

„ქმედების სისხლის სამართალი" გვეუბნება იმას, რომ სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის საფუძველია ადამიანის მიერ გარეგნულად გამოვლე-

ნილი, ჩადენილი ქმედება და არა რაიმე აზრის გამოხატვა, პიროვნების საშიში მდგომარეობა და სხვ.

„ქმედების სისხლის სამართალი“ სამართლის აზრის შუასაუკუნეობრივი გაგების საწინააღმდეგოდ, XIX საუკუნის დასაწყისიდან პირველად დასავლეთ ევროპის ქვეყნებში იწყებს დამკვიდრებას. ასე შეიქმნა მეცნიერული მიმართულება, რომელსაც „კლასიკური სკოლა“ ეწოდა.

მაგრამ XIX საუკუნის სამოცდაათიანი წლების დასაწყისიდან იტალიაში ახალი მიმართულება, „ანთროპოლოგიური სკოლის“ („ანთროპოს“ ბერძნულად ადამიანს ნიშნავს) სახელწოდებით აღმოცენდა. სისხლის სამართლის ამ სკოლის ძირითადი აზრი ის იყო, რომ ადამიანი დამნაშავედ იბადება, დანაშაულებრივი გენი ერთი ადამიანიდან მეორეზე გადადის. ამიტომ ადამიანი უნდა ისჯებოდეს არა ჩადენილი ქმედებისათვის, არამედ პიროვნების საშიშროების გამო, იმის გამო, რომ ხვალ მან შეიძლება დანაშაული ჩაიდინოს.

ამ სკოლის წარმომადგენლები მიიჩნევდნენ, რომ უმჯობესია წინასწარ დავსაჯოთ ადამიანი, ვიდრე იგი დანაშაულს ჩაიდენს და რაიმე სიკეთეს დააზიანებს.

XIX საუკუნის ოთხმოციანი წლებიდან გერმანიაში სისხლის სამართლის ახალი გაგება იკიდებს ფეხს, რომელიც „სოციოლოგიური სკოლის“ სახელით არის ცნობილი. ამ მიმართულების მიხედვითაც ადამიანი უნდა დაისაჯოს არა ჩადენილი ქმედებისათვის, არამედ პიროვნების საშიშროების გამო. ამ მხრივ ეს სკოლა ანთროპოლოგიური სკოლისაგან არ განსხვავდება. მათ შორის სხვაობა არის ის, რომ სოციოლოგიური სკოლის მიხედვით პიროვნება დამნაშავედ კი არ იბადება, არამედ დაბადების შემდეგ იცვლება ცუდი საზოგადოებრივი პირობების გამო (შიმშილობის გამო იძულებულია მოიპაროს და სხვ.). ამიტომ დაერქვა ამ სკოლას სოციოლოგიური სკოლა.

მიუხედავად ამ განსხვავებისა, სისხლის სამართლის ზემოთ აღწერილ ორივე სკოლას ერთი საერთო ნიშანი ახასიათებს: ეს ნიშანია პიროვნების საშიში მდგომარეობა. ადამიანი ჩადენილი ქმედების გამო კი არ ისჯება, არამედ იმის გამო, რომ იგი საშიში პიროვნებაა, მისგან მოსალოდნელია დანაშაულის ჩადენა. სხვათა შორის, გერმანიაში აღმოცენებული სოციოლოგიური სკოლის იდეა შემდეგ საბჭოთა რუსეთშიც გავრცელდა, სადაც ის 1958 წ. 25 დეკემბრის კანონის მიღებამდე ბატონობდა.

XX საუკუნეში თანდათან აღდგა სისხლის სამართლის კლასიკური სკოლის პრინციპი, რომლის მიხედვითაც, როგორც ზემოთ ვთქვით, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძველია ქმედება და არა პიროვნების საშიში მდგომარეობა. ასე მივიღეთ გერმანული ტერმინები „Tatstrafrecht“ – „ქმედების სისხლის სამართალი“ და „Täterstrafrecht“ რომლის ქართულ შესატყვისად შეიძლება დავამკვიდროთ „პიროვნების სისხლის სამართალი“. სამწუხაროდ, ეს უკანასკნელი ტერმინი განსახილველი ლექსიკონის არც გერმანულ და არც

ქართულ ნაწილში მოხსენიებული არ არის.[5]

გერმანული „Amtsträger" განსახილველ ლექსიკონში ასეა თარგმნილი: „უმაღლესი თანამდებობის პირი", ხელისუფლების წარმომადგენელი" მაშინ, როცა ქართულ სამართლებრივ ენაში არსებობს ტერმინი, რომელიც დასახელებული ტერმინის შინაარსს ზუსტად გამოხატავს. ეს არის „სახელმწიფო მოხელე". ეს ტერმინი თუმცა გამოყენებულია „Beamter"-ის ქართულ შესატყვისად, მაგრამ აქაც არ უნდა დავიწყნოდათ ის.

მაგრამ ეს კიდევ არაფერია იმასთან შედარებით, რაც ცოტა ქვემოთ გვხვდება. გერმანული ტერმინი „arglistige Täuschung" აქ თარგმნილია, როგორც „1. წინასწარ განზრახული ტყუილი"; 2. შეცდომაში განზრახ შეყვანა". ეს გამოთქმები ქართული ენისათვის სრულიად მიუღებელია. ამ გამოთქმების მიხედვით ისე გამოდის, თითქოს სიტყვა „ტყუილი" წინასწარ განუზრახველიც შეიძლება იყოს. განა სიტყვა „ტყუილი" თავისთავად არ გულისხმობს ვინმესთვის განზრახ არასწორი ცნობის მიწოდებას?!

ან რა გამოთქმაა „შეცდომაში განზრახ შეყვანა"?! ტყუილისა არ იყოს, შეცდენა თავისთავად გულისხმობს განზრახვას. განა ეს აზრი არ შეგვეძლო ერთსიტყვიანი ტერმინით გამოგვეხატა და გვეთქვა „შეცდენა"? ეტყობა, ამ გერმანული ტერმინის მთარგმნელი ქართულ ენასთან ცოტა მწყრალად არის.

ასევე ვერ არის მიგნებული გერმანული „echtes Unterlassungsdelikt"-ის ზუსტი ქართული შესატყვისი. ლექსიკონში ამ ტერმინის ქართულ შესატყვისად ეკითხულობთ: „დანაშაული, რომელიც შეიძლება ჩადენილ იქნეს მხოლოდ უმოქმედობის გზით". რად გვინდოდა ამდენი სიტყვის გამოყენება, როცა ქართულ იურიდიულ ენაში არსებობს ამ გერმანული ტერმინის ზუსტი შესატყვისი: „წმინდა უმოქმედობის დელიქტი". როგორიცაა, მაგალითად, ალიმენტის გადახდისათვის ჯიუტად თავის არიდება (საქართველოს სს კოდექსის 176-ე მუხლი), დაუხმარებლობა (ამავე კოდექსის 129-ე მუხლი). ამ დანაშაულების ჩადენა შეიძლება მხოლოდ უმოქმედობით. ამიტომ ეწოდება მათ „წმინდა უმოქმედობის დანაშაულები".

ამის საპირისპიროდ ცნობილია ქართული სამართლებრივი ტერმინი – „შერეული უმოქმედობის დანაშაული". აქ მოიაზრება ისეთი დანაშაულები, რომელთა ჩადენა შეიძლება როგორც მოქმედებით, ისე უმოქმედობით.

ერთსიტყვიანი გერმანული ტერმინი „Unterlassen" ქართულად სამი სიტყ-

---

[5] ამ გერმანულ ტერმინებს არც გერმანულ-რუსულ იურიდიულ ლექსიკონში არა აქვთ მოძებნილი თავისი ზუსტი შესატყვისები. „Täterstrafrecht" იქ თარგმნილია, როგორც „Уголовное право, основанное на идее, что главную опасность представляет преступник, а не совершённое им деяние". „Tatstrafrecht" კი ასეა თარგმნილი: „Уголовное право, основанное на идее,что главную опасность представляет деяние,а не совершивший его человек". ეს ტექსტები ტერმინოლოგიის შესატყვისები კი არა, ტერმინოლოგიის განმარტებაა. ამ გერმანული ტერმინების ზუსტი რუსული შესატყვისებია „Уголовное право деятеля" და „Уголовное право деяния".

ვით არის გადმოცემული „მოქმედებისაგან თავის შეკავება". „Unterlassung"-იც ასევე თარგმნილია, როგორც „მოქმედებისაგან თავის შეკავება". მხოლოდ ამის შემდეგ „სხვათა შორის არის დასახელებული სიტყვა „უმოქმედობა". „Unterlassung"-ის ქართულ შესატყვისად „სამსიტყვიანის ნაცვლად, სწორედ ეს ერთსიტყვიანი „უმოქმედობა" უნდა იყოს გამოყენებული. ეს სიტყვა ზუსტად გამოხატავს დასახელებული გერმანული ტერმინის აზრს და გამოსაყენებლადაც ადვილია.

„Verwaltungsunrecht" ქართულად ასეა თარგმნილი: „ადმინისტრაციული კანონმდებლობის დარღვევა" მაშინ, როცა ის შეგვეძლო ორი სიტყვით გამოგვეხატა: „ადმინისტრაციული უმართლობა".

„entschuldigender Notstand" ნაცვლად „უკიდურესი აუცილებლობა, რომელიც გამორიცხავს ბრალს", უმჯობესი იყო გვეთარგმნა, როგორც „ბრალის გამომრიცხველი უკიდურესი აუცილებლობა".

გერმანული „Angriffsnotstand"-ის ქართულ შესატყვისად ლექსიკონში დასახელებულია „თავდასხმით გამოწვეული უკიდურესი აუცილებლობა". ეს სიტყვები ზუსტად მეორდება ასევე ლექსიკონის ქართულ-გერმანულ ნაწილშიც.

ამ ტერმინის ქართულ შესატყვისში სიტყვა „გამოწვეული" სრულიად ზედმეტია, რადგან ის ქართული ტექსტის შინაარსს არსებითად ცვლის. ისე გამოდის, თითქოს უკიდურესი აუცილებლობის მდგომარეობა ვინმეს თავდასხმით იყოს გამოწვეული. სინამდვილეში აქ იგულისხმება ისეთი შემთხვევა, როცა უკიდურესი აუცილებლობის მდგომარეობაში მყოფი სხვას ესხმის თავს საკუთარი სიკეთის გადასარჩენად. უკიდურესი აუცილებლობა ვინმეს თავდასხმით კი არ არის „გამოწვეული" არამედ „თავდასხმა" უკიდურესი აუცილებლობის მდგომარეობის გამო ხდება. ამ მხრივ სწორად არის თარგმნილი „defensiver Notstand" როგორც „თავდაცვითი უკიდურესი აუცილებლობა".

ამის კლასიკური ნიმუშია ცნობილი „ნენცების საქმე". რამდენიმე ნენცი ტუნდრაში დაკარგულ ირმებს ეძებდა. ამ დროს გარშემო ნისლი ჩამოწვა, რომელიც ერთ კვირაზე მეტხანს არ აიღო. ნენცებს, რომლებმაც ამის გამო დასახლებულ ადგილს ვეღარ მიაგნეს, შიმშილით სიკვდილი დაემუქრათ. ამ დროს ისინი შემთხვევით გეოლოგების დაკეტილ საწყობს წააწყდნენ. გატეხეს საწყობი და იქიდან კონსერვები და პური გამოიტანეს. ამით ნენცებმა სიცოცხლე შეინარჩუნეს, სასამართლომ ნენცები გაათავისუფლა პასუხისმგებლობისაგან უკიდურესი აუცილებლობის გამო.[6]

ნენცები აღმოჩნდნენ უკიდურესი აუცილებლობის მდგომარეობაში. თავის გადასარჩენად ისინი თავს დაესხნენ გეოლოგების საწყობს და ამით სიცოცხლე გადაირჩინეს. ეს არის თავდასხმითი უკიდურესი აუცილებლობა და არა „თავდასხმით გამოწვეული" უკიდურესი აუცილებლობა, როგორც ამას განსახილველ ლექსიკონში ვკითხულობთ. ასე რომ, უკიდურესი აუცილებლობა აქ თავ-

[6] იხ. Курс Советского уголовного права, М., т. II, стр.- 388-389

დასხმით კი არ არის გამოწვეული, არამედ თვითონ თავდასხმაა გამოწვეული უკიდურესი აუცილებლობით.

„Besonderer Teil" ქართულად თარგმნილია, როგორც „განსაკუთრებული ნაწილი". ეს ტერმინი გვხვდება კოდექსებში. მაგალითად, სისხლის სამართლის კოდექსი ორი ნაწილისაგან შედგება. ეს არის „ზოგადი ნაწილი" სადაც ზოგადი დებულებებია (დანაშაულის ცნება, სასჯელთა სისტემა და ა.შ.) მოცემული და მეორე ნაწილი, სადაც ცალკეული დანაშაულების შემადგენლობებია აღწერილი. ამ მეორე ნაწილს საბჭოურ პერიოდში რუსული "Особенная часть"-ის ზეგავლენით ქართულად ეწოდებოდა „განსაკუთრებული ნაწილი" (საქართველოს სსრ 1960 წლის სისხლის სამართლის კოდექსი). ეს ტერმინი არ გამოდგება კოდექსის მეორე ნაწილისათვის, რადგან სიტყვა „განსაკუთრებული" გულისხმობს რაღაც უჩვეულოს, გამორჩეულს, ჩვეულებრივისაგან განსხვავებულს, რაც კოდექსის მეორე ნაწილის დასახელებისთვის სრულიად შეუფერებელია. ამიტომ საქართველოს 1999 წ. 22 ივლისის სისხლის სამართლის კოდექსის პროექტზე მუშაობის დროს კომისიამ გაითვალისწინა ეს მდგომარეობა და „განსაკუთრებული ნაწილი" შეცვალა ტერმინით „კერძო ნაწილი". ეს ტერმინი კარგად ჩაჯდა ტერმინოლოგიურ სისტემაში. „ზოგადი ნაწილი" და „კერძო ნაწილი". ლექსიკონის ქართულ-გერმანულ ნაწილში ასევე გვხვდება ტერმინი „განსაკუთრებული ნაწილი". სამაგიეროდ სწორად არის გამოყენებული „განსხვავებული აზრი" „Sondervotum" (მოსამართლის განსხვავებული აზრი).

„Tatsachenirrtum" თარგმნილია, როგორც „თაღლითობის შემადგენელი ელემენტი, როდესაც ხდება თაღლითობის მსხვერპლის განზრახ შეცდომაში შეყვანა". სინამდვილეში ეს გერმანული ტერმინი ქართულად „ფაქტობრივ შეცდომას" გულისხმობს. ქ. ლაიფციგში (1979) გამოცემულ გერმანულ-რუსული იურიდიულ ლექსიკონში ეს ტერმინი რუსულად ასეა თარგმნილი "Фактическая ошибка". ასე რომ, თაღლითობა აქ არაფერ შუაშია.

„exklusiv" ლექსიკონში ქართულად პირდაპირ არის გადმოტანილი, როგორც „ექსკლუზიური" მაშინ, როცა „ausschließlich"-ის ქართულ შესატყვისად გამოყენებულია სიტყვები – „განსაკუთრებული", „ექსკლუზიური". თუ აქ „განსაკუთრებული" „ექსკლუზიურს" უთანაბრდება, მაშინ რა გვიშლიდა ხელს, რომ „exklusiv"-ის ქართულ შესატყვისად „განსაკუთრებული" გამოგვეყენებინა?

ანალოგიურად არის თარგმნილი „Kommentar" ქართულად, როგორც „კომენტარი". ხოლო „kommentieren" „კომენტირება", „კომენტარის გაკეთება". კი მაგრამ, სად გაქრა სიტყვა „განმარტება"? რატომ არ ვიყენებთ ამ ქართულ სიტყვას?

„kompilation" შეცდომით „კოდიფიკაციად" არის თარგმნილი.

„konsens" სწორად არის თარგმნილი „თანხმობად", მაგრამ „konsensual"-ის შესატყვისად მაინც რატომღაც ისევ „კონსენსუალურია" გამოყენებული.

„Leichenfledderei" ქართულად, ჯერ ერთი, დამახინჯებულად არის თარგმ-

ნილი, როგორც „მოროდიორობა“ (მიცვალებულთა ძარცვა). სინამდვილეში ეს ტერმინი ქართულად იწერება – „მაროდიორობად“. აქ არც ამ ტერმინის შინაარსია სწორად გადმოცემული. მაროდიორობა საქართველოს 1960 წ. სისხლის სამართლის კოდექსში ასეა განმარტებული: „მოკლულთა და დაჭრილთა ნივთების გატაცება ბრძოლის ველზე (მაროდიორობა)“.

გარდა ამისა, ლექსიკონში ამ ტერმინის დასაზუსტებლად მითითებულია გერმანული „Fledderei“. მაგრამ ჩვენ ეს გერმანული ტერმინი ლექსიკონში ვერ აღმოვაჩინეთ. ეტყობა, ავტორებს ის გამორჩათ.

„Menschenhandel“ ქართულად თარგმნილია, როგორც „ტრეფიკინგი“ მაშინ, როცა ის „ადამიანით ვაჭრობას“ აღნიშნავს. ასეა ეს ტერმინი გამოყენებული საქართველოს ამჟამად მოქმედ სისხლის სამართლის კოდექსშიც (143[1]-ე მუხლი).

ასევე არასწორად არის თარგმნილი „Motiv“, როგორც „წამქეზებელი მიზეზი“. ეს გერმანული სიტყვა ქართულად უნდა ითარგმნოს, როგორც „მოტივი“. მით უმეტეს, რომ შემდგომი ტერმინი „Motivirrtum“ თარგმნილია, როგორც „შეცდომა მოტივებში“. მომდევნო ტერმინიც „multilateral“-იც ასევე თარგმნილია, როგორც „შეცდომა მოტივებში“. გაუგებარია ასეთი აღრევა ტერმინებისა.

ტერმინი „orthodox“ მარტო „მართლმადიდებლურს“ კი არ გამოხატავს, როგორც ეს განსახილველ ლექსიკონშია მოცემული, არამედ ამ ტერმინში რაიმე შეხედულების „თანმიმდევრულობაც“ იგულისხმება. მაგალითად, თანმიმდევრული ბოლშევიზმი და ა.შ. არასწორად არის თარგმნილი, ჩვენი აზრით, ტერმინი „positives Recht“, როგორც „დადებითი უფლება“, „პოზიტიური უფლება“. ამ ტერმინის სწორი ქართული შესატყვისი უნდა იყოს „მოქმედი სამართალი“, „პოზიტიური სამართალი“.

„potentielles Unrechtsbewusstein“-ის ქართულ შესატყვისად ლექსიკონში ვკითხულობთ – „პოტენციური მართლსაწინააღმდეგო მოქმედების ცნობიერება“. უფრო სწორი იყო ეს ტერმინი ქართულად ასე გვეთარგმნა: „უმართლობის შეცნობის უნარი“. სიტყვა „ცნობიერება“ აქ სრულიად უადგილოდ არის გამოყენებული.

„rechtswidrig“ ქართულად სწორად არის თარგმნილი, როგორც „მართლსაწინააღმდეგო“. მაგრამ „Rechtswidrigkeit“ ქართულად „მართლსაწინააღმდეგოობა“ კი არა, „მართლწინააღმდეგობა“.

ლექსიკონში „Referendum“-ის შესატყვისად შეცდომით „სტაჟირება“ არის გამოყენებული.

ლექსიკონის ქართულ-გერმანულ ნაწილში ქართული „თანამონაწილე“ გერმანულად ხუთი მნიშვნელობით არის ნათარგმნი. პირველად დასახელებულია „Gehilfe“ ხოლო მეხუთე ნომრად მითითებულია „Teilnehmer“. „Gehilfe“ კი არის თანამონაწილე, მაგრამ მას თავისი სახელი აქვს. ქართულად ის „დამხმა-

რეა“. სიტყვა „თანამონაწილე“ ზოგადი ტერმინია და ის თანამონაწილეთა ყველა სახეს მოიცავს. ამიტომ გერმანულად ამ აზრით გამოიყენება „Teilnehmer“.

ქართული „თანამონაწილეობა“ გერმანულად არაზუსტად არის თარგმნილი, „Mitwirkung“, „Mittärschaft“. ეს უკანასკნელი სიტყვა ქართულად „თანაამსრულებლობას“ ნიშნავს, რომელიც ფართო გაგებით თანამონაწილეობის ერთერთი სახეა. „თანამონაწილეობა“ გერმანულად „Teilnahme“-დ უნდა ითარგმნოს.

ამით მინდა დავასრულო ჩემი შენიშვნები დასახელებული ლექსიკონის მიმართ. იმედია, ავტორები ლექსიკონის მეორე გამოცემის დროს ამ შენიშვნებს მხედველობაში მიიღებენ, რაც მის დახვეწას მნიშვნელოვნად შეუწყობს ხელს.

ტერმინოლოგიური ლექსიკონი მნიშვნელოვანი ხარვეზებით

რეზიუმე

2012 წ. გამომცემლობა „სიესტა“-მ „გერმანულ-ქართული და ქართულ-გერმანული იურიდიული ლექსიკონი“ დაბეჭდა. ამ სახის ლექსიკონი საქართველოში პირველად გამოქვეყნდება. ეს ფაქტი მით უფრო მისასალმებელია, რომ ქართულ სამართლებრივ აზროვნებას დიდი ხანია, რაც გერმანული მიმართულება აქვს არჩეული. საბჭოთა ეპოქაშიც კი, როცა გერმანული ფილოსოფიური და სამართლებრივი აზროვნება პოლიტიკური მოსაზრებით დაწუნებული იყო და იდევნებოდა, ქართველი მეცნიერები მაინც ახერხებდნენ და რუსულთან ერთად გერმანულ სამართლებრივ ლიტერატურასაც გულდასმით ამუშავებდნენ. ამიტომ ამ ლექსიკონის გამოცემა სრულიად ბუნებრივი და დროული იყო ქართველი მკითხველისათვის. უნდა ითქვას, რომ „გერმანულ-ქართული იურიდიული ლექსიკონის“ შედგენა ერთგვარ სირთულეებთან არის დაკავშირებული. ჯერ ერთი, გერმანული ენა რამდენიმე ქვეყნის სახელმწიფო ენად ითვლება. ამიტომ ზოგიერთი სამართლებრივი ცნება ამ ქვეყნებში შეიძლება ერთი და იმავე სიტყვით არ იყოს გამოხატული. განსახილველ ლექსიკონში ეს თავისებურებაც გათვალისწინებულია.

ამ სახის ლექსიკონის დაწერისათვის მარტო გერმანული და ქართული ენების თუნდაც სრულყოფილი ცოდნა არ კმარა. ამ საქმისათვის აუცილებელია ღრმა სამართლებრივი განათლება. თანაც დღეს სამართლის მეცნიერება ისეა განვითარებული, რომ შეიძლება სამართლის ერთი დარგის წარმომადგენელმა სამართლის მეორე დარგის ტერმინოლოგია საფუძვლიანად არ იცოდეს.

ყოველივე ეს ალბათ გათვალისწინებული იყო წინასწარ, ვიდრე დასახელებული ლექსიკონის დამუშავება დაიწყებოდა. მიუხედავად ამისა, ლექსიკონში მაინც შეინიშნება მნიშვნელოვანი ხარვეზები, რაზედაც მკითხველს ჩვენი აზრი გვინდა გავუზიაროთ.

მხედველობაში მისაღებია ის, რომ ქართული ენა მსოფლიოს ერთ-ერთი უძველესი და განვითარებული ენაა და მდიდარია თავისი შესაძლებლობებით, სრულყოფილად გამოხატოს ესა თუ ის მოვლენა, სწორედ ამიტომ, წინამდებარე სტატიაში კრიტიკულად არის განხილული ზოგიერთი გერმანული ტერმინის შესატყვისი ქართული თარგმანი. იმედია, ავტორები ლექსიკონის მეორე გამოცემის დროს ამ შენიშვნებს მხედველობაში მიიღებენ, რაც მის დახვეწას მნიშვნელოვნად შეუწყობს ხელს.

Prof. Dr. Otar Gamkrelidze

Abstract: Begriffliches Wörterbuch mit erherblichen Mängeln

2012 hat der Verlag „Siesta" ein deutsch-georgisches und georgisch-deutsches Rechtswörterbuch veröffentlicht. Ein derartiges Lexikon erscheint zum ersten Mal in Georgien. Diese Tatsache ist umso mehr zu begrüßen, denn das georgische Rechtsbewusstsein hat seit langem die deutsche Richtung genommen. Selbst in der sowjetischen Epoche, als das deutsche philosophische und Rechtsbewusstsein in politischer Hinsicht geleugnet und verfolgt wurde, ist es den georgischen Wissenschaftlern dennoch immer wieder gelungen – neben der russischen – auch die deutsche Rechtsliteratur gründlich zu bearbeiten. Deshalb war die Veröffentlichung dieses Wörterbuchs eine völlig natürliche und dringende Aufgabe für den georgischen Leser. Die Erarbeitung eines deutsch-georgischen Rechtswörterbuchs ist mit einigen Schwierigkeiten verbunden. Die deutsche Sprache ist die Amtssprache einiger Länder. Deshalb trifft man unterschiedliche Rechtsbegriffe in diesen Staaten. Auch diese Besonderheit ist im zu erörternden Wörterbuch berücksichtigt.

Um ein solches Wörterbuch verfassen zu können, reicht es nicht aus, die deutsche und georgische Sprache vollständig zu können. Für diese Sache braucht man eine tiefgreifende Rechtsbildung. Die Rechtswissenschaft ist heutzutage so entwickelt, dass der Vertreter eines Rechtsbereichs der Fachterminologie eines weiteren Rechtsbereichs nicht kundig ist.

Das alles war wahrscheinlich im Voraus berücksichtigt, bevor man die Bearbeitung des Wörterbuchs begonnen hat. Dennoch gibt es im Lexikon erhebliche Mängel, über die man dem Leser unsere Meinung offenbaren möchte.

Zu beachten ist, dass die georgische Sprache eine der ältesten Sprachen der Welt darstellt, die reich an Möglichkeiten ist, das eine oder andere Ereignis vollständig auszudrücken. Gerade deshalb spricht der vorliegende Beitrag kritisch über die einigen deutschen Rechtsbegriffen entsprechenden georgischen Termini. Ich hoffe die Autoren des Wörterbuchs werden diese Bemerkungen bei der 2. Auflage berücksichtigen, was zu einer diesbezüglichen Vervollständigung ein Beitrag wäre.

გურამ ნაჭყებია
სამართლის დოქტორი,
ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტის ემერიტირებული პროფესორი

სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა და ქმედების მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებანი

შესავალი

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის VIII თავში ქმედების მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებებია გათვალისწინებული. ეს გარემოებანი გადმოცემულია ცალ-ცალკე მუხლებად, თითოეული ამ გარემოების სპეციფიკის შესაბამისად: აუცილებელი მოგერიება (28-ე მუხლი), დამნაშავის შეპყრობა (29-ე მუხლი), უკიდურესი აუცილებლობა (30-ე მუხლი), მართლზომიერი რისკი (31-ე მუხლი), მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი ე. წ. ზეკანონიერი გარემებანი (32-ე მუხლი).

იმის მიუხედავად, რომ აქ მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებანი ერთმანეთისგან არსებითად განსხვავებულია, მათ აერთიანებთ ერთი ზოგადი, ანალოგიური, თვისება. კერძოდ, იგულისხმება, რომ სისხლის სამართლის კერძო ნაწილით გათვალისწინებული ქმედების შემადგენლობა უკვე განხორციელებულია, მაგრამ ზემოთ დასახელებულ გარემოებებში ეს ქმედება მის მართლსაწინააღმდეგო ხასიათს გამორიცხავს. ამაზე მეტყველებს ზემოთ ჩამოთვლილ მუხლებში თითოეული ამ გარემოების საწყისი დებულება: „მართლსაწინააღმდეგოდ არ მოქმედებს, ის, ვინც“ და შემდეგ როგორც თითოეული ამ მუხლის ტექსტშია. მაგალითად, 28-ე მუხლში ნათქამია, რომ „მართლსაწინააღმდეგოდ არ მოქმედებს ის, ვინც ამ კოდექსით გათვალისწინებულ ქმედებას ჩაიდენს აუცილებელი მოგერიების მდგომარებაში“ და შემდეგ მოკლედაა დახასიათებული ეს მდგომარეობა.

კოდექსის ამ მუხლების მოკლე კომენტარი: ამრიგად, ირკვევა, რომ, ჯერ ერთი, უკვე განხორციელებულია „ამ კოდექსით გათვალისწინებული ქმედება“, ე.ი., სისხლის სამართლის კერძო ნაწილით გათვალისწინებული ქმედების შემადგენლობა; მეორეც, ქმედების ამ შემადგენლობის განხორციელება, როგორც წესი, მართლსაწინააღმდეგოა; მესამე, ქმედების ეს შემადგენლობა მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებებშია განხორციელებული და, მაშასადამე, სუბიექტი ამიტომ მართლსაწინააღმდეგოდ არ მოქმედებს.

ერთი შეხედვით, აქ ყველაფერი რიგზეა. მაგრამ, სამწუხაროდ, საქმის ვითარება უფრო რთულია, ვიდრე აქაა წარმოდგენილი. მართლაც, კანონმდებელი, როგორც ჩანს, იმ დებულებიდან ამოდის, რომ, **ვინც არ მოქმედებს მართლსაწი-**

ნააღმდეგოდ, ის მოქმედებს მართლზომიერად. გამოდის, რომ ქმედება ან მართლზომიერია ან მართლსაწინააღმდეგო და ამიტომ, ვინც არ მოქმედებს მართლსაწინააღმდეგოდ, მაშასადამე, მოქმედებს მართლზომიერად.

პრობლემის დასმა: ვფიქრობთ, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის VIII თავი „მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებანი" ე.წ. დეონტური, ანუ ნორმათა ლოგიკის მოთხოვნის მიხედვით არაა აგებული და ამიტომ შესწორებას საჭიროებს. მართლაც, ჯერ ერთი, სამართლის სფეროში ქმედება შეიძლება იყოს არა მარტო მართლზომიერი ან მართლსაწინააღმდეგო, არამედ ისეთი მესამეც, როცა იგი არც მართლზომიერია და არც მართლსაწინააღმდეგო. ასეთია სწორედ ქმედების ის შემადგენლობა, რომელსაც სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილი ითვალისწინებს. ქმედების ეს შემადგენლობა მართლზომიერი აქტი უკვე აღარაა, მაგრამ ამავე, დროს, არც მართლსაწინააღმდეგოა. ეს იმას ნიშნავს, რომ ქმედების შემადგენლობა არის აღწერილობითი, ფაქტის მსჯელობა. ამ გარემოებას თავის დროზე მართებულად მიაქცია ყურადღება პროფ. გ. ტყეშელიაძემ. კერძოდ, ღირებულების ფილოსოფიის, ანუ აქსიოლოგიის გამოყენებით მან გააკეთა სავსებით მართებული დასკვნა, რომ, თუ ქმედების შემადგენლობა არის აღწერილობითი, ფაქტის მსჯელობა, მართლწინააღმდეგობა, პირიქით, შეფასებითი, ღირებულებით მსჯელობას წარმოადგენს.[1] მართლწინააღმდეგობის შეფასებით ხასიათს ხაზს უსვამს პროფ. ო. გამყრელიძეც.[2]

დანაშაულის ცნების გერმანული მოდელი

ამრიგად, ქმედების ის შემადგენლობა, რომელიც სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილითაა გათვალისწინებული, არის დანაშაულის ცნების პირველი ელემენტი და, მაშასადამე, შეფასებითი არაა, ე.ი. არც მართლზომიერია და არც მართლსაწინააღმდეგო. ესაა დანაშაულის ცნების გერმანული მოდელი, რომლის თანახმად, დანაშაული სამი ელემენტისგან შედგება: ქმედების შემადგენლობა, ამ ქმედების მართლწინააღმდეგობა და სუბიექტის ბრალი.

დანაშაულის ცნების რუსული მოდელი

რაც შეეხება დანაშაულისა და მისი შემადგენლობის რუსულ მოდელს, აქ საკუთრივ ტერმინი „მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებანი" უცნობია. ამის მიზეზი ისაა, რომ საბჭოთა და თანამდროვე რუსეთის სისხლისსამართლებრივი ტრადიციის თანახმად, ქმედების შემადგენლობის სტრუქტურაში იგულისხმება არა მარტო ქმედების საზოგადოებრივი საშიშროება, არამედ ამ ქმედების მართლწინააღმდეგობაც და სუბიექტის ბრალიც. აქედან გამომდინარე, მართლწინააღმდეგობა, როგორც ქმედების შემადგენლობის ერთ-ერთი ელემენტი, არანაირად არ გამოირიცხება, რადგან, ამ ლოგიკით, ქმედების შემადგენლობის

---

[1] იხ. *Г. Т. Ткешелиадзе,* Судебная практика и уголовный закон, Тб., 1975, стр. 53-54.

[2] იხ. *ო. გამყრელიძე,* სისხლისსამართლებრივი უმართლობა და თანამონაწილეთა დასჯადობის საფუძველი, თბ., 1989.

განხორციელების ყოველი შემთხვევა მართლსაწინააღმდეგოა და, მაშასადამე, მისი გამორიცხვაც შეუძლებელია.

რასაკვირველია, ამით იმას კი არ ვამტკიცებთ, რომ რუსული აზროვნების წესი მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ ზემოთ დასახელებულ გარემოებებს საერთოდ არ იცნობს. რუსული ტრადიცია აქ განსხვავებულია: რაკი მართლწინააღმდეგობა არის ქმედების შემადგენლობის განუყოფელი ელემენტი, მაშასადამე, ქმედების შემადგენლობის განხორციელების ყოველი შემთხვევა, ამავე დროს, მართლსაწინააღმდეგოა და ამიტომ მისი გამორიცხვაც არ ხდება. ნაცვლად „მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებებისა," რუსული ტრადიცია იყენებს ტერმინს: „Обстоятельства, исключающие преступность деяния"[3]. ამ ტერმინში აერთიანებს იმ გარემოებებს, რომელნიც, დანაშაულის ცნების გერმანული მოდელის მიხედვით, ქმედების მართლწინააღმდეგობას გამორიცხავენ. რუსული ტრადიციის მიხედვით კი, ვიმეორებთ, ისინი ქმედების დანაშაულებრიობას გამორიცხავენ.

დანაშაულის ცნების რუსული მოდელის წინააღმდეგ: ვფიქრობთ, ჯერ ერთი, ქმედების შემადგენლობის, როგორც აღწერილობითი, ფაქტის მსჯელობის, სტრუქტურაში დანაშაულის ისეთი ორი ელემენტის შეტანა, როგორიცაა: ქმედების მართლწინააღმდეგობა და სუბიექტის ბრალი, არსებითად სწორი არაა, რადგან ეს უკანასკნელნი შეფასებითი ცნებებია და, მაშასადამე, არაშეფასებითი, აღწერილობითი, მსჯელობის ელემენტები ვერ იქნებიან. თავი რომ დავანებოთ იმას, რომ „მართლწინააღმეგობა" არის ჩადენილი ქმედების უარყოფითი სამართლებრივი შეფასება, „ბრალი" ხომ სუბიექტის გაკიცხვის საფუძველია? მეორეც, ტერმინი „ქმედების დანაშაულებრიობის გამომრიცხველი გარემოებანი" მართლაც გამორიცხავს ჩადენილი ქმედების დანაშაულად შეფასების შესაძლებლობას? როგორც უკვე ითქვა, რუსული ტრადიციის თანახმად, ქმედების შემადგენლობის სტრუქტურაში შედის როგორც ქმედების მართლწინააღმდეგობა, ისე სუბიექტის ბრალი. აქედან გამომდინარე, **ქმედების შემადგენლობის განხორციელების ყოველი შემთხვევა მართლსაწინააღმდეგო და ბრალეულია, და, მაშასადამე, უდრის დანაშაულის ჩადენას, რის გამოც არც „ქმედების დანაშაულებრიობის გამომრიცხველი გარემოებანიც" არსებობენ.**

ამრიგად, თუ დანაშაულის შემადგენლობის სტრუქტურაში ქმედების მართლწინააღმდეგობასა და სუბიექტის ბრალს ვიგულისხმებთ, მაშინ გამოვა, რომ ქმედების შემადგენლობის განხორციელების ყოველი შემთხვევა მართლსაწინააღმდეგო და ბრალეულია, ე.ი. უდრის დანაშაულის ჩადენას და, მაშასადამე, მისი გამორიცხვა აქ ლოგიკურადაც ხდება შეუძლებელი.

აშკარაა, რომ აქ დასახელებული ტერმინოლოგიური ცვლილება საქმეს ვერ შველის. ამიტომ უფრო სწორია დანაშაულის ცნების გერმანული მოდელი, რომლის თანახმად, ქმედების შემადგენლობის სტრუქტურაში არც მართლწი-

[3] მაგალითად, იხ. Уголовное право, Общая часть, М., 2000, стр. 262.

ნააღმდეგობა შედის და არც სუბიექტის ბრალი. რაკი ქმედების შემადგენლობის სტრუქტურაში არ შედის დანაშაულის ისეთი შეფასებითი ელემენტები, როგორიცაა: ქმედების მართლწინააღმდეგობა და სუბიექტის ბრალი, მაშასადამე, ქმედების შემადგენლობა შეფასებითი არაა, ე.ი. აღწერილობითია, ფაქტის მსჯელობაა. აქედან, თავის მხრივ, გამომდინარეობს დასკვნა, რომ **ქმედების შემადგენლობა არც მართლზომიერია და არც მართლსაწინააღმდეგო.**

პირველი არგუმენტაცია: ქმედების შემადგენლობა შეფასებით ნიშნებსაც შეიცავს (მაგალითად, მნიშვნელოვანი თუ არსებითი ზიანი), მაგრამ ქმედების შემადგენლობის ფაქტიდან მის მართლწინააღმდეგობაზე გადასვლის პირდაპირი ლოგიკური გზა არ არსებობს, რის გამოც ეს გადასვლა შეიძლება იყოს მხოლოდ ინდუქციური, სავარაუდო.[4] კერძოდ, თუ განხორციელებულია ქმედების რომელიმე შემადგენლობა და ამავე დროს, არ არსებობს მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი რომელიმე გარემოება, **მაშინ იქარაუდება, რომ ჩადენილი ქმედება მართლსაწინააღმდეგოა.**

კონტრარგუმენტი: აქედან გამომდინარე, ჩვენ ვერ დავეთანხმებით იურიდიულ ლიტერატურაში თითქმის გაბატონებულ დებულებას, რომლის თანახმად, **თუ განხორციელებულია ქმედების რომელიმე შემადგებლობა და არ არსებობს მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი რომელიმე გარემოება, მაშინ თითქოს დედუქციურად მტკიცდება, რომ ქმედება მართლსაწინააღმდეგოა.** მაგალითად, გამოჩენილი გერმანელი კრიმინალისტი კლაუს როქსინი ამტკიცებს, რომ ქმედება სამართლებრივად ან მართლზომიერია, ან – მართლსაწინააღმდეგო. იგი კატეგრიულად არ ეთანხმება იმ მოსაზრებას, რომლის თანახმად, თითქოს არსებობს სამართლებრივად თავისუფალი სივრცე, სადაც ქმედების შემადგენლობა არის რაღაც მესამე, ე.ი. არც მართლზომიერია და არც მართლსაწინააღმდეგო. ხსენებული ავტორი ფიქრობს, რომ, პირიქით, ეს საკითხი უნდა გადაწყდეს გამორიცხული მესამის ლოგიკური კანონის შესაბამისად, ესე იგი, ქმედება ან მართლზომიერია, ან მართლსაწინააღმდეგო და რომ მესამე გამორიცხულია.[5]

შემადგენლობის ნეგატიური ნიშნების თეორია: ამრიგად, სადავოა საკითხი, არსებობს თუ არა სამართლებრივად თავისუფალი სივრცე, სადაც ქმედების შემადგენლობა არც მართლზომიერია და არც მართლსაწინააღმდეგო? ამ საკითხზე მსჯელობისას უნებურად იჩენს თავს შემადგენლობის ე. წ. „ნეგატიური ნიშნების“ თეორია, რომლის თანახმად, მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებებში თვით ქმედების შემადგენლობაა გამორიცხული.[6] გამოდის, რომ აღნიშნული თეორია დანაშაულის ორკვალიანი სისტემით (ე.ი. მართლწინააღმდეგობით და ბრალით) უნდა შემოიფარგლოს, ნაცვლად დანა-

---

[4] უფრო დაწვრილებით იხ. *გ. ნაჭყებია*, დეონტური ლოგიკა და სამართლებრივად თავისუფალი სივრცის პრობლემა სისხლის სამართალში,“ ფილოსოფიური ძიებანი,“ ტ. XIV თბ., 2010.

[5] იხ. *C. Roxin*, Strafrecht,Allgemeiner Teil, Band I, München, 2006, S. 610-612.

[6] შემადგენლობის ნეგატიური ნიშნების თეორიის კრიტიკა იხ. *თ. წერეთელი*, სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. I, თბ., 2007, გვ. 124-126.

შაულის სამკვალიანი სისტემისა, რომელშიც ქმედების შემადგენლობას ცენტრალური ადგილი უჭირავს: ქმედების ამ შემადგენლობის განხრციელების გარეშე არც ქმედების მართლწინააღმდეგობა არსებობს და არც სუბიექტის ბრალი. მაშასადამე, შემადგენლობის ნეგატიური ნიშნების თეორია სწორი არაა, რადგან მარლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებათა საკითხი იმიტომ კი არ დგას, რომ მოცემულ შემთხვევაში ქმედების შემადგენლობა გამორიცხულია. პირიქით, ქმედების მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებათა საკითხი სწორედ იმიტომ დგას, რომ ქმედების ეს შემადგენლობა უკვე განხორციელებულია.

დასმული პრობლემის მეთოდოლოგია: ამრიგად, აშკარაა, რომ მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებათა საკითხი მხოლოდ მაშინ დგება, როცა ქმედების ესა თუ ის შემადგენლობა უკვე განხორციელებულია. ქმედების შემადგენლობა კი, როგორც უკვე ჩანს, აღწერილობითი, ფაქტის მსჯელობაა და ამიტომ შეფასებითი ვერ იქნება — ის მართლზომიერი აქტი უკვე აღარაა, მაგრამ არც მართლსაწინააღმდეგოა. აქედან, თავის მხრივ, გამომდინარეობს დასკვნა, რომ ქმედების შემადგენლობის, როგორც აღწერილობითი მსჯელობის, ფაქტიდან ქმედების მართლწინააღმდეგობაზე დასკვნის პირდაპირი ლოგიკური გადასვლის გზა არ არსებობს და ამიტომ ეს გადასვლა, როგორც უკვე იყო ნათქვამი, ინდუქციურია (სავარაუდოა). ასეთია საზოგადოდ დეონტური, ანუ ნორმათა ლოგიკის მოთხოვნაც, რადგან ფაქტიდან, ანუ არსიდან ჯერარსზე პირდაპირი ლოგიკური გადასვლის გზა დღემდე ვერავინ ვერ აღმოაჩინა.[7]

პირველი დასკვნა და მისი არგუმენტაცია: აქედან გამომდინარე, ზუსტი არაა საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის VIII თავში მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებათა გადმოცემა მისი საწყისი დებულებით: „მართლსაწინააღმდეგოდ არ მოქმედებს ის, ვინც“ (და შემდეგ, როგორც შესაბამის მუხლშია). გამოდის, რომ ვინც არ მოქმედებს მართლსაწინააღმდეგოდ, მაშასადამე, მოქმედებს მართლზომიერად, მაშინ, როცა ქმედება, შესაძლოა, არაა მართლზომიერი, მაგრამ არც მართლსაწინააღმდეგოა. **ამიტომ, ვინც არ მოქმედებს მართლსაწინააღმდეგოდ, გამორიცხული არაა, არც მართლზომიერად მოქმედებდეს.** მაშასადამე, ქმედება სამართლებრივად ორ ჩაკეტილ სივრცეში კი არ ექცევა (მართლზომიერსა და მართლსაწინააღმდეგოში), არამედ სამართლებრივად თავისუფალ სივრცეშიც გადადის, სადაც ეს ქმედება მესამეა, ე.ი. არც მართლზომიერია და არც მართლსაწინააღმდეგო. აქედან გამომდინარე, მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებანი გამორიცხული მესამის ლოგიკური კანონის საფუძველზე კი არ უნდა შეფასდეს, როგორც ამას კლაუს როქსინი ამტკიცებს, არამედ, პირიქით, სამართლებრივად თავისუფალი სივრცის პოზიციიდან.

მეორე დასკვნა და მისი არგუმენტაცია: ამ დებულების საბუთად დანაშაულთა თავიდან აცილების გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა იკმარებდა.

---

[7] იხ. *А. А. Ивин*, Основание логики оценок, МГУ, 1970, стр. 222.

კერძოდ, სისხლის სამართლის სუბიექტი, მათ შორის, იურიდიული პირის ფორმაში მოსაქმეც, სისხლის სამართლის კანონის ძალაში შესვლის მომენტიდან სახელმწიფოს წინაშე ხდება ვალდებული, მოქმედებდეს მარლზომიერად და ქმნიდეს მართლწესრიგს. ამ ურთიერთობის ფარგლებში ქმედება მართლზომიერია, ხოლო, თუ პირმა უკვე განახორციელა ქმედების რომელიმე შემადგენლობა, ეს პირი, ამ ქმედების გამო და ფარგლებში, უკვე გადადის სამართლებრივად ისეთ თავისუფალ სივრცეში, სადაც ეს ქმედება უკვე მართლზომიერი აქტი არაა, მაგრამ არც მართლსაწინააღმდეგოა. ამიტომაა, რომ ეს პირი არაა ვალდებული გამოცხადდეს, მაგრამ არც უფლებამოსილია მიიმალოს.

1. ამრიგად, აშკარაა, რომ ქმედების შემადგენლობის განხორციელებით პირი გადადის სამართლებრივად თავისუფალ სივრცეში, სადაც ქმედება არც მართლზომიერია და არც მართლსაწინააღმდეგო. ამიტომ პირი შეიძლება არ მოქმედებდეს მართლსაწინააღმდეგოდ, მაგრამ არც მართლზომიერად მოქმედებდეს. აქედან გამომდინარე, შეიძლება გავაკეთოთ დასკვნა, რომ **ქმედების შემადგენლობის განხორციელების კვალობაზე, სავარაუდოა, პირი არ მოქმედებდეს მართლსაწინააღმდეგოდ, რაკი შესაძლებელია, რომ ის არც მართლზომიერად მოქმედებდეს.**

აქედან გამომდინარე, დებულება, რომ ქმედების შემადგენლობის ფაქტიდან ამ ქმედების მართლწინააღმდეგობაზე დასკვნა ინდუქციურია და არა დედუქციური, პირდაპირ შეესაბამება ქმედების მართლწინააღმდეგობის დადგენის ორ განსხვავებულ წესს. კერძოდ, თუ განხორციელებულია ქმედების რომელიმე კონკრეტული შემადგენლობა და ამავე დროს, არ არსებობს მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი რომელიმე გარემოება, მაშინ **გამოძიება ვარაუდობს, რომ ჩადენილი ქმედება მართლსაწინააღმდეგოა.** ეს სავარაუდო დასკვნა გამოძიებას ხელს არ უშლის აკეთოს თავისი საქმე, მით უფრო, რომ გამოძიებას ქმედების მართლწინააღმდეგობაზე დასკვნის პირდაპირი ლოგიკური გზა არ გააჩნია.

2. **ქმედების მართლწინააღმდეგობის შესახებ სასამართლოს მიერ გაკეთებული დედუქციური დასკვნა და მისი საფუძველი:** სულ სხვაა, როცა საქმე შეეხება სისხლის სამართლის საქმეზე ჭეშმარიტების დადგენას, რომელიც საბოლოოდ მაინც სასამართლოს საქმეა. ცხადია, ქმედების მართლწინააღმდეგობის შესახებ სავარაუდო დასკვნა სასამართლოს უკვე აღარ აკმაყოფილებს, რადგან ამ შემთხვევაში ვარაუდი გამამტყუნებელ განაჩენს საფუძვლად ვერ დაედება. პირიქით, სასამართლომ ქმედების მართლწინააღმდეგობის შესახებ დედუქციური დასკვნა უნდა გააკეთოს. ამ დასკვნას სასამართლო მხოლოდ მაშინ გააკეთებს, თუ იგი, ქმედების უკვე განხორციელებული შემადგენლობის ფაქტიდან, გააკეთებს **უკუდასკვნას იმ სისხლისსამართლებრივ ურთიერთობაზე, რომელიც წინ უსწრებდა ქმედების ამ შემადგენლობის განხორციელებას**[8]. კერძოდ, თუ განხორციელებულია სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებული ქმედების შემადგენლობა და ამავე დროს, არ არსებობს მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი რომელიმე გარემოება, მაშინ **სასამართლოს შეუძლია გააკეთოს დედუქციური დასკვნა, რომ ქმედების ამ შემადგენლობის განხორციელებით სისხლის სამართლის სუბიექტმა დაარღვია მართლზომიერი ქმედების ვალდებულება და, მაშასადამე, მისი ეს ქმედება ამიტომ მართლსაწინააღმდეგოა.**

ამრიგად, აშკარაა, რომ დანაშაულთა თავიდან აცილების გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის, ანუ სისხლის სამართლის მოწესრიგების საგნის, გარეშე სისხლის სამართლის მეცნიერების ცნებათა სისტემის აგება შეუძლებე-

[8] იხ. გ. *ნაჭყებია*, სისხლის სამართლის მეცნიერების მეთოდოლოგიური ანბანი, თბ., 2006.

ლია. ეს, როგორც ჩანს, ქმედების მართლწინააღმდეგობის დადგენასაც შეეხება. კერძოდ, ქმედების მართლწინააღმდეგობის დადგენის ეს ორი განსხვავებული წესი სახელმწიფო ხელისუფლებათა დანაწილებაზე და, შესაბამისად, სისხლის სამართლის პროცესის სფეროში მტკიცების ორ განსხვავებულ საგანზე მეტყველებს. გამოძიების სტადიაზე ქმედების მართლწინააღმდეგობაზე დასკვნა საეარაუდოა, ხოლო, სასამართლო, ქმედების მართლწინააღმდეგობას ქმედების შემადგენლობის ფაქტიდან დანაშაულთა თავიდან აცილების გამო სისხლისსამართლებრივ ურთიერთობაზე უკუდასკვნით, დედუქციური წესით, დაამტკიცებს.

აქედან გამომდინარე, ვფიქრობთ, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის VIII თავში მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებანი აგებულ უნდა იქნეს იმ პოზიტიურ მტკიცებაზე, რომ მართლზომიერად მოქმედებს ის, ვინც სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებული ქმედების შემადგენლობას ხსენებულ გარემოებებში განახორციელებს.

ემერიტირებული პროფ. დოქტორი, გურამ ნაჭყებია

სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა და ქმედების მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებანი

რეზიუმე

სტატიაში განხილულია მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებანი საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის VIII თავის მიხედვით.

კრიტიკულად არის განხილული ამ თავში წარმოდგენილი ნეგატიური მტკიცება, რომლის თანახმად, ,,მართლსაწინააღმდეგოდ არ მოქმედებს ის, ვინც...“, რადგან დეონტური, ანუ ნორმათა ლოგიკის მიხედვით, ვინც არ მოქმედებს მართლსაწინააღმდეგოდ, შეიძლება არც მართლზომიერად მოქმედებდეს. მაშასადამე, არსებობს მესამე შესაძლებლობა, როცა ქმედება არც მართლზომიერია და არც მართლსაწინააღმდეგო. ასეთია ქმედების ის შემადგენლობა, რომელიც ქმედების მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებებში ხორციელდება.

აქედან გამომდინარე, ეს გარემოებანი საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის VIII თავში უნდა აიგოს პოზიტიური მტკიცებით, რომ მართლზომიერად მოქმედებს ის, ვინც ამ გარემოებებში ქმედების შემადგენლობას განახორციელებს.

Em. Prof. Dr. Guram Nachkebia
Ivane Javakhishvili Staatliche Universität Tbilissi

Abstract: Ausschließungsgründe der Rechtswidrigkeit im Strafrecht

Der Beitrag spricht die Ausschließungsgründe der Rechtswidrigkeit im Sinne des 8. Abschnitts des georgischen StGB an.

Kritisch wird die in diesem Abschnitt aufgestellte negative Behauptung betrachtet: „Rechtswidrig handelt nicht, wer...", denn nach der deontischen und Normenlogik muss auch nicht rechtmäßig handeln, wer nicht rechtswidrig handelt. Dementsprechend besteht eine dritte Möglichkeit, wenn eine Handlung weder rechtmäßig noch rechtswidrig ist. Das ist ein Tatbestand, der unter Ausschließungsgründen der Rechtswidrigkeit einer Tat verwirklicht werden kann.

Ausgehend davon sind diese Umstände im Sinne der positiven Behauptung zu verstehen: Gemäß Abschnitt 8 des georgischen StGB handelt rechtmäßig, wer unter diesen Umständen einen Tatbestand verwirklicht.

ნონა თოდუა
სამართლის დოქტორი,
ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტის
ასოცირებული პროფესორი

მისატევებელი უკიდურესი აუცილებლობა ქართულ სისხლის სამართალში

შესავალი

ბრალის გამომრიცხველ გარემოებებში მისი ანალოგიური (ე.წ. ზეკანონური) გარემოება ქართულ სისხლის სამართალში შედარებით ახალი ინსტიტუტია (სსკ 38-ე მ.). იგი გერმანული სს კანონმდებლობის ზეგავლენით იქნა მიღებული და ემსახურება სამოსამართლეო სამართლის განვითარებას იმ შემთხვევაში, როცა საქმე ეხება საკითხის გადაწყვეტას პირის სასარგებლოდ.

ვინაიდან ეს ინსტიტუტი ქართულ სინამდვილეში ახალია, ჩვენს დოქტრინაში, განსხვავებით გერმანული დოქტრინისაგან, მასზე შედარებით ნაკლებია დაწერილი. ამას ხელს უწყობს ის გარემოებაც, რომ სასამართლო პრაქტიკა სსკ 38-ე მუხლზე საქართველოში არ არსებობს და აქედან გამომდინარე, პრაქტიკული ინტერესი ამ საკითხისადმი ნაკლებია.

საქართველოს სისხლის სამართლის კანონმდებლობისაგან განსხვავებით, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის კანონმდებელმა სსკ 35-ე პარაგრაფში განსაზღვრა საპატიებელი უკიდურესი აუცილებლობის არსი და ფარგლები, რითაც მისი გამოყენება სასამართლოსათვის უფრო გაადვილებულია.

აღსანიშნავია, რომ გერმანიის სსკ-ის 35-ე პარაგრაფის გვერდით გერმანულ დოქტრინასა და სასამართლო პრაქტიკაში აღიარებულია ასევე, ბრალის მიტევების სხვა დაუწერელი (ზეკანონური) უკიდურესი აუცილებლობა.

აქედან გამომდინარე, გერმანულ სს კანონმდებლობაში მისატევებელი აუცილებელი მოგერიების არსი გაგებულ უნდა იქნეს სსკ 35-ე პარაგრაფის შინაარსის მიხედვით, რომლის რედაქციის განხილვით ნათელია, რომ კანონმდებელი შესაძლებლობას იძლევა, გაეიგოთ ეს ინსტიტუტი ფართოდ.

კერძოდ, **გფ სსკ 35-ე პარაგრაფის მიხედვით:** ის, ვინც სს კანონით გათვალისწინებულ ქმედებას ჩაიდენს და სხვას დააზიანებს იმ უშუალო საფრთხის თავიდან ასაცილებლად, რომელიც ემუქრებოდა თვითონ დამზიანებლის ან მისი ახლობლის სიცოცხლეს, სხეულებრივ მთლიანობას ან თავისუფლებას, მოქმედებს ბრალის გარეშე, თუკი ეს საფრთხე არ შეიძლებოდა აცდენილი ყოფილიყო სხვა საშუალებით.

საქართველოს სსკ 38-ე მუხლში კი არაა დაკონკრეტებული მისატევებელი

უკიდურესი აუცილებლობის (ტრაგიკული კოლიზიის) არსი, არამედ მასში ზოგადადაა ნათქვამი, რომ ბრალეულად არ მოქმედებს ის, ვინც ამ კოდექსით გათვალისწინებულ ქმედებას ჩაიდენს სხვა ისეთი გარემოების არსებობისას, რომელიც, თუმცა ამ კოდექსში სახელდებით არ არის მოხსენიებული, მაგრამ სავსებით აკმაყოფილებს ამ ქმედების არაბრალეულობის პირობებს.

ეს იმას ნიშნავს, რომ ტრაგიკული კოლიზიის არსის გაგება ჩვენმა კანონმდებელმა მიანდო დოქტრინასა და სასამართლო პრაქტიკას. მათ კი ამ ინსტიტუტის შინაარსის გაგებისათვის მხედველობაში უნდა მიიღონ არა მარტო ის, თუ როგორაა იგი გაგებული სხვა ქვეყნებში, არამედ ჩვენი ეროვნული თვითშეგნება და ქვეყნისათვის დამახასიათებელი სხვა თვისებები.

ჩვენი სტატიის მიზანია, გაირკვეს სწორედ ის თავისებურებანი, რის მიხედვითაც უნდა მოხდეს საქართველოს სსკ 38-ე მუხლის არსის სწორად განსაზღვრა.

I. გერმანულ სისხლის სამართალში ტერმინს „ტრაგიკული კოლიზია" არ ვხვდებით. როგორც სისხლის სამართლის კოდექსში, ისე მეცნიერებაში იყენებენ ტერმინს – ბრალის გამომრიცხველი უკიდურესი აუცილებლობა.

ჩვეულებრივი მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი უკიდურესი აუცილებლობის დროს უმართლობის ხარისხი მეტად მცირეა, რადგან ამ დროს იერარქიულად მაღალ საფეხურზე მდგომი სამართლებრივი სიკეთეა დაცული იერარქიულად დაბლა მდგომი სამართლებრივი სიკეთის ხარჯზე. ბრალის გამომრიცხველი უკიდურესი აუცილებლობის დროს კი (სისხლის სამართლის კოდექსის 38-ე მუხლი) აქცენტი ფსიქიკურ მომენტზე – სხვაგვარად მოქცევის შეუძლებლობაზეა გადატანილი.[1] ამას გარდა, ბრალის გამომრიცხველი უკიდურესი აუცილებლობისას არაა საჭირო დაზიანებულ და გადარჩენილ სამართლებრივ სიკეთეთა შორის პროპორციულობის პრინციპის დაცვა.

თუ პირი უმართლობას უმნიშვნელო საფრთხის არსებობისას ჩაიდენს, მას ეს ქმედება არ ეპატიება, ბრალი მაშინ არ გამოირიცხება.[2]

მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი უკიდურესი აუცილებლობისაგან განსხვავებით, საფრთხე მხოლოდ პირის ან მისი ახლობლის სიცოცხლეს, სხეულებრივ მთლიანობასა და თავისუფლებას უნდა ემუქრებოდეს. თავისუფლება შეზღუდულად განიმარტება, როგორც გადაადგილების და არა ნებისმიერი მოქმედების განხორციელების თავისუფლება.[3] სხვა, სამართლებრივი სიკეთეები, როგორიცაა საკუთრება, ღირსება და სხვა ამ ნორმით არაა დაცული.

„ახლობელი" გერმანიის სსკ-ის მე-11 პარაგრაფის პირველ აბზაცშია განმარტებული. ლიტერატურაში მიუთითებენ, რომ ახლობლად ითვლება პირთან ერთად ოჯახში მცხოვრები და მასთან ახლოს მდგომი ადამიანებიც.[4]

---

[1] იხ. *Ebert U.*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2001, S. 107.

[2] იხ. *Ebert*, AT, S. 107.

[3] იხ. *Heinrich B.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2010, Rn. 566.

[4] იხ. *Ebert*, AT, S. 107.

ახლოს მდგომ ადამიანებად ითვლებიან არა კოლეგები და მეზობლები, არამედ, მაგალითად, მეგობრები და შეყვარებულები.[5]

II. საქართველოს სსკ 38-ე მუხლის არსის სწორად გაგებისათვის აუცილებელია იმ სადავო საკითხების განხილვა, რაც დაკავშირებულია **მისატევებელი უკიდურესი აუცილებლობის წინაპირობებთან**, რომლებიც პირობითად შეიძლება დაიყოს ორ ნაწილად: 1. პოზიტიური წინაპირობები და 2. ნეგატიური წინაპირობები.

პოზიტიურ წინაპირობად აღიარებულია:

1. უკიდურესი მდგომარეობა;
2. უკიდურესობით გამოწვეული მოქმედება;
3. სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის ნება[6].

ჩვენი აზრით, პოზიტიური წინაპირობები შეზღუდულად უნდა ჩამოყალიბდეს:

1. შექმნილი უკიდურესი მდგომარეობით მთლიანი სამართლებრივი სიკეთე დასაღუპავად უნდა იყოს განწირული;
2. საფრთხე, რომელიც ემუქრება მთლიან სამართლებრივ სიკეთეს, უნდა იყოს რეალური და არა მოჩვენებითი;
3. საფრთხე უნდა იყოს იმწუთიერი;
4. პირის მიზანი უნდა იყოს სამართლებრივი სიკეთის თუნდაც ნაწილის გადარჩენა.

იმწუთიერი სართხე ის მდგომარეობაა, როდესაც კონკრეტული გარემოებიდან გამომდინარე, ზიანის დადგომა სავარაუდოა.[7] ზიანის დადგომის ალბათობის ხარისხი მაღალი უნდა იყოს. არა აქვს მნიშვნელობა, თუ საიდან მოდის საფრთხე. იგი შეიძლება სტიქიიდანაც მომდინარეობდეს.[8]

თუმცა საფრთხის წყარო შეიძლება ადამიანიც იყოს. ამგვარ შემთხვევებს იძულებით უკიდურეს აუცილებლობის შემთხვევებს უწოდებენ.[9]

მაგალითი: პირს სიკვდილის მუქარით აიძულებენ, მოკლას კაცი. იგი კაცს მართლაც მოკლავს, რითაც უმართლობას ახორციელებს, მაგრამ მას ამ უმართლობის ჩადენა გფ სსკ-ის 35-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცის მიხედვით ეპატიება.[10]

ხოლო **ნეგატიურ წინაპირობად უნდა** ჩაითვალოს შემდეგი:

---

[5] იხ. *Heinrich*, AT I/ Rn. 567.

[6] იხ. *ტურავა მ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, გვ. 473.

[7] იხ. *Ebert*, AT, S. 107.

[8] იხ. *Heinrich*, AT I/ Rn. 565.

[9] იხ. *Heinrich*, AT I/ Rn. 580.

[10] იხ. *Ebert*, AT, S. 107.

ა) არ უნდა არსებობდეს საფრთხის თავის თავზე მიღების ვალდებულება;

ბ) საფრთხეში აღმოჩენილ პირთაგან თითოეულს არ უნდა ჰქონდეს თანაბარი შესაძლებლობა სხვის ხარჯზე საფრთხიდან თავის დაღწევისა.

ამ ორიდან იურიდიულ ლიტერატურაში აღიარებულია პირველი წინაპირობა. რაც შეეხება მეორე წინაპირობას, იგი ჩვენ მიერაა შემოთავაზებული[11].

III. როგორ უნდა შეფასდეს ვითარება, როცა საფრთხეში აღმოჩენილთაგან თითოეულს თანაბარი შესაძლებლობა ჰქონდა, ეხსნა საკუთარი სამართლებრივი სიკეთე სხვის ხარჯზე?

ამ უკანასკნელი წინაპირობის უკეთ გაგებისათვის მოვიყვანოთ ასეთი მაგალითი: ნავს, რომელშიც ორი პირი იმყოფება, ისეთი დეფექტი აღმოაჩნდა, რომ ორივეს ნაპირამდე ვერ მიიყვანს, ჩაიძირება და ორივე დაიხრჩობა. ამ ორთაგან თითოეულს აქვს შესაძლებლობა, ხელი ჰკრას მეორეს და წყალში გადააგდოს. ერთ-ერთმა ეს ვერ შეძლო, რადგან ამხანაგი ვერ გაიმეტა, თუმცა გადარჩენის სხვა შანსი არ ჩანდა. მეორე კი უფრო შეუბრალებელი და გულგრილი აღმოჩნდა, წყალში ჩააგდო ამხანაგი, თავად კი ნაპირამდე მიაღწია.

ეს შემთხვევა არ უნდა შეფასდეს მისატევებელ უკიდურეს აუცილებლობად, რადგან მიტევება არ შეიძლება ემყარებოდეს პრინციპს: **ძლიერი და შეუბრალებელი მოიგებს; ანდა: ვინც მოასწრებს, ის მოიგებს.**

არაზნეობრივად უნდა ჩაითვალოს საკუთარი (ან ახლობლის) სიცოცხლის გადარჩენა **იმის ხარჯზე, ვისაც თავის გადარჩენის იგივე შესაძლებლობა ჰქონდა, მაგრამ არ ისარგებლა ამით.** დაუშვებელია, ბრალის გამომრიცხველი გარემოება ემყარებოდეს მორალურად გასაკიცხ პრინციპებს.

მოცემული შემთხვევა სასამართლომ უნდა შეაფასოს, როგორც მხოლოდ პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელი გარემოება.

ეს მაგალითი სხვა ვითარებაში შეიძლება სხვა კუთხითაც შეფასდეს. კერძოდ, იგი ჩაითვალოს ბრალის გამომრიცხველ გარემოებად, მაგრამ არა როგორც მისატევებელი უკიდურესი აუცილებლობა (38-ე მ.), არამედ როგორც არაბრალეული ქმედება ფსიქიკის დროებითი აშლილობის გამო (სსკ 34-ე მ.). კერძოდ, თუ დადგინდა, რომ ნავში მჯდომი ერთ-ერთი პირი შექმნილი რეალობიდან სიკვდილის შიშმა ისე შეიპყრო (ხედავდა, თუ როგორ იძირებოდა ნავი ნელნელა), რომ **მთლიანად წაერთვა ცნობიერება ან ნება** და სიცოცხლის გადარჩენის ინსტინქტით, გაუცნობიერებლად ხელი ჰკრა ამხანაგს და გადაადგო ნავიდან[12].

მოვიყვანოთ **სხვა მაგალითიც.** ზღვაში გემი ჩაიძირა. ე.წ. კარნეადესის ფი-

---

[11] იხ. *თოდუა ნ.*, წიგნში: სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, რედ. *ნაჭყებია გ., დვალიძე ი.*, 2007, გვ. 318.

[12] იგივე აზრია გატარებული ჩემ მიერ სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილის 2007 წლის სახელმძღვანელოში (გ. *ნაჭყებიასა* და ი. *დვალიძის* რედ. გვ. 319), სადაც რედაქციული სახის შეცდომაა დაშვებული, როცა წერია: „იმპულსურად ხელი ჰკრა", უნდა ეწეროს: „ინსტინქტურად ხელი ჰკრა".

ცარზე ორი მოზარდი აფოფხდა. ფიცარს მხოლოდ ერთი ადამიანის ტარება შეუძლია, ამიტომ მან ნელ-ნელა ჩაძირვა დაიწყო. ამ მოზარდთა მშობლებმა (რომლებიც პროფესიონალი მცურავები იყვნენ) შენიშნეს რა ეს ვითარება, სასწრაფოდ მიცურდნენ ფიცართან. თითოეული მათგანი ცდილობდა გადაეგდო ფიცრიდან სხვისი შვილი და გადაერჩინა საკუთარი.

თუ ერთ-ერთ წინაპირობად არ ვაღიარებთ იმას, რომ საფრთხეში აღმოჩენილთაგან თითოეულს არ უნდა ჰქონდეს თანაბარი შესაძლებლობა სხვის ხარჯზე საფრთხიდან თავის დაღწევისა, მაშინ გამოვა, რომ ამ ხელჩართულ ბრძოლაში ვინც ფიზიკურად უფრო ძლიერი აღმოჩნდება და ფიცრიდან გადააგდებს სხვის შვილს, მისი ქმედება უნდა ჩაითვალოს ბრალის გამომრიცხველ გარემოებად, რაც მიუღებელია როგორც სამართლებრივი, ისე ზნეობრივი თვალსაზრისით.

ამდენად, როცა საფრთხეში აღმოჩენილ პირთაგან თითოეულს თანაბარი შესაძლებლობა აქვს სიცოცხლის გადარჩენისა, ასეთ ვითარებაში ჩადენილი ქმედება შეიძლება ბრალის გამომრიცხველ გარემოებად ჩაითვალოს მხოლოდ მაშინ, როცა ამ საფრთხემ გამოიწვია პირის ფსიქიკის ისეთი ხარისხის დროებითი აშლილობა, რის გამოც მას არ შეეძლო გაეცნობიერებინა თავისი ქმედების ფაქტობრივი ხასიათი ან მართლწინააღმდეგობა ანდა არ შეეძლო ეხელმძღვანელა მისთვის (სსკ 34-ე მუხლი). სხვა შემთხვევაში, სახეზეა არა მისატევებელი უკიდურესი აუცილებლობა, არამედ მხოლოდ პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელი გარემოება.

IV. ზემოთ ხსენებული შემთხვევა უნდა **განვასხვაოთ იძულებითი უკიდურესი** აუცილებლობისაგან, რომლის დროსაც საფრთხის წყაროა ადამიანი, რომელიც იმწუთიერი მუქარით აიძულებს სხვას, ჩაიდინოს მართლსაწინააღმდეგო ქმედება (შეგვიძლია მოვიყვანოთ ოფიცრისა და ჯარისკაცის ცნობილი მაგალითი, როცა ოფიცერი უბრძანებს ჯარისკაცს, მოკლას მისი პირადი მტერი, წინააღმდეგ შემთხვევაში ორივეს მოკლავს).

იძულებითი უკიდურესი აუცილებლობის დროს, როგორც აღინიშნა, საჭიროა, არსებობდეს რამდენიმე აუცილებელი პირობა:

ა) საფრთხე უნდა იყოს მყისიერად და არა სამომავლო (მეთაური იმწუთიერად მოითხოვს ჯარისკაცისაგან სხვის მოკვლას, წინააღმდეგ შემთხვევაში, მყისიერად ემუქრება მას მოკვლით);

თუ მოკვლის მუქარა სამომავლოა, არ არსებობს მიტევების საფუძველი;

ბ) სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენისკენ მიმართული ქმედება (მაგ., სხვისი მოკვდინება) ობიექტურად აუცილებელი უნდა იყოს სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენისათვის. ეს იმას ნიშნავს, რომ საკუთარი ან ახლობლის სიცოცხლის გადარჩენისათვის **სხვა საშუალება არ უნდა არსებობდეს**.

თუ პირს შეეძლო მოეგერიებინა დანაშაულებრივი ბრძანების გამცემი, მაგრამ ეს არ გააკეთა, მაშინ არა არსებობს ბრალის მიტევების საფუძველი,

თუმცა არსებობს პასუხისმგებლობის შემსუბუქების საფუძველი.

გ) **ასევე არ იარსებებს ბრალის მიტევების საფუძველი,** თუ პირს ჰქონდა დრო ან საშუალება (მაგალითად, ტელეფონის გამოყენებით) მეთაურის ამ დანაშაულებრივი ბრძანების შესახებ შეეტყობინებინა სათანადო პირებისათვის.

დ) რაც შეეხება **გაქცევით თავის შველის შესაძლებლობას,** იგი პირს მოეთხოვება მაშინ, თუ იმწუთიერი საფრთხე ექმნებოდა მხოლოდ მას და არა მისი ახლობლების სიცოცხლესაც. თუ იმწუთიერი მუქარა მისი ახლობლებისკენაა მიმართული, მაშინ მხოლოდ მისი გაქცევის შემთხვევაში იგი ახლობლებს ტოვებს მოძალადის ხელში და მათ მიმართ მუქარა შეიძლება რეალურად განხორციელდეს. ამდენად, ამ დროს მას არ მოეთხოვება, გაქცევით უშველოს თავს;

V. იძულებით უკიდურეს აუცილებლობას უნდა ახასიათებდეს **სუბიექტური წინაპირობები.** ესენია:

ა) სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენისაკენ მიმართული ქმედება არა მარტო ობიექტურად აუცილებელი, არამედ სუბიექტურად გადარჩენის მოტივით უნდა იყოს ჩადენილი[13].

როგორც უკვე აღინიშნა, კანონმდებლის მოთხოვნის მიხედვით, ქმედება ობიექტურად აუცილებელი უნდა იყოს (გფ სსკ-ის 35-ე პარაგრაფის პირველი აბზაცი). ბრალი არ გამოირიცხება, თუ პირს საფრთხის თავიდან აცილება სხვა საშუალებით, სამართლებრივი სიკეთის მცირედი ხელყოფითაც შეეძლო.

ბ) სუბიექტურად პირი არა მარტო საფრთხის თავიდან აცილების (გადარჩენის) მიზნით, არამედ საფრთხიდან გამომდინარე შექმნილი ფსიქიკური ზეწოლის გამო უნდა მოქმედებდეს. ლიტერატურაში გამოთქმული აზრის მიხედვით, მხოლოდ გადარჩენის სურვილი არ კმარა.[14]

მაინც რატომაა საჭირო სუბიექტურად ორივე ამ პირობის (გადარჩენის სურვილი და ფსიქიკური ზეწოლა) არსებობა?

ამის დასამტკიცებლად მოვიყვანოთ ასეთი მაგალითი: ჯარის მეთაურმა უბრძანა ხელქვეითს, მოეკლა უდანაშაულო ადამიანი, წინააღმდეგ შემთხვევაში დაუყოვნებლივ მოკლავდა მის (ამ ხელქვეითის) ცოლს. ხელქვეითს ისედაც სურდა ცოლის მოშორება. ამდენად, ცოლის მოკვლა მის ინტერესებში შედიოდა, მაგრამ კარიერისტული მოსაზრების გამო არ უნდოდა, ურთიერთობა გაეფუჭებინა მეთაურთან და ამიტომ შეასრულა მისი დანაშაულებრივი ბრძანება. კერძოდ, მოკლა უდანაშაულო ადამიანი.

ამ შემთხვევაში, მართალია, მეთაურის ბრძანების აშკარად დანაშაულებრივი შინაარსიდან გამომდინარე, ხელქვეითი გარკვეული ფსიქიკური ზეწოლის ქვეშ იმყოფება (ვინაიდან იცის, რომ მისი შეუსრულებლობა მისთვის არასასურველ შედეგს გამოიწვევს), მაგრამ, ვინაიდან არა აქვს სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის (ცოლის სიცოცხლის გადარჩენის) მიზანი (არამედ ამოძრავებს

---

[13] იხ. *Heinrich*, AT I/ Rn. 579.

[14] იხ. *Ebert*, AT, S. 107.

ეგოისტური, კარიერისტული მიზანი), მისი ქმედება არ ჩაითვლება არც ბრალის გამომრიცხველ უკიდურეს აუცილებლობად და არც ბრალის გამომრიცხველ ზეკანონურ გარემოებად.

ამდენად, საპატიებელი უკუდურესი აუცილებლობის არაბრალეულობის ერთ-ერთი აუცილებელი წინაპირობაა **სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის ნება.** სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ქმედება სუბიექტურად სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის მიზნით უნდა იყოს ჩადენილი, ანუ მიმართული უნდა იყოს ამ სიკეთის გადარჩენისაკენ

ეს კი, თავის მხრივ, ორ მომენტს გულისხმობს:

ა) საფრთხის მდგომარეობის ცოდნას და

ბ) სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის მიზანს.

ამდენად, სწორადაა აღნიშნული იურიდიულ ლიტერატურაში, რომ არაა საკმარისი საფრთხის მდგომარეობის უბრალო ცოდნა[15].

ამასთან დაკავშირებით არსებობს სხვა მოსაზრებაც, რომ საფრთხის მდგომარეობის უბრალო ცოდნა საკმარისია, რადგან სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენისას შესაძლოა, პირს ამოძრავებდეს არა გადარჩენილი ადამიანისადმი სიყვარული და პატივისცემა, არამედ ანგარების მოტივი (ფიქრობდეს, რომ გადარჩენილი პირი, რომელსაც იგი ვერ იტანს, მას მადლიერების გამო მთელ თავის ქონებას უანდერძებს)[16].

ეს მოსაზრება არ უნდა ჩაითვალოს მისაღებად, რადგან მოცემულ მაგალითში პირს არა მარტო შეცნობილი აქვს საფრთხის მდგომარეობა, არამედ სწორედ რომ სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის მიზნით მოქმედებს.

სხვა საკითხია, რომ ამ ქმედების მოტივი არაა მორალურად მოსაწონი, რადგან იგი ანგარებითია. ანუ ამ შემთხვევაში პირი ანგარების დასაძრახი მოტივით ნათესავის გადარჩენის ღირსეულ მიზანს ისახავს. აქ სახეზეა მოტივისა და მიზნის შეუსაბამობა მორალური თვალსაზრისით.

მორალურად დასაძრახი მოტივი ხელს არ უშლის მორალურად მოსაწონი მიზნის დასახვას და, პირიქით.

VI. რით განსხვავდება ეს შემთხვევა (იძულებითი უკიდურესი აუცილებლობა) ე.წ. კარნეადესის ფიცრის შემთხვევისაგან?

ეს საკითხი დასმული აქვს პროფ. მ. ტურავას, რომელიც თვლის, რომ განსახილველი შემთხვევები იდენტურად უნდა შეფასდეს, როგორც ტრაგიკული კოლიზიის ცალკეული გამოვლინება[17].

ამ კითხვაზე პასუხი შეიძლება ასეთი იყოს: როგორც ზემოთ აღინიშნა, კარნეადესის ფიცრის შემთხვევაში ორივე პირს თანაბარი შესაძლებლობა აქვს

---

[15] *როქსინისა* და *რენგიერის* ამ მოსაზრების შესახებ იხ. *მ. ტურავას* დასახ. ნაშრ. გვ. 475.

[16] იხ. იქვე.

[17] იხ. *ტურავა მ.*, სისხლის სამართლი, ზოგადი ნაწილი, წიგნი პირველი, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, გვ. 484.

სხვისი გაწირვის ხარჯზე გადაირჩინოს თავი. ამიტომ იგი, როგორც წესი, არ უნდა შეფასდეს მისატრეველ უკიდურეს აუცილებლობად.

იძულებითი უკიდურესი აუცილებლობის დროს კი ასეთ ვითარებასთან არა გვაქვს საქმე. აქ საფრთხეში მყოფ პირთაგან ორივეს (როგორც ხელქვეითს, ისე უდანაშაულო ადამიანს) არა აქვს თანაბარი შესაძლებლობა, გადაირჩინოს თავი სხვისი გაწირვით. ასეთი შესაძლებლობა აქვს მხოლოდ ხელქვეითს, ვისგანაც ჯარის მეთაური მოითხოვს უდანაშაულო პირის მოკვლას. ამ შემთხვევაში ხელქვეითმა, ვისგანაც მოითხოვენ უმართლობის ჩადენას, ან უნდა გასწიროს უდანაშაულო ადამიანი, ან უნდა შეეგუოს იმას, რომ მისი ახლო ნათესავი (და შესაძლოა, თავადაც) მართლსაწინააღმდეგო ქმედების მსხვერპლნი გახდებიან, რასაც კანონმდებელი მოქალაქეს ვერ მოსთხოვს. სწორედ ამიტომ იძულებითი უკიდურესი აუცილებლობა ბრალის გამომრიცხველ გარემოებად უნდა ჩაითვალოს (38-ე მ.).

VII ქმედების არაბრალეულობის ერთ-ერთი აუცილებელი წინაპირობაა ასევე **საფრთხის თავის თავზე მიღების ვალდებულების არარსებობა.** საფრთხის თავის თავზე მიღების ვალდებულება კი ორ შემთხვევაში არსებობს:

1. როცა პირმა (დამზიანებელმა) საფრთხე თავად შექმნა, ან

2. მას განსაკუთრებული სამსახურებრივი (პოლიციელი, მეხანძრე, მაშველი...) ან პროფესიული მდგომარეობის გამო (მაგ., ექიმი) საფრთხის თავის თავზე მიღება სამართლებრივად ევალება.

დოქტრინაში სადავოა საკითხი, ადამიანს საფრთხის თავის თავზე აღებას სხვა გარემოებაც თუ ავალდებულებს. მაგალითად, სამართლებრივი გარანტის მოვალეობა. ლიტერატურაში ზოგიერთი ამტკიცებს, რომ მამას შვილის სიცოცხლის ფასად საკუთარი სიცოცხლის გადარჩენა არ ეპატიება[18]. ზოგი კი ბრალის გამორიცხვას ამგვარ შემთხვევაში დასაშვებად თვლის.[19]

პირველ შემთხვევაში (როცა დამზიანებელმა თავად შექმნა საფრთხე), გაბატონებული შეხედულების მიხედვით, სავალდებულო არაა ასეთი საფრთხის ბრალეულად (ეი. **განზრახ ან გაუფრთხილებლობით, — ნ.თ.**) შექმნა, არამედ საკმარისია, დამზიანებლის მიერ საფრთხის მდგომარეობის მინიმუმ ობიექტურად წინდახედულობის ვალდებულების საწინააღმდეგო ქმედებით გამოწვევა და ამით ობიექტურად გასათვალისწინებელი უკიდურესი მდგომარეობის შექმნა[20].

გამოდის, რომ, თუ პირმა ობიექტურად დაარღვია წინდახედულების ნორმა (რამაც შექმნა საფრთხე), იმ შემთხვევაშიც ვალდებულია ეს საფრთხე თავის თავზე მიიღოს, როცა ეს საფრთხე ობიექტურად გასათვალისწინებელი იყო, მაგრამ მას თავისი დაბალი ინტელექტის ან სხვა გარემოების გამო არ შეეძლო გაეთვალისწინებინა, რომ არღვევდა წინდახედულების ნორმას. აქედან გამომდინ-

---

[18] იხ. *Ebert*, AT, S. 108.

[19] იხ. *Heinrich*, AT I/ Rn. 576.

[20] იხ. *ტურავას* დასახ. ნაშრომი, გვ. 476.

არე, არ შეეძლო გაეთვალისწინებინა, რომ მისი ქმედებით შეიქმნებოდა საფრთხე. **რამდენად სამართლიანია საკითხისადმი ასეთი მიდგომა?** თუკი წინდახედულობის ნორმის მხოლოდ ობიექტურად დარღვევა არაა საკმარისი ბრალეული პასუხისმგებლობისათვის (გაუფრთხილებლობისათვის), მაშ, რატომ წარმოშობს იგი საფრთხის თავის თავზე აღების ვალდებულებას და რატომ გამორიცხავს მიტევებას?

ჩემი აზრით, ამ საკითხს მეტი დაფიქრება და შემდგომი კვლევა სჭირდება.

გერმანულ დოქტრინაში სადავოდ ითვლება საკითხი იმის შესახებ, **საფრთხის გამოწვევა ყოველთვის გამორიცხავს თუ არა პატიებას** გფ სსკ-ის 35-ე პარაგრაფის მიხედვით.[21]

მეცნიერთა, ნაწილი მიუთითებს, რომ actio libera in causa-ს პრინციპიდან გამომდინარე, პირს თავისი წინარე მოქმედებით საფრთხის შექმნის გამო უმართლობის ჩადენა არ ეპატიება და იგი დანაშაულის ჩადენისათვის დაისჯება. მეცნიერთა მეორე ნაწილიც ამავე სამართლებრივ ფიგურას იშველიებს და ამტკიცებს, რომ პატიება მხოლოდ მაშინ გამოირიცხება, როდესაც პირმა საფრთხე მასზე დაკისრებული ვალდებულის საწინააღმდეგოდ (pflichwidrig) და ბრალეულად გამოიწვია.[22]

მაგალითად, თუ პირმა სწორად მისცა ჩვენება ბრალდებულის მიერ დანაშაულის ჩადენაზე და შემდგომ, ბრალდებულის მხრიდან მოკვლის მუქარის გამო იძულებული გახდა, გადაეთქვა თავისი სწორი ჩვენება, მას ეს ქმედება ეპატიება გფ სსკ 35-ე პარაგრ. მე-2 აბზ. მიხედვით.

აქედან გამომდინარე, სხვაგვარად უნდა გადაწყდეს საკითხი საწინააღმდეგო შემთხვევაში. კერძოდ, თუ პირმა არასწორი (ცრუ) ჩვენება მისცა ბრალდებულის საწინააღმდეგოდ და შემდეგ ბრალდებულის მხრიდან მოკვლის მუქარის გამო შეცვალა თავისი ჩვენება, მას არ უნდა ეპატიოს ცრუ ჩვენების მიცემა (საქართველოს სსკ 370-ე მ.) ან არსებითად ურთიერთსაწინააღმდეგო ჩვენების მიცემა (საქართველოს სსკ 371[1] მ.), რადგან მან საფრთხე მასზე დაკისრებული სამართლებრივი ვალდებულების დარღვევით და ბრალეულად (ამ შემთხვევაში, განზრახ) გამოიწვია.

VIII. რაც შეეხება **საფრთხის თავის თავზე აღების სამართლებრივ ვალდებულებას**, საჭიროა **დიფერენცირებული** მიდგომა იმის მიხედვით, თუ რომელ სამსახურებრივ მოვალეობასთან გვაქვს საქმე და ვის ექმნება საფრთხე (თავად იმას, ვისაც ეკისრება სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულება, თუ მის ახლო ნათესავს).

მაგალითად, **რადგან პოლიციელი** ვალდებულია დამნაშავის დაკავებისას საკუთარი სიცოცხლის მოსპობის იმწუთიერი საფრთხე აიღოს თავის თავზე. ამიტომ, თუ იგი შეიარაღებულ დამნაშავეს არ გაეკიდება, ანდა მის დასა-

[21] იხ. *Heinrich*, AT I/ Rn. 573.

[22] იხ. *Ebert*, AT, S. 108.

კავებლად არაფერს იღონებს, პასუხს აგებს სამსახურებრივი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენებისათვის უმოქმედობით, ანდა სულ მცირე, პასუხს აგებს სამსახურებრივი გულგრილობისათვის.

ასევე ჯარისკაცი ომის დროს ვალდებულია თავის თავზე აიღოს სიკვდილის იმწუთიერი საფრთხე. იგივე ითქმის მაშველზე, მეხანძრეზე და სხვ.

ამასთან, უნდა აღინიშნოს, რომ ზემოთ ხსენებული პირები ვალდებული არიან თავის თავზე მიიღონ მხოლოდ **იმწუთიერი საფრთხე**, მაგრამ მათ ვერ დავავალდებულებთ იმოქმედონ, თუ ეს მოქმედება მათ **გარდუვალ სიკვდილს** გამოიწვევს (და არა სიკვდილის საფრთხეს შექმნის).

მაგალითად, ვერ დავავალდებულებთ **ჯარისკაცს**, სხეულით გადაეფაროს მტრის ტყვიამფრქვევს, ან ჩაუვარდეს მტრის ტანკს. ლიტერატურაში გამოთქმული აზრის მიხედვით, მას არ ევალება იმოქმედოს, თუ ეს მოქმედება მის უცილობელ სიკვდილს გამოიწვევს.[23]

ასევე ვერ დავავალდებულებთ **პოლიციელს** – ტერორისტის დასაკავებლად შევიდეს შენობაში, რომელიც დანაღმულია და ის-ისაა უნდა აფეთქდეს. ანდა დასაკავებლად გაეკიდოს თვითმკვლელ (კამიკაძე) ტერორისტს, როცა ამ უკანასკნელმა ის-ისაა უნდა აიფეთქოს თავი; **მაშველს** – შევიდეს ზღვაში მოქალაქის გადასარჩენად, როცა ზღვა ისე ბობოქრობს, რომ თავად მაშველის სიკვდილიც გარდუვალია; **მეხანძრეს** – შევიდეს მოქალაქის გადასარჩენად ცეცხლმოკიდებულ შენობაში, რომლის ჩამონგრევა უკვე დაწყებულია.

ამასთანავე, ზემოთ ჩამოთვლილი პირები ვალდებული არიან აიღონ მხოლოდ ის იმწუთიერი საფრთხე, რაც ემუქრება მხოლოდ **მათ (და არა მათ ნათესავებს)**.

მაგალითად, **პოლიციელს**, რომელიც მიემართება საშიში დამნაშავის დასაკავებლად, ტელეფონით შეატყობინეს, რომ მისი მეუღლე მძევლადაა აყვანილი და თუ იგი დამნაშავეს (რომლის დასაკავებლადაც მიემართება) გაქცევის საშუალებას არ მისცემს, მის მეუღლეს მოკლავენ. ამ შემთხვევაში პოლიციელის მეუღლეს ემუქრება იმწუთიერი საფრთხე, მაგრამ **არა გარდაუვალი სიკვდილი**, რადგან ზუსტად ძნელია იმის თქმა, დამნაშავე მართლაც შეასრულებს თუ არა მუქარას, ანდა მოხერხდება თუ არა მძევლის გამოხსნა მუქარის აღსრულებამდე. მიუხედავად იმისა, რომ სახეზეა მხოლოდ იმწუთიერი საფრთხე (და არა სიკვდილის დადგომის გარდაუვალობა), პოლიციელს ვერ დავავალდებულებთ, გამოიჩინოს გმირობა და სასწორზე დადოს მისი მეუღლის სიცოცხლე, რომელსაც იმწუთიერი საფრთხე ემუქრება.

რატომ ვერ დავავალდებულებთ? იმიტომ, რომ მოქალაქე, რომელიც სამსახურს იწყებს კრიმინალურ პოლიციაში, წინასწარ თანხმდება, რომ თავის თავზე აიღებს საკუთარი სიცოცხლის იმწუთიერი საფრთხის ატანის მოვალეობას და არა თავისი ნათესავების ან ახლობლების სიცოცხლის იმწუთიერი საფრთხის ატანის ვალდებულებას.

---

[23] იხ. იქვე.

რაც შეეხება მოსამართლეს, იგი ვალდებულია თავის თავზე აიღოს მხოლოდ სამომავლო **(და არა იმწუთიერი)** საფრთხე. მაგალითად, მას ემუქრებიან მოკვლით, ან შვილის მოკვლით, ან მისი მძევლად აყვანით, თუ არ გაამართლებს საშიშ კრიმინალს. ამგვარი სამომავლო მუქარის გამო გამოტანილი უკანონო გადაწყვეტილება მოსამართლეს არ მიეტევება.

მაგრამ **იგი არაა ვალდებული,** თავის თავზე აიღოს იმწუთიერი და რეალური საფრთხე, რაც ემუქრებოდა თავად მას, ან მის ახლობელს (მაგალითად, მისი შვილი მძევლადაა ჩაგდებული და დამნაშავე მოითხოვს უკანონო გადაწყვეტილების გამოტანას. წინააღმდეგ შემთხვევაში, იმუქრება შვილის მოკვლით; ანდა თავად მოსამართლის მოკვლის იმწუთიერი მუქარით დამნაშავე მისგან მოითხოვს, დაუყოვნებლივ გამოიტანოს უკანონო გადაწყვეტილება).

ასეთ შემთხვევაში, მოსამართლე არაა ვალდებული, გამოიჩინოს გმირობა და შეეგუოს შვილის სიკვდილის მყისიერ საფრთხეს, რომლის კანონიერი გზით გამოხსნის გარანტიას მას ვერავინ მისცემს. ასევე არაა ვალდებული თავი შეაკლას მოძალადეს.

IX. რითაა განპირობებული მოსამართლისა და სხვა პირთა (პოლიციელი, მეხანძრე, მაშველი, ჯარისკაცი) მიმართ საფრთხის თავის თავზე აღების ვალდებულებისადმი დიფერენცირებული მიდგომა?

ეს დაკავშირებულია მათი საქმიანობისას წარმოშობილი საფრთხის თავისებურებასთან, რაც ამ პირებს წინასწარვე აქვთ გაცნობიერებული და აღებული აქვთ ვალდებულება.

სახელდობრ, პოლიციელის, ჯარისკაცის და სხვათა საქმიანობა დაკავშირებულია იმწუთიერი საფრთხის აღკვეთასთან, რასაც ფიზიკური ძალის გამოყენება სჭირდება. კერძოდ, **ჯარისკაცის ბრძოლა** ომში დაკავშირებულია სიკვდილის მყისიერ საფრთხესთან; **მაშველისა და მეხანძრის** საქმიანობაც ასევე იმწუთიერი საფრთხის შემცველია; იმწუთიერი საფრთხის შემცველია **პოლიციელის საქმიანობა,** რაც დაკავშირებულია დამნაშავის დაკავებასა და საერთოდ, საზოგადოებრივი წესრიგის დაცვასთან.

ამდენად, ამ პირთა სამსახურებრივი საქმიანობა დაკავშირებულია ფიზიკური ძალის გამოყენებასთან.

მაგრამ **ამას ვერ ვიტყვით მოსამართლის** საქმიანობაზე, რომლის სამსახურებრივი საქმიანობა **არაა დაკავშირებული ფიზიკური ძალის გამოყენებასთან, არამედ იგი იღებს სამართლებრივად მნიშვნელოვან გადაწყვეტილებებს,** რასაც თავად არ აღასრულებს და რაც იმწუთიერ აღსრულებას არ ექვემდებარება (სხვა საკითხია, რომ მოსამართლის გადაწყვეტილება გამოცხადებისთანავე შეიძლება შევიდეს კანონიერ ძალაში). ამდენად, მოსამართლეს არა აქვს თავის თავზე აღებული სამართლებრივი ვალდებულება, იტვირთოს მისი ან მისი ახლობლების სიცოცხლის იმწუთიერი საფრთხე. მას აღებული აქვს მოვალეობა, იტვირთოს მხოლოდ სამომავლო საფრთხე. გარდა ამისა, აქ მხედველობაშია მისაღებია სხვა

გარემოებაც. მოსამართლის მიერ მასზე დაკისრებული მოვალეობის უკანონოდ შესრულებას **დაუყონებლივ არ მოსდევს** სხვათა კანონიერი უფლების ან ინტერესების აუნაზღაურებელი, შეუქცევადი და გამოუსწორებელი დარღვევა. უფრო მეტიც, ზოგჯერ ამ უფლებათა მყისიერ დარღვევასთანაც არა გვაქვს საქმე (მაგალითად, მოსამართლემ გამოიტანა გამამტყუნებელი განაჩენი, როცა საქმის მასალებით ბრალდება არ იყო დადასტურებული). მოსამართლის უკანონო გადაწყვეტილების გადასინჯვა შესაძლებელია ზემდგომ ინსტანციაში.

რაც შეეხება პოლიციელის, მაშველის, მეხანძრის საქმიანობა თუ დროულად და სწორად არ განხორციელდა, ამას, როგორც წესი, დაუყონებლივ შეიძლება ისეთი შედეგი მოჰყვეს, რაც მომავალში ან ვერ გამოსწორდება, ან ძნელად გამოსწორდება (დამხრჩვალი, ცეცხლში დაღუპული ვერ გაცოცხლდება; დაწყებულმა დანაშაულმა, რომელიც არ იქნა აღკვეთილი პოლიციელის მიერ, შესაძლოა, გამოუსწორებელი შედეგი გამოიწვიოს; გაქცეული დამნაშავე, რომელიც პოლიციელმა არ დააკავა, შესაძლოა, ვერც იპოვონ და სხვა).

X. არსებობს ტრაგიკული კოლიზიის **ვიწრო და ფართო გაგება.**

ვიწრო გაგება — იგულისხმება შემთხვევები, რომელიც ჩადენილია დამზიანებელის, მისი ნათესავის ან ახლობლის სამართლებრივი სიკეთის გადასარჩენად.

ფართო გაგება — მისი ერთ-ერთი სახეა უფრო მცირე რაოდენობის ადამიანთა სამართლებრივი სიკეთის გაწირვა გაცილებით მეტი რაოდენობის ადამიანთა სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის მიზნით[24].

ლიტერატურაში კვანტიტატური უკიდურესი აუცილებლობის მნიშვნელოვან წინაპირობად მიჩნეულია:

ა) ისეთი ქმედების ჩადენა, რომელიც წარმოადგენს უფრო დიდი უბედურების თავიდან აცილების საშუალებას;

ბ) ისეთი ქმედების განხორციელება, რომელიც (რაოდენობრივად) შედარებით ნაკლებ ზიანს გამოიწვევს (პირის მიერ ე.წ. „უფრო მცირე ბოროტების არჩევა“);

გ) სუბიექტურად უფრო დიდი სიკეთის გადარჩების მიზანი[25].

ზემოთ მითითებულ წინაპირობებს, ჩემი აზრით, **უნდა დაემატოს ორი წინაპირობა:**

ა) დასაღუპად განწირული უნდა იყოს მთლიანი სამართლებრივი სიკეთე ან/და

ბ) დამზიანებლის მიზანია საკუთარი სამართლებრივი სიკეთის (როგორც წესი — სიცოცხლის) გადარჩენა.

ნათქვამი რომ უფრო ნათელი გახდეს, მოკლედ განვიხილოთ ლიტერატურაში მითითებული კლასიკური მაგალითი, რაც შეეხება ე.წ. სამედიცინო ევთანაზიას, რომელიც განხორციელდა ნაციონალ-სოციალისტურ გერმანიაში, როცა მაშინდელი ხელისუფალის ბრძანებით ფსიქიატრთა ერთმა ჯგუფმა სი-

---

[24] იხ. *ტურავა მ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, გვ. 486.

[25] იხ. იქვე.

ცოცხლე მოუსპო ათასობით სულით ავადმყოფს, თუმცა ამ აქტის განხორციელებით მათ იხსნეს უფრო დიდი რაოდენობით ავადმყოფი, რომლებიც ბრძანების შესაბამისად ასევე უნდა დაეხოცათ[26].

ექიმებმა თავი იმით იმართლეს, რომ, თუ ისინი საერთოდ უარს განაცხადებდნენ ბრძანების შესრულებაზე, მაშინ სხვა ხელისუფლებას ბრმად დამორჩილებული ექიმები ყველა ავადმყოფს დახოცავდნენ.

მოცემულ შემთხვევაში მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი უკიდურესი აუცილებლობა არაა სახეზე, რადგან სამართლებრივი სიკეთეები – მცირე რაოდენობის ადამიანთა სიცოცხლე და მრავალი ადამიანის სიცოცხლე ერთ იერარქიულ საფეხურზე დგანან. გაბატონებული მოსაზრების მიხედვით, ბრალი არ გამოირიცხება, რადგან არაა სახეზე საპატიებელი უკიდურესი აუცილებლობის პირობებიდან ერთი – საფრთხე არ ემუქრება ექიმს ან მის ახლობელს.[27] გერმანიაში დღესაც სადავოდ ითვლება საკითხი იმის შესახებ, ეს ექიმები ბრალის გამომრიცხველი ზეკანონური უკიდურესი აუცილებლობის საფუძველზე პასუხისმგებლობისაგან უნდა გათავისუფლდნენ თუ არა.[28]

ეს შემთხვევა გერმანიის უზენაესმა სასამართლომაც შეაფასა არა როგორც ბრალის გამომრიცხველი უკიდურესი აუცილებლობა (გფ სსკ 35-ე პარაგრაფის შესაბამისად), არამედ როგორც ბრალის გამომრიცხველი ზეკანონური უკიდურესი აუცილებლობა იმ საფუძვლით, რომ სახეზე არ იყო სსკ 35-ე პარაგრაფში აღნიშნულ პირობათაგან ერთი – **საფრთხე არ ემუქრებოდა ექიმთა ან მათ ახლობელთა სიცოცხლეს.**

ჩემი აზრით, **აქ შესაძლებელი იყო გფ სსკ 35-ე** პარაგრაფის გამოყენება.

მოცემულ შემთხვევაში მაშინდელი პოლიტიკური რეალობის გათვალისწინებით სრულიად დაუჯერებელი და არალოგიკური იქნება იმის მტკიცება, რომ თუ ექიმები უარს იტყოდნენ ამ ტირანული ბრძანების შესრულებაზე, მათ სიცოცხლეს ან ჯანმრთელობას საფრთხე არ დაემუქრებოდა და ყველაზე უარეს შემთხვევაში ისინი მხოლოდ სამსახურს დაკარგავდნენ. სინამდვილეში კი, ამ ბრძანების შეუსრულებლობა რეალურ საფრთხეს შეუქმნიდა როგორც შესაბამისი კლინიკის ხელმძღვანელის, ასევე თავად რიგით ექიმთა სიცოცხლეს, რომლებიც უარს იტყოდნენ ბრძანების შესრულებაზე (თუმცა შესაძლოა, ეს ბრძანების ტექსტში პირდაპირ არ იყო მითითებული). შეუძლებელია, ამ ბრ-

---

[26] იხ. იქვე.

[27] იხ. *Baumann J.*, *Weber U.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985, S. 453.

[28] ამ შემთხვევას ბრალის გამომრიცხველ ზეკანონურ გარემოებად თვლის: *Kühl K.*, Stafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, §12/Rn. 96-103. *იეშეკი* და *ვაიგენდი* ამ შემთხვევას საპატიებელ შეცდომად თვლიან: *Jescheck H. H.*, *Weigend T.*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 502. დაუსჯელობის შესახებ აგრეთვე იხ. გერმანიაში ბრიტანეთის საოკუპაციო ზონის უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება, ბერლინი, 1949-1950. OGHSt 1, 321; 2, 117. მოგვიანებით ქმედებას დასჯადად აღიარებს გერმანიის უზენაესი სასამართლო BGH NJW 1953, 513-514.

ძანების შესრულების გარანტიად წარმოვიდგინოთ მხოლოდ მოხალისე ექიმები.

აქედან გამომდინარე, **მათი მიზანი ამ ქმედების განხორციელებისას, გარდა ავადმყოფთა ნაწილის სიცოცხლის გადარჩენისა, უცილობლად იყო საკუთარი სიცოცხლის დაცვა.**

ამდენად, მართალია, თავად ამ ბრძანების შინაარსით გათვალისწინებული შესასრულებლად სავალდებულო ქმედება საფრთხეს არ უქმნიდა ექიმთა სიცოცხლეს (იგი მიმართული იყო სულით ავადმყოფთა სიცოცხლის მოსპობისაკენ), მაგრამ ბრძანების შეუსრულებლობა რეალურ საფრთხეს შეუქმნიდა იმ ექიმს, ვინც უარს განაცხადებდა მის შესრულებაზე.

ამიტომ ავადმყოფთა ნაწილის გაწირვით **ექიმებმა შექმნეს ილუზია, რომ მათ სრულყოფილად შეასრულეს ბრძანება** და ამით გადაარჩინეს როგორც ავადმყოფთა ნაწილის სიცოცხლე, ისე საკუთარი სიცოცხლე.

საგულისხმოა, რომ მოცემული საქმის განხილვისას სასამართლოს ამ კუთხით ყურადღება არ გაუმახვილებია.

მოცემულ მაგალითში მნიშვნელობა არ უნდა მიენიჭოს იმას, რა ნიშნის გათვალისწინებით გამოარჩიეს ავადმყოფები ექიმებმა: ეს იყო შემთხვევითი შერჩევა, თუ მათი გამოჯანმრთელების პერსპექტივა, თუ მათი ასაკი ან პირადი დამოკიდებულება ექიმებთან (მაგ., ნაცნობი ოჯახის წევრები) თუ სხვ.

მთავარია, მათ შეძლეს დასაღუპად განწირული მთლიანი სამართლებრივი სიკეთის ერთი ნაწილის გადარჩენა სხვა ნაწილის ხარჯზე.

რაც შეეხება საქართველოს სინამდვილეს, ვინაიდან სსკ 38-ე მუხლში მისატევებელი უკიდურესი აუცილებლობის ფარგლები არაა დაკონკრეტებული, სასამართლოს თავისუფლად შეუძლია მისი გამოყენება მსგავს შემთხვევაში.

XI. **კვანტიტატური** უკიდურესი აუცილებლობის **უფრო სადავო** შემთხვევას წარმოადგენს საკითხი, თუ **რამდენად მისატევებელია გაცილებით დიდი რაოდენობის ადამიანთა გადასარჩენად იმ მცირე რაოდენობის ადამიანთა გაწირვა, რომელთაც საფრთხე არ ემუქრებოდათ?**

განვიხილოთ ეს საკითხი მეისრის ცნობილ მაგალითზე (ბრიტანელი ფილოსოფოსი ფილიპ ფოოტი).

მატარებელი არ ემორჩილება მემანქანეს და მიექანება იქითკენ, სადაც ათამდე ადამიანი იმყოფება, რომელთაც გარდუვალი სიკვდილი ემუქრებათ. მეისრეს, რომელმაც ეს ფაქტი დაინახა, აქვს დრო, მატარებელი სხვა რელსზე გადაიყვანოს, სადაც მხოლოდ ერთი ადამიანი იმყოფება.

აქვს თუ არა მეისრეს უფლება, გადაარჩინოს მრავალი ადამიანის სიცოცხლე იმ ერთი ადამიანის სიცოცხლის ხარჯზე, რომელსაც საფრთხე არ ემუქრებოდა? ამ კითხვაზე პასუხის გასაცემად თავდაპირველად უნდა გაირკვეს, მოცემულ შემთხვევაში მეისრეს **მოქმედების ვალდებულება აკისრია, თუ უმოქმედობისა?** სიტუაციის ანალიზით ჩანს, რომ მეისრის მიმართ მოცემულ შემთხვევაში ადგილი აქვს მოქმედებისა და უმოქმედეობის **ვალდებულებათა კოლიზიას.**

კერძოდ, რელსზე მყოფი იმ ათეული მოქალაქის მიმართ, რომლებსაც მატარებლის შეჯახებით გარდუვალი სიკვდილი ემუქრებათ, მეისრე, თავისი სამსახურებრივი მდგომარეობიდან გამომდინარე, სამართლებრივად **ვალდებულია იმოქმედოს** — მატარებელი გადაიყვანოს სხვა რელსზე და ამით გადაარჩინოს ისინი (**ე.ი. ევალება მოქმედება**).

რაც შეეხება სხვა რელსზე მყოფი ერთი მოქალაქის მიმართ, **იგი ვალდებულია, არ იმოქმედოს**, ე.ი. არ უნდა გადაიყვანოს მატარებელი ამ რელსზე, რადგან ასეთი მოქმედების შესრულება გამოიწვევს იმ მოქალაქის გარდუვალ სიკვდილს, რომელსაც საფრთხე არ ემუქრება (**ე.ი. ევალება უმოქმედობა, ანუ აკრძალული აქვს მოქმედება**). მოქმედებისა და უმოქმედობის ვალდებულების კოლიზიის დროს უპირატესობა უნდა მიენიჭოს უმოქმედობის ვალდებულებას, რადგან ასეთ ვითარებაში მოქმედების განხორციელება **აფუძნებს საფრთხეს ისეთი პირის მიმართ,** რომელსაც საფრთხე არ ემუქრებოდა. ე.ი. მეისრემ თავისი **მოქმედებით არ უნდა დააფუძნოს ის საფრთხე,** რომელიც გამოიწვევს სხვა რელსზე მყოფი ადამიანის სიკვდილს, რომელსაც საფრთხე არ ემუქრებოდა.

აქედან გამომდინარე, მეისრის მიმართ უპირატესობა უნდა მიენიჭოს უმოქმედობის ვალდებულებას, ე.ი. იმას, რომ მან არ უნდა გადაიყვანოს მატარებელი სხვა ლიანდაგზე.

ამიტომ თუ მეისრემ არ გადაარჩენა მრავალი ადამიანი, იგი ვერ დაისჯება, რადგან მოცემულ ვითარებაში მას არ ევალებოდა მატარებლის სხვა რელსზე გადაყვანა. **უფრო სწორად რომ ვთქვათ, მას არ ჰქონდა ამის უფლება.**

მაგრამ **რა ვუყოთ იმ შემთხვევას,** თუ მეისრემ მრავალი ადამიანის გადასარჩენად მატარებელი სხვა რელსზე გადაიყვანა და ამან ერთი ადამიანის სიკვდილი გამოიწვია?

ჩვენ მხარს ვერ დავუჭერთ ამ შემთხვევის ბრალის გამომრიცხველ ზეკანონურ უკიდურეს აუცილებლობად მიჩნევას, რადგან ეს პირდაპირ თუ არაპირდაპირ იქნება იმისი აღიარება, რომ მრავალი ადამიანის სიცოცხლე ერთი ადამიანის სიცოცხლისთან შედარებით უფრო დიდი სიკეთეა. მით უმეტეს, რომ არსებობს ამ იდეის გაფართოების საფრთხე, რაც კაცობრიობას ძვირად დაუჯდა კომუნისტური რეჟიმის პერიოდში (უდანაშაულოდ დასჯილი ადამიანების მიმართ ბოლშევიკები აცხადებდნენ: „რა მოსატანია ათასობით თუნდაც უდანაშაულო ადამიანის სიცოცხლე, როცა საქმე ეხება მილიონების ბედნიერ მომავალს“).

საწინააღმდეგო აზრის მომხრეს ასეთი კითხვა უნდა დავუსვათ: რას იტყოდა იგი, თუ დავუშვებთ, რომ რელსზე მყოფი ის ერთი ადამიანი იყო მისი ერთადერთი მცირეწლოვანი შვილი, რომელიც ბურთს გამოუდგა და შემთხვევით აღმოჩნდა ამ რელსზე? ამ შემთხვევაში თუ დაუჭერდა მხარს მეისრის ქმედების ბრალის გამომრიცხველ გარემოებად მიჩნევას?

მეისრის მიერ მატარებლის სხვა რელსზე გადაყვანა **მხოლოდ მაშინ უნდა**

ჩაითვალოს არაბრალეულად, თუ შექმნილი ექსტრემალური ვითარების გამო იგი ისე დაიბნა, რომ ვერ დაინახა სხვა რელსზე მყოფი ადამიანი.

ამდენად, **გაუმართლებლად უნდა** ჩაითვალოს არათუ მრავალი ადამიანის სიცოცხლის გადარჩენა იმ პირის ხარჯზე, ვისაც საფრთხე არ ემუქრებოდა, **არამედ, თუნდაც საკუთარი სიცოცხლის გადარჩენა** ამდაგვარ ვითარებაში, თუ მოცემულ სიტუაციაში **დაბნეულობის ან შიშის გამო ადგილი არ ჰქონდა ცნობიერების ან ნების დროებით გათიშვას.**

XII. თუ შეიძლება ჩაითვალოს ბრალის მისატევებელ ზეკანონურ გარემოებად **ბრალდებულის წამების მუქარა იმ მიზნით, რათა მიიღონ ინფორმაცია დანაშაულის მსხვერპლის ადგილსამყოფელის შესახებ?**

ეს საკითხი მოკლედ განვიხილოთ ე.წ. **„დაშნერის პროცესის"** მაგალითზე.

2002 წელს ფრანკფურტელმა იურიდიული ფაკულტეტის სტუდენტმა გეფგენმა მძევლად ხელთ იგდო ერთ-ერთი ბანკირის 11 წლის შვილი და მშობლისაგან სოლიდური გამოსასყიდი მოითხოვა. რამდენიმე დღეში პოლიციამ მოახერხა მისი დაკავება.

პოლიციის პრეზიდენტის მოადგილე დაშნერი წამებით დაემუქრა გეფგენს, თუ არ გაამხელდა მძევლის ადგილსამყოფელს. მისი მიზანი, რა თქმა უნდა, იყო მცირეწლოვნის სიცოცხლის გადარჩენა.

გეფგენს შეეშინდა წამების და იძულებული გახდა, დაესახელებინა ეს ადგილი. აღმოჩნდა, რომ მას მძევალი უკვე მოკლელი ჰყავდა, რაც პოლიციამ არ იცოდა. დაშნერი სს პასუხისგებაში იქნა მიცემული წამების მუქარის გამო და გასამართლდა ფრანკფურტის სასამართლოს მიერ.

ეს საქმე ძალზე გახმაურდა და მსჯელობის საგნად იქცა არა მარტო სასამართლო ინსტანციებში, არამედ დოქტრინაში.

წინამდებარე სასტატიო ფორმატი არ გვაძლებს საშუალებას, დეტალურად განვიხილოთ ეს მოსაზრებანი და არცაა ამისი აუცილებლობა[29]. ჩვენი მიზანია, ეს შემთხვევა განვიხილოთ რამდენიმე საკითხთან მიმართებაში.

პირველი – რამდენად შესაძლებელია ბრალდებულის წამება ან წამების მუქარა დანაშაულის მსხვერპლის გადარჩენის მიზნით, ჩაითვალოს **მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებად?**

მეორე – რამდენადაა შესაძლებელი ბრალდებულის წამება ან წამების მუქარა დანაშაულის მსხვერპლის გადასარჩენად, ჩაითვალოს ბრალის გამომრიცხველ ან მისატევებელ გარემოებად?

პირველ კითხვაზე პასუხის გასაცემად, ჯერ უნდა გაირკვეს საკითხი:

ა) ადამიანის აბსოლუტურად დაცულ უფლებათა კატეგორიას მიეკუთვნება რო-

---

[29] ამ საკითხზე გამოთქმულ მოსაზრებათა შესახებ იხ.: 1. *მ. ტურავას*, დასახ. ნაშრომი, გვ. 495-502; 2. იხ. *ტურავა მ.*, წამება და წამების მუქარა ადამიანის სიცოცხლის გადასარჩენად - სისხლისსამართლებრივად ნებადართული იძულების ღონისძიება? (ეროვნული და ევროპული მიდგომები მაგნუს გეფგენის საქმის მიხედვით), ჟურნალში, ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო სტანდარტები და საქართველო, სტატ. კრებ., 2011, გვ. 196-226.

გორც სიცოცხლე, ისე მისი პატივი და ღირსება,თუ მხოლოდ პატივი და ღირსება?

ბ) ამასთანავე, უნდა გაირკვეს, საერთოდ წამება ან წამების მუქარა თუ ჩაითვლება აუცილებელი მოგერიების (ან მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი სხვა გარემოების) ერთ-ერთ ხერხად თუნდაც მაშინ, როცა ამ ხერხს მიმართავს სახელმწიფო მოხელე?

თავდაპირველად შევეხოთ წამების საკითხს დასმულ პრობლემასთან მიმართებაში. დავიწყოთ პირველი საკითხით: არის თუ არა ადამიანის აბსოლუტური უფლება მისი პატივი და ღირსება?

სადავო არაა, რომ ადამიანზე ფიზიკური და ფსიქიკური ზემოქმედება მისგან განმარტების, ჩვენების ან ინფორმაციის მიღების მიზნით იკრძალება როგორც საერთაშორისო (ადამიანის უფლებათა 1950 წლის ევროპული კონვენცია, გაეროს 1984 წლისა და ევროსაბჭოს 1987 წლის კონვენციები ადამიანის უფლებათა შესახებ და სხვ.), ისე შიდაეროვნული ნორმებით. კერძოდ, საქართველოს კონსტიტუციით (მე-17 მ. და 42-ე-ის მე-7 ნაწ.) და მოქმედი სს კანონმდებლობით.

სახელდობრ, საქართველოს კონსტიტუციის მე-17 მუხლის მიხედვით, ადამიანის პატივი და ღირსება ხელშეუვალია. დაუშვებელია ადამიანის წამება, არაჰუმანური, სასტიკი ან პატივისა და ღირსების შემლახავი მოპყრობა და სასჯელის გამოყენება.

კონსტიტუციის 42-ე მუხლის მე-7 ნაწილის მიხედვით, კანონის დარღვევით მოპოვებულ მტკიცებულებას იურიდიული ძალა არა აქვს (აღსანიშნავია, რომ 2006 წლის 27 დეკემბრამდე კონსტიტუციის მე-18 მ. მე-4 ნაწილით დაუშვებელი იყო დაკავებული თუ სხვაგვარად თავისუფლებაშეზღუდული პირის ფიზიკური ან ფსიქიკური იძულება, მაგრამ შემდგომში, რატომღაც ეს ნაწილი მე-18 მუხლიდან ამოღებულ იქნა).

კონსტიტუციიდან და საერთაშორისო ნორმებიდან გამომდინარე, საქართველოს სს კოდექსში არის სპეციალური მუხლები, რომელიც კრძალავს წამებას და სხვაგვარ ძალადობას ჩვენების, განმარტებისა თუ ინფორმაციის მისაღებად.

მაგალითად, საქართველოს სსკ 335-ე მუხლი მოხელეს უკრძალავს სხვადასხვა უკანონო ხერხების გამოყენებას, მათ შორის მოტყუებასაც კი (რომ არაფერი ვთქვათ ფიზიკურ ან ფსიქიკურ ძალადობაზე) ჩვენების, დასკვნისა თუ განმარტების მისაღებად. ასევე, სს კოდექსით ნებისმიერ პირს (მათ შორის მოხელეს) ეკრძალება წამება და მისი მუქარა ინფორმაციის, მტკიცებულებისა თუ აღიარების მისაღებად (144[1] და 144[2] მმ.).

საქართველოს სს პროცესის ერთ-ერთ პრინციპად აღიარებულია პიროვნების ღირსების შეუვალობა. ეს პრინციპი სხვა ქმედებებთან ერთად პირდაპირ კრძალავს როგორც წამების, ასევე მუქარის გამოყენებას (სადაც წამების მუქარაც იგულისხმება) პროცესის მონაწილის მიმართ.

ასევე, მოქმედი (ისე როგორც წინა) საპროცესო კანონმდებლობით (72-ე

მ.) დაუშვებელ მტკიცებულებადაა მიჩნეული ამ კოდექსის არსებითი დარღვევით მოპოვებული მტკიცებულება.

უფრო მეტიც, დაუშვებელ მტკიცებულებადაა მიჩნეული არსებითი დარღვევით მოპოვებული მტკიცებულების საფუძველზე კანონიერად მოპოვებული სხვა მტკიცებულება, თუ იგი აუარესებს ბრალდებულის სამართლებრივ მდგომარეობას. წამება და მისი მუქარა იკრძალება ასევე პოლიციის შესახებ კანონით.

ამდენად, წამების გამართლება არ შეიძლება რაიმე საზოგადოებრივი აუცილებლობით ან სახელმწიფოებრივი ინტერესებისათვის.

ეს ყველაფერი სადავო არაა, მაგრამ ნიშნავს თუ არა ეს იმას, რომ სამართალი აწესებს ადამიანის პატივისა და ღირსების პრიმატს მის სიცოცხლის უფლებასთან შედარებით? ე.ი. **ნიშნავს თუ არა ეს იმას, რომ ამ ქმედების გამართლება ასევე არ შეიძლება ადამიანის ძირითადი უფლების (მაგ., სიცოცხლის) დასაცავად, როცა მას იწუთიერი საფრთხე ემუქრება სხვა ადამიანის მართლსაწინააღმდეგო ქმედებით?** სხვაგვარად რომ ვთქვათ, მხოლოდ პატივი და ღირსებაა აბსოლუტურად დაცული სიკეთე და სიცოცხლე არაა აბსოლუტურად დაცული?

XIII. ამ საკითხის გადასაწყვეტად, პასუხი უნდა გავცეთ სხვა კითხვას: საერთოდ **რა არის სამართლებრივი დაცვის მთავარი მიზანი** — ადამიანის სიცოცხლის დაცვა (და პატივი და ღირსებაც მას ემსახურება), თუ მთავარი მიზანი ადამიანის პატივისა და ღირსების დაცვაა (და ადამიანის სიცოცხლე სწორედ ამ მიზანს ემსახურება)? ანუ, პატივი და ღირსებაა უფრო ღირებული სამართლებრივი დაცვის ობიექტი თუ ადამიანის სიცოცხლე?

სადავო არა უნდა იყოს ის, რომ უფრო ღირებული სამართლებრივი (და არა რელიგიური) დაცვის ობიექტი არის ადამიანის სიცოცხლე (იგი არ ექვემდებარება აღდგენას) და სწორედ ამიტომაა, რომ როგორც კონსტიტუციაში, ისე სხვადასხვა მიმდინარე კანონებში მის დაცვას ყველაზე დიდი მნიშვნელობა ენიჭება. ამაზე მეტყველებს ის, რომ საქართველოს კონსტიტუციით თავდაპირველად (მე-15 მ.) ჯერ ადამიანის სიცოცხლის დაცვაზეა საუბარი და მხოლოდ ამის შემდეგ კი, მის პატივსა და ღირსებაზე.

შესაბამისად, სს კოდექსში ადამიანის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულთა კარი იწყება ადამიანის სიცოცხლის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულთა თავით (რომ არაფერი ვთქვათ იმაზე, რომ ყველაზე მკაცრი სასჯელები სწორედ მკვლელობისთვისაა დაწესებული).

ამით იმის თქმა გვინდა, რომ ადამიანის სიცოცხლეც აბსოლუტური უფლებაა და ამ აზრის საწინააღმდეგოდ არ შეიძლება იმ არგუმენტის მოყვანა, რომ მისი მოსპობა მთელ რიგ შემთხვევაში გამორიცხავს ქმედების მართლწინააღმდეგობას (მაგ., აუცილებელი მოგერიება).

საქმე ისაა, რომ, მართალია, როგორც აღინიშნა, წამების გამართლება არ შეიძლება რაიმე საზოგადოებრივი აუცილებლობით ან სახელმწიფოებრივი

ინტერესებისათვის, მაგრამ, როგორც ეს თავად გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის წამების საწინააღმდეგო კონვენციაშია აღნიშნული, წამებად არ ჩაითვლება პირისადმი გადაუდებელი აუცილებლობის პირობებში ოპერაციის გაკეთება გაუტკივარების გარეშე (ამპუტაციის ჩატარება), როცა ეს ოპერაცია აუცილებელია მისი სიცოცხლის ან ჯანმრთელობის დასაცავად.

ცხადია ამ შემთხვევაში, ქმედება შეიცავს წამების ნიშნებს, მაგრამ იგი მიჩნეულია მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებად, რადგან ემსახურება ამ პირის სამართლებრივად უფრო ღირებული ობიექტის – სიცოცხლის გადარჩენას.

ამდენად, თავად კონვენცია აღიარებს, რომ ადამიანის სიცოცხლე (და ჯანმრთელობაც კი) უფრო ღირებული სამართლებრივი სიკეთეა.

ისმის კითხვა: იქნებ აქ იგულისხმება მხოლოდ ის შემთხვევა, როცა საჭირო ხდება თავად ამ პირის სიცოცხლის დაცვა?

ამ კითხვაზე პასუხი შეიძლება ასეთი იყოს: **თუნდაც ასეთი დაშვების შემთხვევაშიც აშკარაა, რომ ადამიანის სიცოცხლე უფრო ღირებული ობიექტია, ვიდრე მისი პატივი და ღირსება.**

ამდენად, სწორად უნდა ჩაითვალოს მოსაზრება, რომლის მიხედვითაც „სიცოცხლის უფლება მიეკუთვნება უზენაეს სამართლებრივ ღირებულებებს. მიუხედავად იმისა, რომ, მეცნიერთა უმრავლესობის აზრით, უმნიშვნელოვანესი ძირითადი უფლება ადამიანის ღირსებაა, იგი წარმოუდგენელია სიცოცხლის უფლების გარეშე, რომელიც ადამიანის ღირსების არსებითი ელემენტი და ყველა დანარჩენი ძირითადი უფლების „სასიცოცხლო“ წინაპირობაა“[30].

ამდენად, სიცოცხლე არის ადამიანის აბსოლუტური უფლება, რაზეც მეტყველებს საქართველოს კონსტიტუციის მე-15 მუხლი: სიცოცხლე ადამიანის ხელშეუვალი უფლებაა და მას იცავს კანონი.

ამასვე ემსახურება ის, რომ კონსტიტუციის ამავე მუხლით ფაქტობრივად გაუქმდა სიკვდილით დასჯა, როგორც სასჯელის განსაკუთრებული ღონისძიება. ე.ი. სახელმწიფომაც კი უარი თქვა ამ უფლების გამოყენებაზე.

XIV. საკითხის სრულყოფილად წარმოჩენისათვის უნდა გაირკვეს, თუ **როგორ უნდა გავიგოთ აბსოლუტურად დაცული სიკეთე?**

საერთოდ, ბუნებაში (ასევე სამართალში) არაფერი არ არსებობს აბსოლუტური. ყველაფერი მაინც შეფარდებითია. როცა ვამბობთ, რომ ესა თუ ის სიკეთე აბსოლუტური უფლებაა, აქ უნდა ვიგულისხმოთ შემდეგი: თუკი პირის თანხმობა მისი ამა თუ იმ სიკეთის ხელყოფაზე არ გამორიცხავს ქმედების მართლწინააღმდეგობას, მაშინ ეს სიკეთე აბსოლუტურად დაცულია. ეს ითქმის სიცოცხლის უფლებაზე, რადგან პირის თანხმობა მის მოკვდინებაზე, არ გამორიცხავს მკვლელობის მართლწინააღმდეგობას.

ოპონენტი მაინც დასვამს ასეთ კითხვას: თუკი სიცოცხლეც აბსოლუტური

---

[30] იხ. *კუბლაშვილი კ.*, ძირითადი უფლებები, 2003, გვ. 124.

სიკეთეა, მაშინ რატომაა შესაძლებელი მისი მოსპობის აღიარება მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებად სხვისი სამართლებრივი სიკეთის დაცვისას?

ამასთან დაკავშირებით პასუხი უნდა გაეცეს ჩვენ მიერ ზემოთ დასმულ მეორე კითხვას: **შესაძლებელია თუ არა წამება ჩადენილ იქნეს მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებაში?**

აღიარებული მოსაზრების მიხედვით, წამება არ შეიძლება ჩადენილ იქნეს სხვისი სამართლებრივი სიკეთის გადასარჩენად, ანუ იგი არ შეიძლება ჩადენილ იქნეს მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებაში[31].

რამდენად დასაბუთებულია ეს მოსაზრება?

ამ კითხვაზე პასუხის გასაცემად, დეტალურად უნდა განვიხილოთ წამების (სსკ 144[1] მ.) ობიექტური შემადგენლობა, რომელიც შეიძლება განხორციელდეს:

ა) როგორც დროში გაწელილი ქმედება შესაბამისი შედეგით და

ბ) როგორც იმწუთიერი ქმედება ასევე შესაბამისი შედეგით (რა თქმა უნდა, ორივე მათგანი ჩადენილია სხვადასხვა მიზნით, რაც ჩამოთვლილია შესაბამის მუხლში).

პირველი სახის ქმედებას სსკ 144[1] მუხლის დისპოზიციაში შეესაბამება სიტყვები: „ისეთი პირობების შექმნა, რომელიც თავისი ინტენსივობით ან ხანგრძლივობით იწვევს ძლიერ ფიზიკურ ტკივილს, ან ფსიქიკურ ან მორალურ ტანჯვას და რომლის მიზანია...“ (მაგალითად, მღრღნელებით სავსე, ბნელ ოთახში პირის გამიზნული მოთავსება დიდი ხნით, რამაც ფსიქიკური ტანჯვა გამოიწვია. ანდა წვრილი ნემსით ჩხვლეტა ხანგრძლივი დროის განმავლობაში სხეულის სხვადასხვა ან ერთ კონკრეტულ ადგილას, რამაც იგივე შედეგი გამოიწვია).

მეორე სახის ქმედებას კი ამავე მუხლში შეესაბამება სიტყვები: „ისეთი მოპყრობა, რომელიც თავისი ხასიათით იწვევს ძლიერ ფიზიკურ ტკივილს ან ....“ (მაგალითად, ფრჩხილში გრძელი, წვეტიანი ჩხირის ჩასობა, რამაც ძლიერი ფიზიკური ტკივილი გამოიწვია; ანდა სათანადო ხელსაწყოთი ფრჩხილის უეცარი ამოძრობა, რომელმაც იგივე შედეგი გამოიწვია).

აქედან პირველი სახის ქმედება, როდესაც მისი ჩამდენის მიზანი მიიღწევა დროში გაწელილი ქმედებით, შეუძლებელია ჩაითვალოს მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ რაიმე გარემოებად, რადგან მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოება გულისხმობს პირის მიზანს, იხსნას სამართლებრივი სიკეთე (თავისი ან სხვისი) იმწუთიერი მართლსაწინააღმდეგო ხელყოფისაგან. ამისათვის კი არაა საჭირო დროში გაწელილი ქმედება.

მაგრამ არაა გამორიცხული, პირმა მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებაში ჩაიდინოს ქმედება, რომელიც შეიცავს მეორე სახის წამების ნიშნებს.

---

[31] ამ საკითხზე იხ. *მ. ტურავას* დასახ. სტატია ჟურნ.-ში ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო სტანდარტები და საქართველო, გვ, 219.

მაგალითად, ა. თავს დაესხა ბ-ს მოკვლის მიზნით დანით ხელში. მან ერთი ხელი წაავლო ბ-ს, ხოლო მეორე ხელით კი მოუღერა დანა გულის არეში. ბ-მ სასწრაფოდ ამოიღო ჯიბიდან გრძელი ჩხირი და ფრჩხილში მთელი ძალით ჩაასო თავდამსხმელს, რათა მას შეეწყვიტა თავდასხმა და ამით გადაერჩინა სიცოცხლე. ა-მ ძლიერი ტკივილის გამო დანა ხელიდან გაუშვა (დააგდო). ამით ისარგებლა ბ-მ და გაიქცა.

შედეგად, ა-მ განიცადა ხანგრძლივი ძლიერი ფიზიკური ტკივილი, რადგან საკმაო ხანს ვერ შეძლო ფრჩხილში ღრმად ჩასობილი ჩხირის ამოღება. არის თუ არა ბ-ს ქმედებაში წამების ნიშნები?

სახეზეა წამების როგორც ობიექტური, ისე სუბიექტური შემადგენლობა. კერძოდ, ობიექტურად, მან ჩაიდინა ისეთი ქმედება, რომელიც, თავისი ხასიათიდან გამომდინარე, იწვევს ძლიერ ფიზიკულ ტკივილს (და გამოიწვია კიდეც).

ხოლო სუბიექტურად სსკ 144[1] მუხლით გათვალისწინებული ქმედების ჩამდენისათვის წამება სრულებით არაა თვითმიზანი. იგი ემსახურება ამ მუხლში ჩამოთვლილი რომელიმე მიზნის მიღწევას. აქედან კი ერთ-ერთია პირის იძულება. ბ-ს მიზანი სწორედ რომ იყო ა-ს იძულება. კერძოდ, მისი იძულება, რათა მას შეეწყვიტა თავდასხმა. ამასთან, ბ-მ იცოდა, რომ გრძელი ჩხირის ფრჩხილებში ღრმად ჩასობას აუცილებლად მოჰყვება ძლიერი ფიზიკური ტკივილი.

ამდენად, ბ-ს ქმედება ფორმალურად შეიცავს წამების ნიშნებს, მაგრამ ამის მიუხედავად, იგი ჩადენილია მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებაში. კერძოდ, აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობაში, რადგან სახეზეა აუცილებელი მოგერიების როგორც ობიექტური (ხელყოფა იყო რეალური, მართლსაწინააღმდეგო, იმწუთიერი, მიმართული სამართლებივად მნიშვნელოვანი (რელევანტური) სიკეთის წინააღმდეგ), ისე სუბიექტური ნიშნები (პირის მიზანი იყო სამართლებრივი სიკეთის დაცვა იმწუთიერი ხელყოფისაგან). ამასთან, არაა გადაცილებული აუცილებელი მოგერიების ფარგლები.

მოცემულ შემთხვევაში, ბ-ს იმის უფლებაც ჰქონდა, რომ მოეკლა ა. მან კი შედარებით ნაკლები ზიანის მიყენებით შეძლო ხელყოფის შეწყვეტა.

არაა გამორიცხული, მსგავსი ხერხი გამოიყენოს სახელმწიფო მოხელემაც (თუ ხელთ სხვა საშუალება არა აქვს) თავისი ან სხვისი სიცოცხლის გადასარჩენად. იმ განსხვავებით, რომ იგი მართლსაწინააღმდეგო ხელყოფის შეწყვეტის შემდეგ შემთხვევის ადგილიდან არ გაიქცევა და თავდამსხმელის დაკავებას შეეცდება.

როგორც ვხედავთ, **არაა გამორიცხული წამება ზოგჯერ იყოს ჩადენილი მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებაში**, თუ იგი განხორციელებულია იმწუთიერი ქმედებით.

ეს არ უნდა გავიგოთ ისე, რომ სახელმწიფო მოხელეს უფლება აქვს მიმართოს წამების რომელიმე ხერხს მაშინ, როცა მას სურს გაიგოს მსხვერპლის ადგილსამყოფელი, რათა იხსნას იგი.

XV. რატომ არა აქვს ასეთი უფლება? აქაც ხომ მისი მიზანია ადამიანის სიცოცხლის გადარჩენა? **რით განსხვავდება ეს შემთხვევა ზემოთ მოყვანილი მაგალითისაგან?** განსხვავება ისაა, რომ ზემოთ მოყვანილ მაგალითში მომგერიებლის (თუნდაც სახელმწიფო მოხელის) ქმედებით შესაძლებელია პირისადმი მიმართული საფრთხის დაუყონებლივი განეიტრალება. ასეთი შესაძლებლობა კი არ იქმნება მსხვერპლის ადგილსამყოფელის შესახებ ინფორმაციის მოპოვებით, რადგან ასეთი ინფორმაცია თავისთავად ვერ მოხსნის მსხვერპლის მიმართ შექმნილ საფრთხეს (თუ რატომ, ამაზე უფრო დაწვრილებით ქვემოთ, დაშნერის საქმესთან დაკავშირებით გვექნება საუბარი).

XVI. იგივე კითხვა უნდა **დაისვას წამების მუქარის** მიმართაც: შეიძლება თუ არა წამების მუქარა იყოს აუცილებელი მოგერიების ხერხი მაშინაც კი, როცა ამას მიმართავს სახელმწიფო მოხელე?

ეს საკითხი განვიხილოთ ასეთ მაგალითზე:

ჭუჩაში მოქალაქემ პოლიციელის თვალწინ მეორეს დანა მოუღერა და ისისაა უნდა ჩაარტყას სიცოცხლისათვის საშიშ ორგანოში. პოლიციელმა მრისხანე ტონით შესძახა: **შეეშვი, თორემ პოლიციაში წამებით ტანჯვა არ აგცდებაო.** მოქალაქეს შეეშინდა წამების და დაუშვა დანა.

ჩაითვლება თუ არა მოცემულ შემთხვევაში **წამების მუქარა** პოლიციელის მხრიდან აუცილებელი მოგერიების (აუცილებელი დახმარების) ხერხად?

პარადოქსულ სიტუაციაში აღმოვჩნდებით, თუ ჩვენ ამ ქმედებას აუცილებელი მოგერიების შეფასებას არ მივცემთ, რადგან გამოვა, რომ პოლიციელს მოცემულ ვითარებაში აქვს ცეცხლსასროლი იარაღის გამოყენების უფლება მოქალაქის სიცოცხლის დასაცავად (რასაც შესაძლოა, მოჰყვეს ხელმყოფელის სიკვდილი). მაგრამ მას არა აქვს წამების მუქარის უფლება იმავე სამართლებრივი სიკეთის დასაცავად (რასაც მოჰყვება ხელმყოფელის მხოლოდ შეშინება).

მოცემულ მაგალითში ზედმეტია საუბარი იმაზე, რომ ასეთი ქმედება გამართლებული იქნებოდა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მას ჩაიდენდა კერძო პირი და არა სახელმწიფო მოხელე. პირიქით, თუ კერძო პირის უფლებაა სხვა პირისათვის აუცილებელი დახმარების გაწევა, სათანადო სახელმწიფო ორგანოს წარმომადგენლისათვის, იგი სამართლებრივი ვალდებულებაა[32].

ამდენად, წამების მუქარა რომ უნდა ჩაითვალოს აუცილებელი მოგერიების ხერხად, ეს არ უნდა იყოს სადავო, რასაც, როგორც წესი, ვერ ვიტყვით წამებაზე.

XVII. ასეთ ვითარებაში კი ისმის ლოგიკური კითხვა: **მაშ, რას გულისხმობს ჩვენ მიერ ზემოთ მოყვანილი ქვეყნის შიდა და საერთაშორისო აქტები, რომლებიც ცალსახად კრძალავენ წამებასა და სხვა არაადამიანურ მოპყრობას, ასევე წამების მუქარას?** განსახილველი საკითხის სწორად გადაწყვეტისათვის უნდა აღინიშნოს, რომ საპროცესო კანონმდებლობის ეს ნორმები საკმაოდ სამართლიანი

---

[32] ამ საკითხზე არსებული განსხვავებული თეორიების შესახებ იხ. *მ. ტურავა*, დასახ. სტატია, მითითებულ ჟურნალში, გვ. 212-214.

და უდავოა, როცა საქმე ეხება საგამოძიებო და სასამართლო მოქმედებების ჩატარებას მტკიცებულებათა მოპოვებისა და საქმეზე გადაწყვეტილების გამოტანის მიზნით.

ჩვენ მიერ განსახილველ შემთხვევაში კი საქმე ეხება არა მტკიცებულებათა მოპოვების მიზნით ჩატარებულ საგამოძიებო მოქმედებას, არამედ საქმე ეხება მსხვერპლის სიცოცხლის იმწუთიერი საფრთხისაგან გადარჩენის მიზნით ჩატარებულ სამართლებრივ მოქმედებას.

სხვაგვარად რომ ვთქვათ, სულ სხვაა საგამოძიებო მოქმედება, რომლის მიზანია „საქმის გახსნა". **ასევე სულ სხვაა სასამართლო მოქმედება, რომლის მიზანია საქმეზე სამართლიანი და კანონიერი გადაწყვეტილების მიღება, ხოლო სულ სხვაა მოქალაქეთა (მათ შორის სახელმწიფო მოხელეთა) მოქმედება, რაც მიზნად ისახავს ადამიანის სიცოცხლის დაცვას იმწუთიერი საფრთხისაგან.**

ესაა ის პრინციპული საკითხი, რაც ერთმანეთისაგან განასხვავებს ძალადობის მუქარას, როგორც საგამოძიებო და სასამართლო მოქმედებას და ძალადობის მუქარას (ზოგჯერ კი ძალადობასაც), როგორც ადამიანის სიცოცხლის იმწუთიერი საფრთხისაგან გადარჩენისაკენ მიმართულ ქმედებას.

ამდენად, საქართველოს კონსტიტუციის ზემოთხ სენებული ნორმები, ასევე საერთაშორისო და ქვეყნის შიდა კანონები (სსკ და სსსკ შესაბამისი მუხლები), რომლებიც კრძალავენ ძალადობის მუქარას (მათ შორის წამების მუქარას), სრულებით არ გულისხმობენ ამ ხერხების გამოყენების აკრძალვას ადამიანის ისეთი უზენაესი სიკეთის დასაცავად იმწუთიერი ხელყოფისაგან, როგორიცაა მისი სიცოცხლე.

გამომდინარე აქედან, ლიტერატურაში სავსებით სწორადაა აღიარებული, რომ სიცოცხლის უფლება სახელმწიფოს არა მარტო უკრძალავს ადამიანის მოკვლას, არამედ იმავდროულად ავალდებულებს მას, აქტიურად დაიცვას ადამიანის სიცოცხლე. სახელმწიფომ უნდა უზრუნველყოს სიცოცხლის ეფექტიანი დაცვა[33].

საბოლოოდ, შეიძლება ითქვას, რომ ზემოთ ხსენებული ნორმები არ ეხება სს პასუხისმგებლობის გამომრიცხველ გარემოებებს (არც მართლწინააღმდეგობისა და არც ბრალის გამომრიცხველ გარემოებას). სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის გამომრიცხველი გარემოებები არ გამომდინარეობს ამა თუ იმ სახელმწიფოს ან სახელმწიფოთაშორისი პოზიტიური ნორმებიდან.

სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ნებისმიერი ცივილიზებული სახელმწიფო ვალდებულია, აღიაროს ეს ბუნებითი უფლება და მისი სახლდებითი მითითება ქვეყნის კონსტიტუციაში სავალდებულო არაა.

ამრიგად, ზემოთ ხსენებული ნორმებით იკრძალება ძალადობა და მისი მუქარა, ასევე სხვა უკანონო ხერხის გამოყენება (შანტაჟი, მოტყუება და ა.შ.) სხვა ნებისმიერი მიზნით (მაგალითად, პირადი ეგოისტური ან თუნდაც მარ-

---

[33] იხ. *კუბლაშვილის* დასახ. ნაშრ. გვ. 125.

თლმსაჯულების განხორციელების მიზნით) და არა ადამიანის სიცოცხლის იმწუთიერი საფრთხიდან დახსნის მიზნით.

XVIII. მივუბრუნდეთ დაშერის მაგალითს. აქ ძირითადი პრობლემა ისაა, რომ სამართლებრივი სიკეთე, რომლის გადარჩენასაც ცდილობდა პოლიციის ჩინოსანი, უკვე აღარ არსებობდა. ანუ მას საფრთხე უკვე არ ემუქრებოდა.

ამდენად, მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებაზე მსჯელობა არადროულია. აქ მსჯელობა მხოლოდ ბრალის გამორიცხვაზეა შესაძლებელი.

მაგრამ დავუშვათ, რომ მოზარდი ჯერ კიდევ ცოცხალი იყო. თუ ჩაითვლება ამ დროს მსხვერპლის გადარჩენის მიზნით ბრალდებულის წამების მუქარა (და არა წამება) გარემოებად, რაც გამორიცხავს მართლწინააღმდეგობას?

ჩვენ ზემოთ უკვე აღვნიშნეთ, თუ რა მიზანს ემსახურება ის, რომ წამება და სხვა არაადამიანური მოპყრობა იკრძალება როგორც საქართველოს კონსტიტუციით, ისე შესაბამისი საერთაშორისო კონვენციებით. პირის აბსოლუტური უფლებაა, დაცული იყოს ამ ქმედებებისაგან და არანაირი სახელმწიფო ან საზოგადოებრივი აუცილებლობით მისი გამართლება არ შეიძლება. აქ არ იგულისხმება პირის იმწუთიერი საფრთხისაგან გადარჩენის მიზანი.

ამასთან დაკავშირებით დოქტრინაში სწორადაა დასმული საკითხი, რომ თუ მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ ქმედებას წარმოადგენს ტერორისტისათვის გამიზნული სროლა (ე.წ. ფინალური სროლა მძევლის გადასარჩენად), როცა სხვა საშუალება არ არსებობს, მაშ, რატომ არ უნდა ჩაითვალოს იმავე მიზნით წამება ან წამების მუქარა არც მართლწინააღმდეგობის და არც ბრალის გამომრიცხველ გარემოებად? თუმცა ამ კითხვაზე პასუხი არაა გაცემული[34].

დასმულ კითხვას პასუხი უნდა გაეცეს. კერძოდ, **განსხვავება აქ შემდეგშია:** ტერორისტისათვის ე.წ. ფინალური სროლის დროს მძევალი მის ხელთაა და მას იმწუთიერი საფრთხე ემუქრება ტერორისტისაგან. ამიტომ ტერორისტის „გაუვნებელყოფით" მძევლის სიცოცხლის საფრთხეც მოისპობა. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ტერორისტის მოკვლა არის მძევლის სიცოცხლის გადარჩენის პირდაპირი საშუალება. სწორედ ამიტომ ჰქვია მას „ფინალური სროლა". ე.ი. ამ სროლით მთავრდება საფრთხე.

სხვა ვითარებასთან გვაქვს საქმე, როცა ბრალდებულის წამების მუქარით ცდილობენ მიაკვლიონ მსხვერპლის ადგილსამყოფელს, რათა იხსნან იგი. ანდა მიაკვლიონ ბომბის ადგილს, რომელიც წამზომზეა შეერთებული, რათა გააუვნებელყონ იგი.

ამ შემთხვევაში ხდება სასურველი ინფორმაციის მიღება ბრალდებულისაგან. ხოლო **ინფორმაცია თავისთავად ვერასოდეს ვერ მოხსნის საფრთხეს,** საფრთხე ჯერ კიდევ იარსებებს. თუმცა ეს ინფორმაცია სამართალდამცავებს აძლევს შესაძლებლობას, გადაარჩინონ სამართლებრივი სიკეთე მათი შემდგომი ძალისხმევით (მძევლის ნორმალურ პირობებში გადაყვანით და სხვა აუცილებელი

---

[34] იხ. *ტურავა მ.*, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, გვ. 500.

დახმარების გაწევით; დანაღმული ბომბის განეიტრალებით და სხვა).

როგორც ვხედავთ, განსხვავება სახეზეა, მაგრამ **რა ვუყოთ იმას, რომ განსხვავება დამნაშავისადმი მიყენებული ზიანით გამოწვეულ შედეგებს შორისაც არსებითია?** კერძოდ, „ფინალური სროლისას“ ხდება ტერორისტის სიცოცხლის მოსპობა, ხოლო წამების მუქარისას კი – არა. სიცოცხლის უფლებაც აბსოლუტურია და მისი ხელყოფის გამართლება ასევე დაუშვებელია სახელმწიფოებრივი თუ საზოგადოებრივი საჭიროების არგუმენტით. **იგი ყველაზე შეუფასებელი სიკეთეა.**

აქედან გამომდინარე, სერიოზულად საფიქრებელია, ჩაითვალოს თუ არა ასეთ ექსტრემალურ ვითარებაში წამების მუქარა (და არა წამება) მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებად.

პირადად მე მას მხარს ვუჭერ, რადგან სახეზეა მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოების მართლზომიერებისათვის საჭირო ყველა პირობა. ამის საწინააღმდეგო არგუმენტად (რაზეც ზემოთ უკვე ვისაუბრეთ) არ გამოდგება ის, რომ ამით დაირღვევა სახელმწიფოს კონსტიტუცია და საერთაშორისო სამართალი.

XIX. რაც შეეხება წამებას, კატეგორიულად უნდა ითქვას, რომ იგი ვერც ერთ შემთხვევაში ვერ ჩაითვლება მართლწინააღმდეგობის (და ვერც ბრალის) გამომრიცხველ გარემოებად მაშინ, როცა ამას სჩადის სახელმწიფო მოხელე, თუ მისი მიზანი არაა ადამიანის სიცოცხლის გადარჩენა იმწუთიერი საფრთხისაგან იმწუთიერი ქმედებით.

თუკი დღეს სახელმწიფო ტერორისტული დანაშაულის მიმართ დააწესებს ასეთ „გამონაკლისს“, ხვალ იგი დაწესდება სხვა განსაკუთრებით საშიში დანაშაულის მიმართ და ა.შ.

გარდა ამისა, **ასეთი „გამონაკლისი“** ნიშნავს უარის თქმას ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებული უფლების დაცვაზე და გზას უხსნის მოხელეს მისი ფართოდ გამოყენებისკენ.

წამების მუქარას კი, რომელიც არაა წამება (ისინი კონვენციებშიც ცალცალკე ქმედებებადაა მოხსენიებული), წამებისაგან განსხვავებულად უნდა მივუდგეთ.

კერძოდ, განსხვავებით წამებისაგან, წამების მუქარა **არის ვერბალური** და **შედეგგარეშე** დანაშაული, რომელიც მუქარის წარმოთქმისთანავეა დასრულებული. მისი სოციალური საშიშროება გაცილებით ნაკლებია. ამაზე მიუთითებს ის ფაქტი, რომ საქართველოს კანონმდებლობით წამება არის მძიმე დანაშაული, ხოლო წამების მუქარა – ნაკლებად მძიმე დანაშაული (144[1] მ-ის პირვ. ნაწ. ისჯება თ.ა. ვადით 7-დან 10 წ-მდე, მისი ყველაზე მკაცრი ძირითადი სასჯელია თ.ა. 12-დან 17 წლამდე; **ხოლო წამების მუქარის ყველაზე მკაცრი სასჯელია** თ.ა. ვადით 2 წლამდე).

ამდენად, წამებისა და მისი მუქარის ერთ სიბრტყეში დაყენება მიუღებელია.

XX. ახლა განვიხილოთ ზემოთ ხსენებული დაშნერის საქმეში რამდენადაა შესაძლებელი, პოლიციის ჩინოსნის ქმედება ჩაითვალოს **ბრალის გამომრიცხველ ანალოგიურ** (ზეკანონურ) გარემოებად?

როგორც აღვნიშნეთ, ფრანკფურტის სასამართლომ მას ასეთი შეფასება არ მისცა[35].

ისმის კითხვა: იქნებ ეს გადაწყვეტილება სწორია იმ არგუმენტით, რომ ბავშვის გადარჩენის სხვა საშუალებაც არსებობდა?

სხვა რა საშუალება შეიძლება არსებობდეს მოცემულ მაგალითში მსხვერპლის ადგილსამყოფელის დასადგენად?

სტუდენტი გეფგენი ერთპიროვნული ამსრულებელი იყო და სხვა პირთაგან ინფორმაციის მიღება შეუძლებელი იყო.

თუ სხვა კანონიერი ხერხი არ იყო გამოყენებული პოლიციის მხრიდან, ეს განაჩენში უნდა იყოს დაფიქსირებული, რაც მოცემულ განაჩენში არაა.

საერთოდ, სხვა საშუალება ინფორმაციის მისაღებად (გარდა ბრალდებულის ჩვენებისა) გამოძიებას თეორიულად (იდეაში) ყოველთვის აქვს, მაგრამ იგი დაკავშირებულია ისეთი საპროცესო მოქმედების შესრულებასთან, რაც გარკვეულ დროს მოითხოვს. მძევლის შემთხვევაში კი თითოეული წუთი შესაძლოა გადამწყვეტი იყოს მსხვერპლის სიცოცხლის შესანარჩუნებლად. ყველაფერი ეს კონკრეტული შემთხვევის შეფასებისას მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული.

მით უმეტეს, როცა სახელმწიფო უძლურია მოიპოვოს მოქალაქეთა გადასარჩენად აუცილებელი ინფორმაცია ან ყველა გზა ამოწურულია, რამდენად სწორია არ მივუტევოთ მოხელეს ისეთი ვერბალური დანაშაულით გათვალისწინებული ქმედების ჩადენა, როგორიცაა წამების მუქარა და დაუცველი დავტოვოთ მოქალაქე? მძევალი თუ დროზე ვერ გამოიხსნეს, იგი შეიძლება მოუვლელობისგან ან ფსიქიკური განცდებისაგანაც გარდაიცვალოს.

დაუსაბუთებლად უნდა ჩაითვალოს ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრება, რომლის მიხედვითაც ტერორისტის მიმართ წამების მუქარის ლეგიტიმაცია, თუნდაც ბრალის გამომრიცხველ საპატიებელ უკიდურეს აუცილებლობაზე მითითებით, სამართლებრივად არასწორი იქნებოდა, რადგან ასეთი პრეცედენტი შექმნიდა შესაძლებლობას პოლიციელს გადაეხვია ამ სამართლებრივი აკრძალვის აბსოლუტურობიდან და დაირღვეოდა სახელმწიფოს კონსტიტუცია და საერთაშორისო სამართალი.[36]

როგორც უკვე აღინიშნა, ეს აკრძალვები არ ეხება იმ შემთხვევებს, როცა სახეზეა ადამიანის სიცოცხლის იმწუთიერი საფრთხე სხვათა მართლსაწინააღმდეგო ქმედების გამო. გარდა ამისა, უნდა გვახსოვდეს, რომ კონსტიტუციაც და საერთაშორისო აქტებიც (ზოგადად სამართალი) ემსახურება ადამიანს და არა პირიქით. ადამიანი არის უზენაესი სიკეთე და არა ესა თუ ის სამართ-

---

[35] იხ. NJW, 2005, გვ. 692. ციტირებულია *მ. ტურავას* დასახ. ნაშრომიდან, გვ. 494.

[36] იხ. *მ. ტურავას* დასახ. ნაშრომი, გვ. 500.

ლებრივი ნორმა, რომელიც ადამიანების მიერაა შექმნილი.

საინტერესოა, რა გადაწყვეტილებას მიიღებდა სასამართლო დაშნერის მიმართ, პოლიციელებს ამ მუქარის „წყალობით" მძევალი ცოცხალი რომ ეპოვათ და გადაერჩინათ?

ბრალის მისატევებელი გარემოების შეფასებისას მხედველობაში არ უნდა მივიღოთ ის, თუ რამდენად მოახერხა პირმა სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენა. მთავარია ასეთი მიზნის არსებობა.

აღსანიშნავია, რომ გეფგენის საჩივარი გერმანიის წინააღმდეგ განიხილა ადამიანის უფლებათა სტრასბურგის სასამართლომ და 2008 წლის გადაწყვეტილებით გეფგენი არ აღიარა მსხვერპლად ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის 34-ე მუხლის მიხედვით. მაგრამ ამავე სასამართლოს დიდმა პალატამ იგი ცნო მსხვერპლად ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევის გამო (გეფგენის მიმართ ძალადობის მუქარა ჩაითვალა კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევად)[37].

სტრასბურგის სასამართლომ დაშნერის ქმედებას არ მისცა წამების შეფასება იმ არგუმენტით, რომ **მუქარა დროის მცირე მონაკვეთში გრძელდებოდა და არ** გამოუწვევია მძიმე შედეგი[38].

სასამართლოს ეს მოსაზრება საყვედით სწორად უნდა ჩაითვალოს. წამებასა და წამების მუქარას შორის ძირითადი განსხვავება სწორედ იმაში მდგომარეობს, რომ წამება იწვევს ისეთ შედეგებს, როგორიცაა ძლიერი ფიზიკური ტკივილი, ფსიქიკური ან მორალური ტანჯვა.

წამების მუქარის დროს კი ასეთი შედეგი არ დგება.

საერთოდ, წამების ერთ-ერთი ხერხი შესაძლოა მისი მუქარაც იყოს, მაგრამ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ იგი გამოირჩევა თავისი ხასიათით, ინტენსივობით ან ხანგრძლივობით და დადგება ზემოთ მითითებულ შედეგთაგან ერთ-ერთი მაინც.

ამდენად, დაუსაბუთებელი ჩანს სტრასბურგის სასამართლოს დიდი პალატის გადაწყვეტილება, რომელმაც დაშნერის ქმედებას წამების შეფასება მისცა და დადასტურებულად ცნო ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევა პოლიციის მხრიდან.

შედეგად მივიღეთ ის, რომ ამ საშიში დანაშაულის ჩამდენმა სასამართლოს წესით მოითხოვა წამების მუქარით მიყენებული მორალური ზიანის ანაზღაურება და 3000 ევრო მიიღო კიდეც.

ამდენად, დაშნერის საქმესთან დაკავშირებით შეიქმნა ვითარება, როცა ერთ მხარეს დგას მკვლელი, რომელსაც ეკისრება სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა, ამასთანავე, სამოქალაქო წესით ვალდებულია, მოკლული მძევლის მშობელს გადაუხადოს მორალური კომპენსაცია. მეორე მხარეს კი დგას სახ-

---

[37] იხ. იქვე გვ. 501-502.

[38] იხ. *მ. ტურავას* დასახ. ნაშრომი, გვ. 502.

ელმწიფო, რომელმაც სს წესით პასუხი აგებინა მკვლელს. ამასთანავე, მანვე უნდა აიღოს ვალდებულება, რომ გადაუხადოს მკვლელს სახელმწიფო მოხელეთა უკანონო ქმედებით გამოწვეული მორალური კომპენსაცია.

მეტისმეტი ფორმალობა ხომ არ არის?

XXI. ტრაგიკული კოლიზიისათვის რამდენად აუცილებელია, ერთი პირის სამართლებრივი **სიკეთის გადარჩენა მოხდეს სხვა პირის** სამართლებრივი სიკეთის ხარჯზე?

თუ ჩაითვლება ტრაგიკულ კოლიზიად შემთხვევა, როცა იმწუთიერი საფრთხე მიმართული იყო **ერთი და იმავე პირის სხვადასხვა სამართლებრივი სიკეთის წინააღმდეგ,** საიდანაც მეორე პირმა ერთ-ერთი სიკეთის გადარჩენა მოახერხა?

ამ კითხვაზე პასუხის გასაცემად მოვიყვანოთ ასეთი მაგალითი: საომარი მოქმედების დასრულების შემდეგ ორი მეომარი, რომლებმაც მტერს დიდი ზარალი მიაყენეს, ცდილობენ სამშვიდობოს გავიდენენ. მათ უკან მისდევს მტრის ლაშქარი. მეომრებმა, რომლებიც ამავე დროს მეგობრები არიან, იციან, თუ მტრის ლაშქარს ისინი ხელთ ჩაუვარდათ, წამებით სიკვდილი არ ასცდებათ. როცა ისინი მთაზე ადიოდნენ, ერთ-ერთი მათგანი უკან ჩამორჩა, რის გამოც მას მტერი წამოეწია, ალყაში მოაქცია და წამება დაუწყო. ამ ფაქტს თვალს ადევნებს მთაზე ასული მეორე მეგობარი. იგი ხედავს, რომ მის მეგობარს მტერი ძლიერი წამებით მოკლავს. მან გადაწყვიტა, წამებით მოკვდინებისაგან ისხნას იგი. რადგან მტრის ლაშქარს ვერაფერს დააკლებდა, ამიტომ მეგობარს დაუმიზნა იარაღი და ერთი გასროლით მოკლა.

შეიძლება სხვა მაგალითის მოყვანაც: აფხაზეთის, ომში ქ. სოხუმის დაცემისას, ქართველი მეომრები უკან იხევდნენ, რა დროსაც ერთ-ერთი მათგანი სასიკვდილოდ დაიჭრა. მისი ტრანსპორტირების საშუალება არ არსებობდა. მტერი კი წუთი-წუთზე ახლოვდებოდა. ჯარისკაცებმა იცოდნენ (მსგავსი შემთხვევა არაერთი მომხდარა ამ ომში), რომ მტერს მათი დაჭრილი მეგობარი ხელთ როგორც კი ჩაუვარდებოდა, მას წამებით მოკლავდნენ. შეეცოდათ მეგობარი და ერთი გასროლით მოკლეს.

როგორც ერთ, ისე მეორე მაგალითში მეგობრების მიერ ჩადენილია მკვლელობის უმართლობა, რომელიც შეიძლება ჩაითვალოს ბრალის გამომრიცხველ ზეკანონურ გარემოებად, რადგან პირს სიკვდილი მაინც არ ასცდებოდა და სანამ მოკვდებოდა, უნდა ეწამებინათ. მეგობრებმა იგი წამებისაგან იხსნეს, ანუ გადაარჩინეს სამართლებრივი სიკეთის ნაწილი.

XXII. რით განსხვავდება ეს შემთხვევა ევთანაზიისაგან (სსკ 110-ე მ.)?

ერთი შეხედვით, ეს მაგალითები ევთანაზიის ანალოგიურად შეიძლება მოგვეჩვენოს იმ თვალსაზრისით, რომ ადამიანს სიკვდილი მაინც არ ასცდებოდა და სანამ მოკვდებოდა, უნდა დატანჯულიყო[39].

---

[39] ასეთ აზრს გამოთქვამს *მ. ტურავა*, თავის ნაშრომში - სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი,

ეს მოსაზრება გასაზიარებელი არაა, რადგან ევთანაზიასა და ზემოთ მოყვანილ შემთხვევას შორის არსებითი განსხვავებაა:

1. ევთანაზიის მსხვერპლი ევთანაზიის აქტის განხორციელებამდე უკვე მომაკვდავია. ზემოთ ხსენებულ შემთხვევაში კი ეს არაა აუცილებელი (პირველი მაგალითი);

2. ევთანაზიის დროს პირს გარდუვალი სიკვდილი ემუქრება მის ორგანიზმში მიმდინარე ბუნებრივი პროცესების გამო (მოურჩენელი ავადმყოფობა, მოურჩენელი ტრავმა), ხოლო ზემოთ ხსენებულ შემთხვევაში ეს არაა აუცილებელი. მას სიკვდილი შესაძლოა, ემუქრებოდეს **მხოლოდ სხვისი** მართლსაწინააღმდეგო ქმედების გამო (პირველ მაგალითში ჯანმრთელ ადამიანს მოკვლის მიზნით დაუწყეს წამება).

3. ევთანაზიის დროს ქმედების ამსრულებლის **მიზანია**, იმ ძლიერი ფიზიკური ტკივილისაგან იხსნას მომაკვდავი, რომელიც გამოწვეულია ორგანიზმში მიმდინარე ბუნებრივი პროცესებით (ავადმყოფობა, ტრავმა). ხოლო ზემოთ ხსენებულ შემთხვევაში, **პირის მიზანია**, ადამიანი იხსნას სხვისი მართლსაწინააღმდეგო ძალადობით გამოწყეული ფიზიკური ტკივილისაგან (პირველ მაგალითში ეს სადავო არაა. რაც შეეხება მეორე მაგალითს, აქაც მეომრების მიზანი არ იყო დაჭრილის ბუნებრივი ტკივილისაგან ხსნა, არამედ მისი ხსნა წამებისაგან).

XXIII. როგორც ზემოთ უკვე აღინიშნა, აღიარებული შეხედულების მიხედვით, განსხვავებით მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი უკიდურესი აუცილებლობისაგან (სადაც უმართლობის ხარისხი ძალზე მცირეა), აქ აქცენტი გადატანილია ფსიქიკურ მომენტზე – **სხვაგვარად მოქცევის შეუძლებლობაზე**[40]. ქართველ მეცნიერთა ნაწილი კი (პროფ. ო. გამყრელიძე) ყურადღებას ამახვილებს სასჯელის მოტივაციურ ზეგავლენაზე, რომელიც მოცემულ შემთხვევაში ნულს უდრის, რადგან არავითარი ძალა არ ექნება სს კანონს, რომელიც ამგვარ ქმედებას დასჯის, რადგან სასჯელის მუქარას, რომლის დადგომა მომავალში სათუოა, არ შეუძლია კონკრეტულ სიტუაციაში უცილობელი სიკვდილის შიში გადაწონოს[41].

ისმის კითხვა: მართლაც შეუძლებელია სხვაგვარად მოქცევა მოცემულ ვითარებაში? ჩემი აზრით, უფრო სწორი ვიქნებით თუ ვიტყვით, რომ მოცემულ ექსტრემალურ ვითარებაში **სხვაგვარად მოქცევა ჩვეულებრივი ნებისყოფის, გამბედაობისა და მორალის ადამიანს არ შეუძლია**. ვინაიდან საზოგადოების აბსულუტური უმრავლესობა სწორედ ასეთი ჩვეულებრივი ადამიანია, ამიტომ მოცემულ ვითარებაში მას ვერ დავადანაშაულებთ ნორმატიული ვალდებულებისადმი უპასუხისმგებლო დამოკიდებულებაში, კერძოდ, ვერ დავადანაშაულებთ ასეთი

დანაშაულის მობძერება, 2011, გვ. 482.

[40] იმავე აზრს იზიარებს *მ. ტურავა*, იხ. *მ. ტურავას* დასახ. ნაშრომი, გვ. 472.

[41] იხ. *მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ.*, კაზუსის ამოხსნის მეთოდიკა სისხლის სამართალში, 2010, გვ. 137.

ვალდებულების შეგნებულ უარყოფაში (განზრახვა)[42].

ტრაგიკული კოლიზიისას სხვაგვარად მოქცევა მხოლოდ **განსაკუთრებული ნებისყოფისა და მორალის ადამიანისათვისაა შესაძლებელი.**

მაგალითად, მთამსვლელები მთაზე ადიოდნენ. ერთ-ერთი მათგანის თოკის სამაგრი მოირყა და შეიქმნა მისი ჩამოწყვეტის რეალური საფრთხე, რაც ყველას სიკვდილს უქადდა. საფრთხეში მყოფმა მთამსვლელმა გასძახა თავის მეგობრებს, გადაეჭრათ თოკი და გადაერჩინათ სიცოცხლე. მათ უპასუხეს: ან ყველანი დავიღუპებით, ან ყველანი გადავრჩებითო. მოხდა ისე, რომ მთამსვლელებმა შეძლეს თოკის გამაგრება და ყველა უვნებელი გადარჩა.

ასეთ თავდადებულ ქცევას სამართალი ადამიანებს ვერ მოსთხოვს, რადგან კანონი იწერება ჩვეულებრივ ადამიანებზე და არა გმირებსა და მეგობრებისათვის თავდადებულ პირებზე. გმირებზე იწერება არა კანონი, არამედ რომანები, პოემები და ა.შ.

---

[42] იხ. ბრალის შესახებ იხ. *ნაჭყებია გ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, 2011, გვ. 362-370.

1. მისატევებელი უკიდურესი აუცილებლობისას სხვაგვარად ქცევა ყველასათვის როდია შეუძლებელი. იგი შესაძლებელია განსაკუთრებული ნებისყოფისა და მორალის ადამიანისათვის. სხვაგვარად ქცევა კი არ შეუძლია ჩვეულებრივი ნებისყოფის, მორალისა და გამბედაობის ადამიანს (საზოგადოების აბსოლუტური უმრავლესობა სწორედ ასეთი ჩვეულებრივი ადამიანია);

2. მისატევებელი უკიდურესი აუცილებლობის ნეგატიურ წინაპირობას უნდა დაემატოს ახალი წინაპირობა: საფრთხეში აღმოჩენილ პირთაგან თითოეულს არ უნდა ჰქონდეს თანაბარი შესაძლებლობა, სხვის ხარჯზე საფრთხიდან თავის დაღწევისა;

3. როცა საფრთხეში აღმოჩენილ პირთაგან თითოეულს თანაბარი შესაძლებლობა აქვს სიცოცხლის გადარჩენისა, ასეთ ვითარებაში ჩადენილი ქმედება შეიძლება ბრალის გამომრიცხველ გარემოებად ჩაითვალოს მხოლოდ მაშინ, როცა ამ საფრთხემ გამოიწვია პირის ფსიქიკის ისეთი ხარისხის დროებითი აშლილობა, რის გამოც მას არ შეეძლო გაეცნობიერებინა თავისი ქმედების ფაქტობრივი ხასიათი ან მართლწინააღმდეგობა ანდა არ შეეძლო ეხელმძღვანელა მისთვის (სსკ 34-ე მ.). სხვა შემთხვევაში, სახეზეა არა მისატევებელი უკიდურესი აუცილებლობა, არამედ მხოლოდ პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელი გარემოება;

4. იძულებითი უკიდურესი აუცილებლობა, როცა საფრთხის წყაროა ადამიანი, განსხვავდება ე.წ. კარნეადესის ფიცრის შემთხვევისაგან. კერძოდ, იძულებითი უკიდურესი აუცილებლობის შემთხვევაში, საფრთხეში აღმოჩენილ პირთაგან თითოეულს არა აქვს თანაბარი შესაძლებლობა, სხვის ხარჯზე გადაარჩინოს საკუთარი სიცოცხლე. აქ მხოლოდ ერთს აქვს ასეთი შესაძლებლობა (კერძოდ, იმას, ვისგანაც მოითხოვენ მართლსაწინააღმდეგო ქმედების ჩადენას);

5. საფრთხის თავის თავზე აღების სამართლებრივი ვალდებულების საკითხი დიფერენცირებულად უნდა გადაწყდეს იმის მიხედვით, რასთანაა დაკავშირებული პირის სამსახურებრივი თუ პროფესიული საქმიანობა. კერძოდ, ფიზიკური ძალის გამოყენებასთან (პოლიციელი, მეხანძრე, მაშველი და სხვა), თუ სამართლებრივი გადაწყვეტილების მიღებასთან (მოსამართლე);

6. კვანტიტატური უკიდურესი აუცილებლობისას გაუმართლებლად უნდა ჩაითვალოს არათუ მრავალი ადამიანის სიცოცხლის გადარჩენა იმ პირის ხარჯზე, ვისაც საფრთხე არ ემუქრებოდა, არამედ, თუნდაც საკუთარი სიცოცხლის გადარჩენა ამგვარ ვითარებაში, თუ მოცემულ სიტუაციაში დაბნეულობის ან შიშის გამო ადგილი არ ჰქონდა ცნობიერების ან ნების დროებით გათიშვას;

7. საქართველოს კონსტიტუციის შესაბამისი ნორმები, ასევე საერთაშორისო და ქვეყნის შიდა კანონები (სსკ და სსსკ შესაბამისი მუხლები), რომლებიც კრძალავენ ძალადობის მუქარას (მათ შორის წამების მუქარას), სრულებით არ გულისხმობენ ამ ხერხების გამოყენების აკრძალვას ადამიანის ისეთი უზენაესი

სიკეთის დასაცავად იმწუთიერი ხელყოფისაგან, როგორიცაა მისი სიცოცხლე.

ზემოთ ხსენებული ნორმებით იკრძალება ძალადობა და მისი მუქარა, ასევე სხვა უკანონო ხერხის გამოყენება (შანტაჟი, მოტყუება და ა.შ.) სხვა ნებისმიერი მიზნით (მაგალითად, პირადი ეგოისტური ან თუნდაც მართლმსაჯულების განხორციელების მიზნით) და არა სიცოცხლის იმწუთიერი საფრთხიდან დახსნის მიზნით;

8. გაბატონებული აზრის საწინააღმდეგოდ უნდა ითქვას, რომ, არაა გამორიცხული, წამება ზოგჯერ იყოს ჩადენილი მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებაში, თუ იგი განხორციელებულია იმწუთიერი ქმედებით (და არა დროში გაწელილი ქმედებით). თუმცა ეს არ უნდა გავიგით ისე, რომ სახელმწიფო მოხელეს უფლება აქვს მიმართოს წამების რომელიმე ხერხს მაშინ, როცა მას სურს გაიგოს მსხვერპლის ადგილსამყოფელი, რათა იხსნას იგი.

ამის უფლება მას არა აქვს, რადგან მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებისაგან (მაგ., აუცილებელი მოგერიებისგან) განსხვავებით, მსხვერპლის ადგილსამყოფელის გაგება მყისიერ საფრთხეს დაუყონებლივ ვერ მოხსნის;

9. წამების მუქარა უნდა ჩაითვალოს მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოების ერთ-ერთ ხერხად მაშინაც, როცა ამას მიმართავს სახელმწიფო მოხელე, თუ სახეზეა ამ გარემოების მართლზომიერებისათვის აუცილებელი წინაპირობები;

10. როცა სახელმწიფო მოხელის მიზანია, გაიგოს მსხვერპლის ადგილსამყოფელი, ასეთ შემთხვევაში, განსხვავებით წამებისაგან, წამების მუქარა შესაძლოა, ჩაითვალოს მართლწინააღმდეგობის (თუ ეს მსხვერპლი ჯერ კიდევ ცოცხალია) გამომრიცხველ გარემოებად. ასევე იგი შეიძლება ჩაითვალოს ბრალის გამომრიცხველ გარემოებად (თუ მსხვერპლი გარდაცვლილი აღმოჩნდა), თუ სხვა საშუალება მსხვერპლის ადგილსამყოფელის დაუყონებლივ გაგებისა სათანადო ორგანოს არ ჰქონდა და ამ ორგანოს წარმომადგენელს მსხვერპლი ჯერ კიდევ ცოცხალი ეგონა;

11. ტრაგიკული კოლიზიისათვის არაა აუცილებელი, ერთი პირის სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენა მოხდეს სხვა პირის სამართლებრივი სიკეთის ხარჯზე.

ტრაგიკულ კოლიზიად უნდა ჩაითვალოს შემთხვევა, როცა იმწუთიერი საფრთხე მიმართული იყო ერთი და იმავე პირის სხვადასხვა სამართლებრივი სიკეთის წინააღმდეგ (მაგალითად, პირს რეალურად და მყისიერად ემუქრებოდა წამებით მოკვდინება), საიდანაც მეორე პირმა მოახერხა ერთ-ერთი სიკეთის გადარჩენა (იხსნა იგი წამებისაგან);

12. ტრაგიკულ კოლიზია (ბრალის გამომრიცხველი უკიდურესი აუცილებლობა), როცა იგი ხორციელდება ერთი და იმავე პირის სხვადასხვა სამართლებრივი სიკეთიდან ერთ-ერთის გადარჩენის მიზნით, ევთანაზიისაგან განსხ-

ვავდება შემდეგი ნიშნებით:

ა) ევთანაზიის მსხვერპლი ევთანაზიის აქტის განხორციელებამდე უკვე მომაკვდავია. ზემოთ ხსენებულ შემთხვევაში კი ეს არაა აუცილებელი;

ბ) ევთანაზიის დროს პირს გარდუვალი სიკვდილი ემუქრება მის ორგანიზმში მიმდინარე ბუნებრივი პროცესების გამო (მოურჩენელი ავადმყოფობა, მოურჩენელი ტრავმა), ხოლო ზემოთ ხსენებულ შემთხვევაში ეს არაა აუცილებელი. მას სიკვდილი შესაძლოა, ემუქრებოდეს **მხოლოდ სხვისი** მართლსაწინააღმდეგო ქმედების გამო;

გ) ევთანაზიის დროს ქმედების ამსრულებლის **მიზანია**, იმ ძლიერი ფიზიკური ტკივილისაგან იხსნას მომაკვდავი, რომელიც გამოწვეულია ორგანიზმში მიმდინარე ბუნებრივი პროცესებით (ავადმყოფობა, ტრავმა). ხოლო ზემოთ ხსენებულ შემთხვევაში, *პირის მიზანია*, ადამიანი იხსნას სხვისი მართლსაწინააღმდეგო ძალადობით გამოწვეული ფიზიკური ტკივილისაგან.

პროფ. დოქტორი, ნონა თოდუა

მისატევებელი უკიდურესი აუცილებლობა ქართულ სისხლის სამართალში

რეზიუმე

სტატიაში გადმოცემულია საქართველოს სსკ 38-ე მუხლის – მისატევებელი უკიდურესი აუცილებლობის (ე.წ. ტრაგიკული კოლიზიის) არსი. დოქტრინაში გამოთქმული მოსაზრებების განხილვის შედეგად გაკეთებულია დასკვნა, რომ მის ნეგატიურ წინაპირობებს უნდა დაემატოს შემდეგი წინაპირობა: საფრთხეში აღმოჩენილ პირთაგან თითოეულს არ უნდა ჰქონდეს თანაბარი შესაძლებლობა სხვის ხარჯზე საფრთხიდან თავის დაღწევისა.

თუკი საფრთხეში აღმოჩენილ პირთაგან თითოეულს თანაბარი შესაძლებლობა აქვს სიცოცხლის გადარჩენისა (კარნეადესის ფიცრის შემთხვევა), ასეთ ვითარებაში ჩადენილი ქმედება შეიძლება ბრალის გამომრიცხველ გარემოებად ჩაითვალოს მხოლოდ მაშინ, როცა ამ საფრთხემ გამოიწვია პირის ფსიქიკის ისეთი ხარისხის დროებითი აშლილობა, რის გამოც მას არ შეეძლო გაეცნობიერებინა თავისი ქმედების ფაქტობრივი ხასიათი ან მართლწინააღმდეგობა ანდა არ შეეძლო ეხელმძღვანელა მისთვის (საქართველოს სსკ 34-ე მ.). სხვა შემთხვევაში, სახეზეა მხოლოდ პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელი გარემოება.

სტატიაში ასევე განხილულია ბრალის საკითხი მისატევებელი უკიდურესი აუცილებლობისას და დასაბუთებულია, რომ ტრაგიკული კოლიზიის შემთხვევაში სხვაგვარად ქცევა ყველასათვის როდია შეუძლებელი. იგი შესაძლებელია განსაკუთრებული ნებისყოფისა და მორალის ადამიანისათვის. სხვაგვარად ქცევა კი არ შეუძლია ჩვეულებრივი ნებისყოფის, მორალისა და გამბედაობის ადამიანს. ვინაიდან საზოგადოების აბსოლუტური უმრავლესობა სწორედ ასეთი ჩვეულებრივი ადამიანია, მათ უნდა მიეტევოთ ასეთ ექსტრემალურ ვითარებაში ჩადენილი უმართლობა. კანონი იწერება არა გმირებზე, არამედ ჩვეულებრივ ადამიანებზე.

ნაშრომში დასაბუთებულია, რომ ბრალის გამომრიცხველ გარემოებად უნდა ჩაითვალოს იძულებითი უკიდურესი აუცილებლობა, რომელიც განსხვავდება ტრაგიკული კოლიზიის სხვა შემთხვევებისაგან (ე.წ. კარნეადესის ფიცრის შემთხვევისაგან). კერძოდ, იძულებითი უკიდურესი აუცილებლობის შემთხვევაში საფრთხეში აღმოჩენილ პირთაგან თითოეულს არა აქვს თანაბარი შესაძლებლობა, სხვის ხარჯზე გადაირჩინოს საკუთარი სიცოცხლე. აქ მხოლოდ ერთს აქვს ასეთი შესაძლებლობა (კერძოდ იმას, ვისგანაც მოითხოვენ

მართლსაწინააღმდეგო ქმედების ჩადენას);

ნაშრომში გატარებულია მოსაზრება, რომლის მიხედვითაც კვანტიტატური უკიდურესი აუცილებლობისას გაუმართლებლად უნდა ჩაითვალოს არათუ მრავალი ადამიანის სიცოცხლის გადარჩენა იმ პირის ხარჯზე, ვისაც საფრთხე არ ემუქრებოდა, არამედ, თუნდაც საკუთარი სიცოცხლის გადარჩენა ამგვარ ვითარებაში, რადგანაც პირს არა აქვს უფლება თავისი ქმედებით საფრთხე შეუქმნას იმ პირს, ვისაც საფრთხე არ ემუქრებოდა. გამონაკლისად უნდა ჩაითვალოს შემთხვევა, როცა მოცემულ სიტუაციაში დაბნეულობის ან შიშის გამო პირს დროებით გაეთიშა ცნობიერება ან ნება, რის გამოც პირი ვერ აცნობიერებდა, რომ მრავალი ადამიანის სიცოცხლის გადარჩენისას საფრთხეს უქმნიდა სხვა ადამიანს.

სტატიაში დასაბუთებულია მოსაზრება, რომ საქართველოს კონსტიტუციის შესაბამისი ნორმები, ასევე საერთაშორისო და ქვეყნის შიდა კანონები, რომლებიც კრძალავენ ძალადობის მუქარას (მათ შორის წამების მუქარას), სრულებით არ გულისხმობენ ამ ხერხების გამოყენების აკრძალვას ადამიანის ისეთი უზენაესი სიკეთის დასაცავად იმწუთიერი ხელყოფისაგან, როგორიცაა მისი სიცოცხლე.

ზემოთ ხსენებული ნორმებით იკრძალება ძალადობა და მისი მუქარა, ასევე სხვა უკანონო ხერხის გამოყენება (შანტაჟი, მოტყუება და ა.შ.) სხვა ნებისმიერი მიზნით (მაგალითად, პირადი ეგოისტური ან თუნდაც მართლმსაჯულების განხორციელების მიზნით) და არა ადამიანის სიცოცხლის იმწუთიერი საფრთხიდან დახსნის მიზნით.

სტატიაში გაბატონებული აზრის საწინააღმდეგოდ დასაბუთებულია, რომ, არაა გამორიცხული, წამება ზოგჯერ იყოს ჩადენილი მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებაში, თუ იგი განხორციელებულია იმწუთიერი (და არა დროში გაწელილი) ქმედებით. თუმცა სახელმწიფო მოხელეს არა აქვს უფლება მიმართოს წამების რომელიმე ხერხს მაშინ, როცა მას სურს გაიგოს მსხვერპლის ადგილსამყოფელი, რათა იხსნას იგი, რადგან მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებისაგან (მაგალითად, აუცილებელი მოგერიებისგან) განსხვავებით, მსხვერპლის ადგილსამყოფელის გაგება იმწუთიერი საფრთხეს დაუყონებლივ ვერ მოხსნის;

საბოლოოდ ნაშრომში გატარებულია მოსაზრება, რომ, როცა სახელმწიფო მოხელის მიზანია, გაიგოს მსხვერპლის ადგილსამყოფელი, ასეთ შემთხვევაში, განსხვავებით წამებისაგან, წამების მუქარა შესაძლოა, ჩაითვალოს მართლწინააღმდეგობის (თუ ეს მსხვერპლი ჯერ კიდევ ცოცხალია) გამომრიცხველ გარემოებად. ასევე იგი შეიძლება ჩაითვალოს ბრალის გამომრიცხველ გარემოებად (თუ მსხვერპლი გარდაცვლილი აღმოჩნდა), თუ სხვა საშუალება მსხვერპლის ადგილსამყოფელის დაუყონებლივ გაგებისა, სათანადო ორგანოს არ ჰქონდა და მას მსხვერპლი ჯერ კიდევ ცოცხალი ეგონა;

სტატიაში გატარებული მოსაზრების მიხედვით ტრაგიკულ კოლიზიად უნდა ჩაითვალოს ისეთი შემთხვევაც, როცა იმწუთიერი საფრთხე ერთდროულად მიმართული იყო ერთი და იმავე პირის სხვადასხვა სამართლებრივი სიკეთის წინააღმდეგ (მაგალითად, პირს რეალურად და მყისიერად ემუქრებოდა წამებით მოკვდინება), საიდანაც მეორე პირმა მოახერხა ერთ-ერთი სიკეთის გადარჩენა (მისი მკვლელობის უმართლობის ჩადენით იხსნა იგი სხვათა მხრიდან წამებისაგან);

ნაშრომში ზემოთ ხსენებული ვითარება გამიჯნულია ევთანაზიისაგან, როცა პირს სიკვდილი მაინც არ ასცდებოდა, მაგრამ სანამ მოკვდებოდა, უნდა დატანჯულიყო. მეორე პირმა კი მისი მოკვდინებით იხსნა იგი ამ ტანჯვისაგან. მათ შორის განსხვავება შემდეგია:

1. ევთანაზიის მსხვერპლი ევთანაზიის აქტის განხორციელებამდე უკვე მომაკვდავია. ზემოთ ხსენებულ შემთხვევაში კი ეს არაა აუცილებელი;

2. ევთანაზიის დროს პირს გარდუვალი სიკვდილი ემუქრება მის ორგანიზმში მიმდინარე ბუნებრივი პროცესების გამო (მოურჩენელი ავადმყოფობა, მოურჩენელი ტრავმა), ხოლო ზემოთ ხსენებულ შემთხვევაში ეს არაა აუცილებელი. მას სიკვდილი შესაძლოა, ემუქრებოდეს მხოლოდ სხვისი მართლსაწინააღმდეგო ქმედების გამო.

3. ევთანაზიის დროს ქმედების ამსრულებლის მიზანია, იმ ძლიერი ფიზიკური ტკივილისაგან იხსნას მომაკვდავი, რომელიც გამოწვეულია ორგანიზმში მიმდინარე ბუნებრივი პროცესებით (ავადმყოფობა, ტრავმა). ხოლო ზემოთ ხსენებულ შემთხვევაში, პირის მიზანია, ადამიანი იხსნას სხვისი მართლსაწინააღმდეგო ძალადობით გამოწყეული ფიზიკური ტკივილისაგან.

Prof. Dr. Nona Todua
Ivane Javakhishvili Staatliche Universität Tbilissi

Abstract: Entschuldigender Notstand in der georgischen Strafgesetzgebung

Der Beitrag beschreibt das Wesen des Artikels 38 des georgischen StGB – den entschuldigenden Notstand, die so genannte tragische Kollision. Infolge der Erörterung der in der Lehre gemachten Äußerungen gelangt er zu dem Fazit, dass den negativen Grundvoraussetzungen eine weitere Voraussetzung hinzuzufügen ist: Von den der Gefahr ausgesetzten Personen sollte jede einzelne Person die gleichen Chancen haben, auf fremde Kosten die Gefahr zu bewältigen.

Haben alle in Gefahr befindlichen Personen gleichmäßige Rettungschancen („Brett des Karneades"), so gilt die unter solchen Umständen begangene Tat nur als Schuldlose Tat (aufgrund eines Schuldausschließungsgrundes), wenn diese Gefahr eine vorläufige geistige Störung verursacht und man nicht den tatsächlichen Charakter oder die Rechtswidrigkeit der eigenen Tat einzusehen vermag und/oder man die eigene Handlung nicht hätte steuern können (Artikel 34 des georgischen StGB). Anderenfalls gilt hier ausschließlich der Haftungsminderungsumstand.

Der Beitrag erörtert auch die Schuldfrage beim entschuldigenden Notstand und bezieht sich darauf, dass im Falle der tragischen Kollision ein anderes Verhalten nicht für alle unmöglich ist. Es ist möglich für besonders willenskräftige und sittliche Menschen. Anders verhalten können sich nicht Menschen mit normaler Willenskraft, Moral und Fähigkeiten. Da die absolute Mehrheit der Gesellschaft gerade normale Menschen sind, so ist diesen ein in Extremsituationen begangenes Unrecht zu entschuldigen. Ein Gesetz schreibt man nicht für Helden, sondern für normale Menschen.

Der Beitrag begründet, dass als Schuldausschließungsgrunde der nötigende Notstand gilt, der sich von anderen Fällen der tragischen Kollision (der Fall des „Bretts des Karneades") unterscheidet. Und zwar hat beim nötigenden Notstand nicht jede sich in Gefahr befindliche Person die gleichen Chancen. Nur eine Person hat eine solche Möglichkeit (und zwar die Person, von der die Begehung einer rechtwidrigen Tat verlangt wird).

Der Beitrag enthält den Gedanken, dass der quantitative Notstand als nicht rechtfertigend anzusehen ist. Gemeint ist nicht die Rettung vieler Menschen auf Kosten der Person, der keine Gefahr droht, sondern die Rettung des eigenen Lebens in einer solchen Situation; denn eine Person darf nicht mit eigenen Handlungen eine weitere Person der Gefahr aussetzen, der keine Gefahr gedroht hat. Ausgenommen sind die Fälle, wo unter gegebenen Umständen aus Unsicherheit oder Angst die Person vorläufig an Gedächtnis oder Willen verloren hat und deshalb sich nicht bewusst war, wegen der Rettung vieler menschlicher Leben einem weiteren Menschen Probleme bereitet zu haben.

Der Beitrag begründet den Gedanken, dass die entsprechenden Vorschriften der georgischen Verfassung, die internationalen und die internen Landes Gesetze, die die Androhung von Gewalt verbieten (u.a. die Androhung der Folter), nicht das Verbot der Verwendung dieser Mittel zum Schutz des menschlichen Guts – des menschli-

chen Lebens meinen.

Diese Vorschriften verbieten Gewalt und Drohung mit Gewalt sowie eine Verwendung von weiteren gesetzwidrigen Mitteln, wie etwa Erpressung, Täuschung zu einem anderen Zwecke etc. (z. B. zu eigenen egoistischen Zwecken oder zur Wahrnehmung der Rechtspflege) und nicht zur Rettung des menschlichen Lebens von der unausweichlichen Gefahr.

Der Beitrag begründet zuwider der herrschenden Meinung, dass es nicht ausgeschlossen ist, eine Folter manchmal unter Ausschließungsumständen der Rechtswidrigkeit zu begehen, wenn diese durch eine unverzügliche und nicht dauerhafte Handlung begangen wurde, wobei ein Staatsbeamter kein Foltermittel einsetzen darf, um den Aufenthaltsort des Opfers feststellen zu können, denn im Unterschied zu Ausschließungsgründen der Rechtswidrigkeit (z. B. Notwehr) kann das Erfahren des Aufenthaltsortes des Opfers keine unverzügliche Gefahr beseitigen. Wenn also das Ziel eines Staatsbeamten darin besteht, den Aufenthaltsort des Opfers in Erfahrung zu bringen, könnte – im Unterschied zur Folter – eine Androhung der Folter als Ausschließungsgrund der Rechtswidrigkeit – falls das Opfer noch lebt – angesehen werden. Auch könnte eine Androhung der Folter als Ausschließungsgrund der Rechtswidrigkeit – falls das Opfer nicht mehr lebt – angesehen werden, sofern eine Strafverfolgungsbehörde kein weiteres Mittel als dieses, den Aufenthaltsort des Opfers festzustellen gehabt und geglaubt hat, das Opfer lebe noch.

Laut den im Beitrag durchgeführten Leitgedanken sind als tragische Kollisionen auch Fälle anzusehen, in denen eine unverzügliche Gefahr gleichzeitig gegen die verschiedenen Rechtsgüter der gleichen Person gerichtet war (wenn z.B. die Person real und unverzüglich vom Tod durch Folter bedroht war). Eine weitere Person hat jedoch eines der Rechtsgüter retten können (hat ihn durch Begehung vom Mord als Unrecht von Folter seitens anderer Personen retten können).

Die im Beitrag geschilderten Umstände sind von der Euthanasie – Sterbehilfe – abgegrenzt, sofern die Person den Tod dennoch nicht hätte vermeiden können, aber vor dem Tod der Folter ausgesetzt wäre. Eine weitere Person hat sie aber durch Totschlag vor der Folter retten können. Hier gelten folgende Unterschiede:

1. Das Opfer der Sterbehilfe liegt im Sterben vor der Vollbringung der Sterbehilfe. Im oben geschilderten Fall ist es jedoch nicht erforderlich;

2. Bei der Sterbehilfe hat die Person einen unumgänglichen Tod zu erleiden wegen der sich in ihrem Körper zutragenden natürlichen Ereignisse (unheilbare Krankheit, unheilbare Beschädigung) und im oben geschilderten Fall ist es nicht erforderlich. Der Tod könnte ihr ausschließlich wegen einer rechtswidrigen Tat drohen;

3. Das Ziel des Täters besteht bei der Sterbehilfe darin, den Sterbenden von starken körperlichen Schmerzen zu erlösen, die wegen der sich im seinem Körper zutragenden natürlichen Ereignisse (unheilbare Krankheit, unheilbare Beschädigung) auftreten. Im oben geschilderten Fall ist das Ziel der Person den Menschen von den körperlichen Schmerzen, die von der rechtswidrigen Gewalt einer weiteren Person verursacht sind, zu erlösen.

გოჩა მამულაშვილი
სამართლის დოქტორი,
პროფესორი

უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია როგორც ორგანიზებული დანაშაულის გამოვლენის ფორმა და თანამედროვეობის გლობალური პრობლემა

1 შესავალი

„ჭუჭყიანი“ ფული ორგანიზებული დანაშაულის მამოძრავებელი ძალაა, ფულის გარეცხვის პრობლემის აღმოცენება პირდაპირ დაკავშირებულია ორგანიზებულ დამნაშავეობასთან. სწორედ ამიტომ ფულის გარეცხვასთან ბრძოლა ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ბერკეტია ორგანიზებულ დამნაშავეობასთან საბრძოლველად. შემთხვევითი არაა. რომ სამართალდამცავთა ძალისხმევა, პირველ რიგში, მიმართულია საერთაშორისო ორგანიზებულ დანაშაულებათა ფინანსურად განადგურებაზე და არა უბრალოდ მათი უკანონო საქმიანობის გამოვლენაზე. მაგალითად, ნარკობარონი ადვილად მოახერხებს კონფისკებული ნარკოტიკის პარტიის ახლით შეცვლას (შევსებას), მაგრამ გაცილებით გაუჭირდება ჩამორთმეული აქტივების (შემოსავლების) ახლით შევსება. დღეს-დღეობით ფულის გათეთრებამ ისეთ მასშტაბებს მიაღწია, რომ ნებისმიერი სახელმწიფოსათვის შეიძლება ფინანსური და ეკონომიკური რყევების წყაროდ გადაიქცეს. ორგანიზებულ დამნაშავეობას შეუძლია კოლოსალური ფულადი საშუალებების მობილიზებით ზეგავლენა მოახდინოს სავალუტო კურსზე, საფონდო ბირჟებზე და აქედან გამომდინარე, ამა თუ იმ ქვეყნის ეკონომიკურ პოლიტიკაზეც.

მაშასადამე, ფულის გათეთრება ორგანიზებულ დანაშაულებათა ერთ-ერთი ძირითადი ელემენტია, რადგან დანაშაულებრივმა ორგანიზაციებმა კრიმინალური შემოსავლები გამოსაყენებლად ვარგის რესურსებად უნდა გარდაქმნან, რამეთუ შემოსავალი, რომელსაც ვერ დახარჯავ, შემოსავლად არ ითვლება. გათეთრების შედეგად დანაშაულებრივ შემოსავლებს კანონიერი საშუალებების რესპექტაბელური სახე ეძლევა, რათა ის შემდგომში ჩაიდოს (განთავსდეს) ლეგალურ ეკონომიკასა და ფინანსურ ინსტიტუტებში. კრიმინალურ სამყაროს შესაძლებლობა ეძლევა ფორმალურად კანონიერ საფუძველზე გამოიყენოს უკანონო ოპერაციებით მიღებული შემოსავლები და ამით გააფართოოს და ლეგალიზებული გახადოს თავისი საქმიანობა. ეს, თავის მხრივ, იწვევს კრიმინალური სტრუქტურების პოლიტიკური გავლენის ზრდას, წინააღმდეგობას რეგულირების სისტემის განმტკიცებისადმი. იზრდება კორუფცია სახელმწიფო სექტორში და სამართალდარღვევები ფინანსურ სფეროში. გათეთრების ოპერა-

ციაში ჩართული დიდი ოდენობის „შავი კაპიტალი“ ძირს უთხრის ფინანსური ბაზრების სიმყარეს. უკონტროლო ფულადი მასის ბრუნვაში ჩაბმა სტიმულს აძლევს ინფლაციას. ამგვარად, უკანონო საქმიანობის შედეგად მიღებული დიდი ფულადი მასა ყოველთვის მომაკვდინებლად აისახება როგორც ქვეყნის შიდა, ისე საერთაშორისო ეკონომიკურ სისტემებზე.

ფულის გათეთრების მასშტაბების გაფართოებას ხელი შეუწყო ეკონომიკის გლობალიზაციამ. ამავე დროს, ბერლინის კედლის დანგრევამ და კომუნისტური რეჟიმის დასრულებამ ცენტრალურ და აღმოსავლეთ ევროპაში დააჩქარა მსოფლიო ეკონომიკის გარდაქმნის პროცესი. პოსტკომუნისტურმა ქვეყნებმა, რომლებიც მანამდე დახურული იყო საერთაშორისო ფინანსური ურთიერთობებისათვის, შეცვალეს თავისი კანონმდებლობა ლიბერალური მიმართულებით და კარი გაუღეს საბაზრო ეკონომიკის პრინციპებს უცხოურ კაპიტალდაბანდებათა სტიმულირებისათვის. ერთი სოციალურ-ეკონომიკური სისტემიდან მეორეზე სწრაფმა და მტკივნეულმა გადასვლამ გამოიწვია მძიმე შედეგები, ქაოსი, წარმოების დაცემა, სილარიბის, დამნაშავეობისა და კორუფციის ზრდა. ამ ქვეყნებმა ვერ მოასწრეს ეკონომიკისა და საზოგადოების დაცვის მექანიზმების შექმნა. ყველაფერმა ამან ხელი შეუწყო ეკონომიკური დამნაშავეობის განვითარებას.

ექსპერტების შეფასებით, ბოლო წლებში ფულის გათეთრების დივერსიფიკაციას ხელი შეუწყო ისეთმა ფაქტორებმა, როგორიცაა ფულადი საშუალებების ბრუნვის გაადვილება, ერთი ქვეყნიდან მეორეში დიდი ოდენობით კაპიტალის თავისუფლად გადაყვანის შესაძლებლობა, ზოგიერთი მთავრობის მიერ უცხოური ინვესტიციების სტიმულირებისა და სავაჭრო ოპერაციების ლიბერალიზაციის პოლიტიკა, სათანადო იურიდიული ბაზის არარსებობა, დანაშაულებრივი ორგანიზაციების უფრო ეფექტური მოქმედება მაღალკვალიფიციური ფინანსური კონსულტაციების გამოყენებით. კერძოდ, ფულის გათეთრებაში ჩართულ ორგანიზებულ დამნაშავეებს ჰყავთ მაღალკვალიფიციური მრჩევლები (gate keeper – კარების დარაჯი), რომლებიც რჩევებს აძლევენ მათ ფულის გარეცხვის ტექნოლოგიებზე, ისინი იგონებენ ეკონომიკური საქმიანობის ისეთ სქემებს (მოდელებს), რომლითაც ინიღბება კაპიტალის უკანონო გადაადგილება.

ამგვარად, ევროპული თანამეგობრობის ფარგლებში 1992 წლიდან მოხდა მთელი ეკონომიკური და ფინანსური საქმიანობის საერთო ლიბერალიზაცია, კაპიტალის გადაადგილების ჩათვლით. ამან დანაშაულებრივ ორგანიზაციებსაც გაუმარტივა საქმიანობა უკანონო შემოსავლების ლეგალიზაციისათვის. საბჭოთა კავშირის დაშლა და მაასტრიხტის ხელშეკრულება ისტორიული მოვლენებია, რომლებმაც დიდი წვლილი შეიტანეს მსოფლიო ეკონომიკის შეცვლაში, რომლის შედეგებით ორგანიზებული დამნაშავეობაც სარგებლობს.

ფინანსური ქმედების სპეციალური ჯგუფის მონაცემებით ყოველწლიურად მსოფლიოში ირეცხება 500 მილიარდიდან 1,5 ტრილიონ აშშ დოლარამდე. ეს

სრულიად საკმარისია მრავალი ქვეყნის ეკონომიკური სისტემის დასანგრევად, აღარაფერს ვამბობთ იმაზე, რომ „ჭუჭყიანი“ ფული საერთაშორისო ტერორიზმის ფინანსური ბაზაა, რადგან ძლიერი ფინანსური უზრუნველყოფის გარეშე დიდი ტერორისტული აქტები შეუძლებელია. სწორედ ამიტომაც ფულის გათეთრებას XXI საუკუნის ერთ-ერთ საშიშ საფრთხედ თვლიან. მასთან ბრძოლა საერთაშორისო თანამეგობრობის განსაკუთრებული ზრუნვის საგნად იქცა. ამ საფრთხიდან გამომდინარე, მსოფლიო თანამეგობრობამ არაერთი სპეციალური კონვენცია მიიღო ფულის გარეცხვის ყველა ფორმის წინააღმდეგ საბრძოლველად, რაზეც ქვემოთ გვექნება მსჯელობა.

2. ფულის გათეთრების კრიმინალიზაცია

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსით ფულის გათეთრება კრიმინალიზებულ იქნა 1996 წლის 29 ოქტომბრის კანონით, რომლითაც შემოღებულ იქნა პასუხისმგებლობა არაკანონიერი გზით მოპოვებული ფულადი სახსრების ლეგალიზებისათვის (მუხლი 165[1])[1]. თუმცა მსგავს ქმედებებთან ბრძოლა ადრეც წარმოებდა, კერძოდ, 1960 წლის სისხლის სამართლის კოდექსი ითვალისწინებდა პასუხისმგებლობას დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული ქონების შეძენისა ან გასაღებისათვის (მუხლი 229-ე), გარდა ამისა, უკანონო შემოსავლების გამოყენების საწინააღმდეგოდ სახელმწიფო ახორციელებდა სხვა ღონისძიებებსაც, რის გამოც დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული ქონების ლეგალიზება მარტივი საქმე არ იყო, ხოლო ლეგალიზებული ქონების დახარჯვაც, ასევე, გართულებული იყო.

უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის დანაშაულის შემადგენლობის ახლებურად ჩამოყალიბება საქართველოს 2003 წლის 6 ივნისის კანონს – „უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის აღკვეთის ხელშეწყობის შესახებ“,– უკავშირდება, და ამ უკანასკნელში შეტანილი ცვლილებების მიხედვით, სსკ 194-ე მუხლის შინაარსიც რამდენჯერმე შეიცვალა.

ფულის გათეთრების კრიმინალიზაცია მიზნად ისახავს ქვეყნის ეკონომიკური სისტემის და, უპირველეს ყოვლისა, ფულად-საკრედიტო სისტემის დაცვას დიდი მოცულობის არაკონტროლირებადი ფულადი სახსრების შემოსვლისაგან. ამას მოითხოვს, ასევე, ორგანიზებულ დანაშაულთან ბრძოლის ინტერესებიც.

ფულის გათეთრება მოთავსებულია სსკ-ის XXVI თავში – დანაშაული სამეწარმეო ან სხვა ეკონომიკური საქმიანობის წინააღმდეგ. განსახილველი დანაშაულის სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტთან დაკავშირებით სპეციალურ ლიტერატურასა და სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობაში ურთიერთ-

[1] მისი შინაარსი ასე ჟღერდა - არაკანონიერი გზით მოპოვებული ფულადი სახსრებით ან ქონებით საფინანსო ოპერაციების ჩატარება, ან ასეთი სახსრების ან ქონების გამოყენება ლეგალური სამეწარმეო ან სხვა ეკონომიკური საქმიანობის განხორციელებისათვის.

განსხვავებულ მიდგომებს ვხვდებით: რომელია პრიორიტეტული იმ სიკეთეთა შორის, რომლის დასაცავადაც დადგენილია სისხლის სამართლის ნორმა – სახელმწიფოს სტრატეგიული ინტერესი (**ეკონომიკური უსაფრთხოება**), მართლმსაჯულების ინტერესი (**დანაშაულის დევნა**), მთლიანად ეკონომიკური სისტემა, თუ მისი ცალკეული სფერო, ლეგალური სამეწარმეო ან სხვა ეკონომიკური საქმიანობა, ფულად-საკრედიტო სისტემა, საფინანსო სისტემა და სხვ. ამ საკითხზე ცალსახა პასუხი არ არსებობს. ვფიქრობ, ფულის გათეთრების ხელყოფის ობიექტი სერიოზულ გააზრებასა და შემდგომ შესწავლას მოითხოვს.

იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის ხერხები (და ხშირად მისი მოპოვების წყაროც) პირდაპირ თუ არაპირდაპირ არსებულ ეკონომიკურ სისტემას, კონკრეტულად კი სამეწარმეო და სხვა ეკონომიკურ საქმიანობას უკავშირდება, სადაც საბაზრო ეკონომიკის პირობებში, განმსაზღვრელი ეკონომიკური საქმიანობის თავისუფლების, ლეგალურობის, კეთილსინდისიერების, კონკურენტულობის პრინციპებია. უკანონო შემოსავლების გათეთრება ძირს უთხრის ლეგალური ბიზნესის აღნიშნულ საფუძვლებს. რაც, პირველ რიგში, კანონმორჩილ სამეურნეო სუბიექტებს აზიანებს. ამიტომაც ხელყოფის ძირითად ობიექტად სწორედ ეს ინტერესი უნდა ჩაითვალოს, თუმცა ამ დანაშაულის ჩადენით, ცხადია, ზიანდება ნებისმიერი ზემოაღნიშნული ინტერესიც. აღარაფერს ვამბობთ იმის შესახებ, რომ ლეგალიზებული ფული კრიმინალთა ფინანსური ბაზა ხდება, კორუფციის ინდიკატორია, ზიანდება საერთაშორისო ეკონომიკური ურთიერთობები და ა.შ.

ცხადია, ზოგჯერ უკანონო შემოსავალი ისეთი წყაროდანაა მიღებული, რომელსაც არაფერი საერთო არა აქვს ეკონომიკურ საქმიანობასთან (იარაღით ან ნარკოტიკებით ვაჭრობა, ტრეფიკინგი და მისთ.), რაზეც საუბარია XXVI თავში. მაგრამ, ამავე დროს, პირები, რომლებიც ფულის გათეთრებას ახორციელებენ და ლეგალური ეკონომიკური საქმიანობის მიღმა მოქმედებენ, ცდილობენ ამ სივრცეში დაბრუნებას. ამიტომ, თუნდაც ამ მხრივ საჭიროებს ლეგალური ეკონომიკური საქმიანობა დაცვით მექანიზმს, რაც 194-ე მუხლშია ჩადებული.

გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსში ფულის გათეთრების ამკრძალავი ნორმა მოთავსებულია 21-ე თავში (§ 261), რომლის სათაურია „დანაშაულის წინასწარ შეუპირებელი დაფარვა და წინასწარი შეცნობით დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული ნივთის შესყიდვა“. 261-ე პარაგრაფი მიზანად ისახავს შიდასახელმწიფოებრივი მართლწესრიგის დაცვას და წინარე დანაშაულის შედეგის თავიდან აცილებას. გერმანულ ლიტერატურაში მიუთითებენ, რომ ფულის გათეთრება მართლმსაჯულების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულია, 261-ე პარაგრაფით გათვალისწინებული ნორმის დაცვის მიზანია მართლმსაჯულების ინტერესი, რაც გაბატონებული მოსაზრებით, წინარე დანაშაულის შედეგად დარღვეული ინტერესების დაცვასაც გულისხმობს.[2]

[2] იხ: Krey, BT, Band 2, § 19, Rn. 605 a., Kindhäuser, Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2010, S. 962;

საფრანგეთის სისხლის სამართლის კოდექსს 1996 წელს დაემატა ცალკე თავი ფულის გარეცხვის შესახებ (მუხლი 324[1]-324[9]). ფრანგულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში ფულის გათეთრება დანაშაულის დაფარვაში დახმარების ფორმად არის მიჩნეული[3].

გაეროს ტრანსნაციონალური ორგანიზებული დანაშაულის შესახებ კონვენციის მე-3 მუხლის მე-2 პუნქტით დადგენილი კრიტერიუმებით ფულის გათეთრება ტრანსნაციონალური ხასიათის დანაშაულია. მსოფლიო ეკონომიკის გლობალიზაციის პირობებში ძნელია წარმოიდგინო ფულის გათეთრება, რომლის არსებითი შედეგები მხოლოდ ერთ სახელმწიფოში ვლინდება, ფული მოძრაობის დროს შეზღუდული არაა არც ბანკის კედლებით და არც სახელმწიფო საზღვრებით, მისი მოძრაობის მთელი გზის მონიტორინგი, რა რაოდენობის ბანკები ან რამდენი სახელმწიფოს საფინანსო სისტემა გაიარა, არცთუ იოლი გასაკონტროლებელია, თუ შეუძლებელი არა. რომელიმე საფინანსო ინსტიტუტში მოხვედრილი „ჭუჭყიანი" ფული მსოფლიო ფულად მასაში გაზავდება და თავისი რაოდენობის პროპორციულად „ჭუჭყიანებს" მას, რაც ობიექტურადაა განპირობებული მსოფლიო ინტეგრაციული პროცესებით. აქედან გამომდინარე, გამოითქვა მოსაზრება, რომ ლეგალიზაცია მიეკუთვნოს ტრანსნაციონალური ხასიათის დანაშაულს, რამდენადაც ის პირდაპირ აზიანებს საერთაშორისო ეკონომიკურ ურთიერთობებს.

რაც შეეხება დანაშაულის საგანს, სსკ-ის 194-ე მუხლის მიხედვით ლეგალიზაციის საგანია უკანონო ან/და დაუსაბუთებელი ქონება. მასში იგულისხმება როგორც მოძრავი და უძრავი ნივთები, ასევე ქონებაზე უფლება (ქონებრივი უფლებები)[4].

აღსანიშნავია, რომ ლეგალიზაციის საგანთან დაკავშირებით რამდენჯერმე შეიცვალა საქართველოს კანონმდებლობის პოზიცია. 1996 წლის 29 ოქტომბრის კანონში, რომლითაც კრიმინალიზებულ იქნა არაკანონიერი გზით მოპოვებული ფულადი სახსრების ლეგალიზება, საუბარია არაკანონიერი გზით მოპოვებულ ფულად სახსრებზე ან ქონებაზე, ყოველგვარი დათქმების გარეშე (სსკ-ის მ. 165[1] 1960 წ.); 2005 წლის 28 დეკემბრის კანონით ცვლილება შევიდა სსკ-ის 194-ე მუხლში, რომელშიც უკვე საუბარი იყო დანაშაულებრივი გზით მოპოვებულ ქონებაზე. ამავე კანონით უკანონო შემოსავლად არ ითვლებოდა საგადასახადო სფეროში ჩადენილი დანაშაულით მიღებული შემოსავალი, აგრეთვე შემოსავალი 5 ათას ლარამდე.

Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., 2011, S. 1209.

[3] იხ.: Veron, Droit penal special, Dalloz 1999, p. 268-269; Larguier, Conte, Larguier, Droit penal special, Dalloz, 2005, p. 237.

[4] იხ. 194-ე მუხლის 1-2 შენიშვნა. ამ მუხლის მიზნებისათვის უკანონო ქონებად ითვლება ქონება, აგრეთვე ამ ქონებიდან მიღებული შემოსავალი, აქციები (წილი), რომელიც/რომლებიც პირს, მისი ოჯახის წევრს, ახლო ნათესავს ან დაკავშირებულ პირს მოპოვებული აქვთ კანონის მოთხოვნათა დარღვევით.

FATF-ისა და MONEYVAIL-ის რეკომენდაციების გათვალისწინებით, 2007 წლის 4 ივლისს უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის აღკვეთის ხელშეწყობის შესახებ კანონში შევიდა ცვლილება, რომლითაც უკანონო შემოსავალი განიმარტა პირის საკუთრებაში ან მფლობელობაში არსებულ უკანონო ან/და დაუსაბუთებელ ქონებად, ანუ დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული ქონება შეიცვალა უკანონო ან/და დაუსაბუთებელი ქონებით, რითაც მეტისმეტად გაფართოვდა 194-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის საგანი. ამავე დროს, საქართველოს სსკ-ის 52-ე მუხლის მიხედვით ქონების ჩამორთმევა სასამართლოს მიერ ინიშნება ამ კოდექსით გათვალისწინებული ყველა განზრახი დანაშაულისათვის, იმ შემთხვევაში, თუ დამტკიცდება, რომ ეს ქონება **დანაშაულებრივი გზითაა მოპოვებული**. მაშასადამე, 194-ე მუხლის მიმართ დამატებით სასჯელად ქონების ჩამორთმევის გამოსაყენებლად სავალდებულოა პრედიკატული დანაშაულის დამტკიცება. გამოდის რომ, თუ შემოსავალი დანაშაულებრივი გზით არ არის მოპოვებული მისი, გათეთრებისათვის ისეთ ეფექტურ სასჯელს როგორიც ქონების ჩამორთმევაა, ვერ გამოვიყენებთ.

ამ საკითხთან მიმართებაში ერთმნიშვნელოვანი მიდგომა არ არსებობს არც საერთაშორისო აქტებში და არც ნაციონალურ კანონმდებლობებში. ასე, მაგალითად, გაეროს 2000 წლის 12 დეკემბრის კონვენცია ტრანსნაციონალური ორგანიზებული დანაშაულის წინააღმდეგ, მოითხოვს **დანაშაულებრივი** გზით მიღებული შემოსავლების გათეთრების კრიმინალიზაციას (მუხლი მე-6). ამ კონვენციის მიზნებისათვის დანაშაულით მიღებული შემოსავალი ნიშნავს რაიმე დანაშაულის ჩადენის გზით პირდაპირ ან არაპირდაპირ შეძენილ ან მიღებულ ნებისმიერ ქონებას. თითოეულმა მონაწილე სახელმწიფომ ძირითად სამართალდარღვევებს (ანუ ლეგალიზაციის პრედიკატულ დანაშაულებს,– გ.მ.) უნდა მიაკუთვნოს ყველა მძიმე დანაშაული. „მძიმე დანაშაული", კონვენციის მე-2 მუხლით, ნიშნავს დანაშაულს, რომელიც ისჯება თავისუფლების აღკვეთის მაქსიმალური ვადით, არანაკლებ 4 წლისა ან სასჯელის უფრო მკაცრი ზომით. იმ სახელმწიფოებმა, რომელთა კანონმდებლობაც ადგენს სპეციფიკური ძირითადი დანაშაულების ჩამონათვალს, მათ მინიმუმ, ასეთ სიებში (კატალოგში) უნდა შეიტანონ იმ სამართალდარღვევათა ამომწურავი ჩამონათვალი, რომლებიც დაკავშირებულია ორგანიზებულ დანაშაულებრივ ჯგუფებთან.

ევროპის საბჭოს 1990 წლის კონვენცია „დანაშაულებრივი გზით მიღებული შემოსავლების გარეცხვის, გამოვლენის, დაყადაღებისა და კონფისკაციის შესახებ" შემოსავლად თვლის ნებისმიერ ეკონომიკურ სარგებელს, რომელიც შეძენილია **დანაშაულებრივი გზით**. პრედიკატული დანაშაული ნიშნავს ნებისმიერ დანაშაულს, რომლის შედეგადაც მიღებულ იქნა შემოსავალი, რაც შეიძლება ამ კონვენციის მე-6 მუხლით მითითებული დანაშაულის (ანუ შემოსავლების გარეცხვის დანაშაულის) საგანი გახდეს.

FATF-ის პირველი რეკომენდაცია პრედიკატულ სამართალდარღვევებს

ებება და მათ სერიოზულობაზე ამახვილებს ყურადღებას. კერძოდ, FATF-ის პირველი რეკომენდაციის მიხედვით, პრედიკატული სამართალდარღვევების განსაზღვრის დროს გამოყენებულ უნდა იქნეს ისეთი კრიტერიუმები, როგორიცაა სამართალდარღვევის სერიოზულობის კატეგორია, თავისუფლების აღკვეთის ვადა, ან პრედიკატული სამართალდარღვევების ჩამონათვალი, ანდა ამგვარი მიდგომის კომბინაცია. ყოველმა სახელმწიფომ უნდა განსაზღვროს, ფულის გარეცხვასთან დაკავშირებული რომელი სამართალდარღვევა უნდა ჩაითვალოს მძიმე დანაშაულად. ევროკავშირის საბჭოს ჩარჩო გადაწყვეტილებებში, რომლებიც ფულის გათეთრებასთან ბრძოლას ებება (91/308/evg, 2001/97/eg, 2005/60/eg და სხვ.), დასჯად ქმედებათა კატალოგი მიანიშნებს, რომ მხედველობაშია ორგანიზებული დანაშაულის გამოვლენის ფორმები და არა ნებისმიერი სამართალდარღვევა. ყველა ევროდირექტივა ხაზს უსვამს სწორედ დანაშაულებრივი გზით მიღებული შემოსავლების გათეთრების დასჯის აუცილებლობას. ევროდირექტივებით განსაზღვრული პრედიკატული დანაშაულების კატალოგი FATF-ის რეკომენდაციებით შემოთავაზებული კატალოგის ანალოგიურია. FATF-ის რეკომენდაციების განმარტებაში ვკითხულობთ, რომ სახელმწიფოებმა უნდა განიხილონ ფულის გარეცხვის დანაშაულის ცნების შემოღება მძიმე კატეგორიის დანაშაულის ან/და ისეთი დანაშაულების ანალოგიურად, რომელთაც დიდი ოდენობის შემოსავლის მიღება ახლავს, ფულის გათეთრებასთან დაკავშირებულმა პრედიკატულ დანაშაულთა ჩამონათვალმა უნდა მოიცვას შემდეგი კატეგორიის ქმედებები: ორგანიზებულ დანაშაულებრივ ჯგუფსა და რეკეტში მონაწილეობა, ტერორიზმი, მისი დაფინანსების ჩათვლით, ადამიანებით ვაჭრობა, სექსუალური ექსპლუატაცია, ბავშვთა ექსპლუატაციის ჩათვლით, ნარკოტიკული საშუალებებითა და ფსიქოტროპული ნივთიერებებით ვაჭრობა, იარაღით ვაჭრობა, მოპარული ნივთებით და სხვა საკუთრებით უკანონო ვაჭრობა, კორუფცია, მოტყუება და თაღლითობა, ფულის გაყალბება, საავტორო უფლებების დარღვევა და ინტელექტუალური პროდუქტის მეკობრეობა, დანაშაული გარემოს წინააღმდეგ, მკვლელობა და სხეულის მძიმე დაზიანება, მოტაცება, თავისუფლების უკანონო აღკვეთა და მძევლად ხელში ჩაგდება, ქურდობა, კონტრაბანდა, გამოძალვა, დოკუმენტების გაყალბება, მეკობრეობა, მანიპულაციები ბაზარზე.

აღსანიშნავია, რომ ჩვენმა კანონმდებელმა მეტისმეტად გააფართოვა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საზღვრები, როცა ლეგალიზაციის საგნად აღიარა უკანონო ან/და დაუსაბუთებელი ქონება და ამით პრედიკატულ დანაშაულთა შორის ნებისმიერი სამართალდარღვევა მოიაზრა, მათ შორის ადმინისტრაციული გადაცდომა ან სამოქალაქო დელიქტიც. ამან შეიძლება ბევრ უსამართლობასა და უკანონობას დაუდოს სათავე. ჩვენ ისეთ სახელმწიფოში ვიცხოვრეთ ათეული წლები, სადაც ქონების შეძენა კანონის მოთხოვნათა დარღვევით პრობლემას არ წარმოადგენდა, მხედველობაში გვაქვს სამოქალაქო კანონმდებლობის დარღვევით უძრავი ქონების შეძენა, ფლობა, სარგებლობა,

გადაცემა და მისთ.

დანაშაულის საგნის ამგვარი განსაზღვრა გაუმართლებლად აფართოებს დანაშაულის შემადგენლობას, ამავე დროს, ეწინააღმდეგება სტრასბურგის კონვენციის პირველი თავის პირველი მუხლის შინაარსს, რომლის მიხედვითაც, ქონება აუცილებლად დაკავშირებული უნდა იყოს სისხლის სამართლის დანაშაულთან.

ვინაიდან, ნორმატიული აქტების იერარქიაში საერთაშორისო კონვენცია ქვეყნის შიდა მიმდინარე კანონზე მაღლა დგას, სსკ-ის 194-ე მუხლის შენიშვნაში სიტყვები: „კანონის მოთხოვნათა დარღვევით“ უნდა გავიგოთ, როგორც სისხლის სამართლის კანონის მოთხოვნათა დარღვევა. ამდენად, ქონება ან მისგან მიღებული შემოსავალი პირს მიღებული უნდა ჰქონდეს დანაშაულებრივი გზით.

რაც შეეხება დაუსაბუთებელ ქონებას, მუხლის შენიშვნის მიხედვით ასეთად ითვლება ქონება, აგრეთვე ამ ქონებიდან მიღებული შემოსავალი, აქციები (წილი), რომლის/რომელთა კანონიერი საშუალებებით მოპოვების დამადასტურებელი დოკუმენტები პირს, მისი ოჯახის წევრს, ახლო ნათესავს ან დაკავშირებულ პირს არ გააჩნია, ან იგი მოპოვებულია უკანონო ქონების გასხვისების შედეგად მიღებული ფულადი სახსრებით.

ამდენად, დაუსაბუთებელი ქონება არის ორი სახის:

1. ქონება, რომლის კანონიერი საშუალებით მოპოვების დამადასტურებელი დოკუმენტი პირს არ გააჩნია;

2. ქონება, რომელიც მოპოვებულია უკანონო ქონების გასხვისების (მაგალითად, გაყიდვის, გაცვლის) გზით.

ცხადია, ფულის გათეთრების საგანი არის ისეთი ქონებაც, რომლის კანონიერი საშუალებით მოპოვების დამადასტურებელი დოკუმენტი პირს (ან პირებს) არ გააჩნია. ამდენად, აქ მნიშვნელობა არა აქვს იმას, ეს ქონება დანაშაულებრივი გზითაა მოპოვებული თუ არა. ამასთან, თუკი პირველ შემთხვევაში (უკანონო ქონება) მტკიცების ტვირთი ბრალმდებელს აწევს (მან უნდა ამტკიცოს, თუ კონკრეტულად რომელი კანონის დარღვევით აქვს პირს ეს ქონება მოპოვებული), მეორე შემთხვევაში (დაუსაბუთებელი ქონება) მტკიცების ტვირთი თავად ბრალდებულზეა. ე.ი. მან უნდა ამტკიცოს ქონების კანონიერი წარმომავლობა. თანაც, ეს უნდა ამტკიცოს დოკუმენტურად და არა სხვაგვარი მტკიცებულების მოხმობით (მაგალითად, მოწმეთა ჩვენებით). სხვაგვარი მტკიცებულება მხედველობაში არ მიიღება და პირს ვერ გაამართლებს.

რამდენად გამართლებულია კანონმდებლის ასეთი პოზიცია?

ამ კითხვას პასუხი რომ გაეცეს, ჯერ უნდა გაირკვეს, თუ რა ფორმით ხორციელდება საქართველოში შრომითი საქმიანობა ან მომსახურებასთან დაკავშირებული ურთიერთობა და აქედან წარმოშობილი ანაზღაურება.

საქართველო განსხვავდება განვითარებული ევროპული სახელმწიფოები-

საგან, სადაც ნებისმიერი შრომითი საქმიანობა ხელშეკრულებითაა მოწესრიგებული, თუნდაც ეს ეხებოდეს ფიზიკურ პირებს. მაგალითად, სარემონტო (ბინის რემონტი ან სხვა სამუშაოების ჩატარება), სარეპეტიტორო, სამასწავლებლო (ცეკვის მასწავლებელი, რომელიც სახლში უტარებს მოწაფეს კერძო გაკვეთილებს), შინამოსამსახურის, ბავშვების ძიძის საქმიანობა და სხვა, მოწესრიგებულია ხელშეკრულებით. ეს პირები ანაზღაურებას იღებენ ბანკის მეშვეობით. ყოველ შემთხვევაში, მათ საჭიროებისას შეუძლიათ, წარმოადგინონ სათანადო დოკუმენტი (ხელშეკრულება) მათი შემოსავლის წარმომავლობის შესახებ.

საქართველოში კი ასეთი ურთიერთობისათვის არაა აუცილებელი ხელშეკრულების დადება. ამდენად, შესაძლებელია, პირი წლების განმავლობაში ეწეოდეს მსგავს საქმიანობას და ანაზღაურებას იღებდეს ხელზე. ეს ანაზღაურება, როგორც წესი, არაა იმ ოდენობის, რომ საკითხი დადგეს გადასახადისაგან თავის არიდებისათვის სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაზე. სათვალავშია მისაღები ისიც, რომ საქართველოში თითქმის არ არსებობს ფულადი დანაზოგის ბანკში შენახვის კულტურა (რასაც აქვს თავისი ობიექტური და სუბიექტური მიზეზი). ადამიანები ამჯობინებენ, ფული შეინახონ სახლში. საბოლოოდ, როცა დადგება დაგროვილი თანხის კანონიერი წარმომავლობის საკითხი, შესაბამისი დოკუმენტების წარმოდგენა შეუძლებელი ხდება, რადგან იგი რეალურად არ არსებობს.

ამდენად, მსგავს შემთხვევაში სახეზეა დაუსაბუთებელი ქონება, რომელიც შესაძლებელია, მიჩნეულ იქნეს სსკ-ის 194-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის საგნად, თუკი პირი ამ თანხით შეიძენს, ვთქვათ, ძვირად ღირებულ უძრავ ქონებას და დოკუმენტურად ვერ დაასაბუთებს ფულის კანონიერ წარმომავლობას. არადა ამ ფულის მოპოვებაზე მან წლების განმავლობაში ბევრი „ოფლი ღვარა", დიდძალი სასარგებლო შრომა შეასრულა.

ვფიქრობთ, სსკ-ის 194-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის საგნად დაუსაბუთებელი ქონების გათვალისწინება საქართველოს პირობებში არაა მიზანშეწონილი, იგი არაა სამართლიანი, რადგან არ შეესაბამება საქართველოს რეალობას. ამავე დროს, ეწინააღმდეგება საქართველოს კონსტიტუციის მე-40 მუხლის I და II ნაწილის შინაარსს (პირმა დოკუმენტების მოხმობით თუ ვერ დაამტკიცა, რომ ქონება კანონიერი გზითა აქვს შეძენილი, ჩაითვლება, რომ მან ფული გაათეთრა).

ამ შემთხვევაში არგუმენტად ვერ გამოდგება ის, თუ რას მიიჩნევს ამ დანაშაულის საგნად საერთაშორისო კონვენცია, რასაც მიუერთდა საქართველო. არ უნდა დაგვავიწყდეს, რომ ნორმატიული აქტების იერარქიაში საქართველოს კონსტიტუცია საერთაშოროსო კონვენციებზე მაღლა დგას.

ლეგალიზაციის საგანთან დაკავშირებით ასევე მნიშვნელოვანია პრედიკატული დანაშაულების ne bis in idem პრინციპთან თავსებადობის საკითხი. ორმაგი დასჯის აკრძალვა აქტუალურია ევროპულ სისხლის სამართალშიც.

ყველა საერთაშორისო კონვენცია ამ სფეროში ხაზგასმით მიუთითებს, რომ თითოეულმა მონაწილე სახელმწიფომ, თავისი შიდა კანონმდებლობის ძირითადი პრინციპების შესაბამისად, უნდა მიიღოს საკანონმდებლო და სხვა ზომები. ასე მაგალითად, ტრანსნაციონალური ორგანიზებული დანაშაულის წინააღმდეგ გაეროს კონვენციის მე-6 მუხლის მეორე პუნქტის „ე" ქვეპუნქტის მიხედვით, „თუ ამას მოითხოვს მონაწილე სახელმწიფოს შიდა კანონმდებლობის ძირითადი პრინციპები, შეიძლება გათვალისწინებულ იქნეს, რომ ამ მუხლის პირველ პუნქტში აღნიშნული დანაშაულები არ ეხება პირებს, რომელთაც ჩაიდინეს ძირითადი სამართალდარღვევა (ე.ი. პრედიკატული დანაშაული).

ფულის გათეთრების საწინააღმდეგო ევროკონვენციის მე-6 მუხლის „ბ" ქვეპუნქტის თანახმად, შეიძლება დათქმულ იქნეს, რომ პირველ პუნქტში მითითებული დანაშაულები (ანუ ფულის გარეცხვისაკენ მიმართული ქმედებები, – გ.მ.) არ შეეხება იმ პირებს, რომლებმაც ჩაიდინეს პრედიკატული დანაშაული. ვფიქრობ, ეს დათქმები, ერთი ქმედებისათვის ორჯერ დასჯის გამორიცხვას ემსახურება. თითოეულ მხარეს, სახელმწიფოს, კონვენციასთან მიერთების დროს შეუძლია განაცხადოს, რომ მე-6 მუხლის პირველი პუნქტის დებულებები გამოიყენება მხოლოდ პრედიკატული დანაშაულების ან დანაშაულთა ისეთი კატეგორიების მიმართ, რომლებიც მითითებულია განაცხადში. ყველა კონვენცია ითვალისწინებს ამა თუ იმ სამართლებრივი სისტემის კონსტიტუციურ პრინციპებს და ფუნდამენტურ საფუძვლებს.

საქართველოს, შესაბამისი კანონმდებლობით, არც პრედიკატულ დანაშაულთა ჩამონათვალი და არც არავითარი დათქმა კონვენციებთან მიმართებით არ გაუკეთებია. დღევანდელი რეალობით ნებისმიერი სამართალდარღვევის ჩადენით მიღებული შემოსავალი შეიძლება იქცეს ლეგალიზების საგნად. გამოდის, რომ ქურდმა ნაქურდალი ნივთი რომ შეინახოს ან გაყიდოს, ქურდობასთან ერთად ფულის გათეთრებისათვისაც უნდა აგოს პასუხი, რაც წინააღმდეგობაშია ne bis in idem პრინციპთან. უფრო მეტიც, დღეს საქართველოს პროკურატურა შესაძლებლად თვლის სამეწარმეო საქმიანობის სფეროში, აგრეთვე ეკოლოგიური დანაშაულის ჩადენის შედეგად მიღებული შემოსავლების ლეგალიზაციის მუხლით კვალიფიკაციას შესაბამის პრედიკატულ დანაშაულებთან ერთობლიობით. მაგალითად, რომელიმე ფირმამ (ან ფიზიკურმა პირმა) სხვისი სასაქონლო ნიშნის გამოყენებით შემოსავალი რომ მიიღოს და იგი გამოიყენოს, წარმოებაში ჩადოს ან უბრალოდ საბანკო ანგარიშზე განათავსოს, ის უკვე ფულის გათეთრებასაც ახორციელებს, ანდა მის მიერ უკანონო სამეწარმეო საქმიანობით მიღებული შემოსავლით სარგებლობა ან ფლობა ასევე შემოსავლის გათეთრებასაც ნიშნავს, ან კიდევ, უკანონოდ გაჩეხილი ხე-ბუჩქნარით რომ ისარგებლოს, ეკოლოგიურ დანაშაულთან ერთად შემოსავლის გათეთრებასაც აქვს ადგილი, ამავე ლოგიკით, თუ მოხელემ ქრთამი აიღო, უნდა დაისვას ამ შემოსავლის შესაძლო ლეგალიზების შეფასების საკითხი და კვალიფიკაცია სამოხელეო

დანაშაულთან ერთობლიობით მოხდეს. ფულის გათეთრებისაკენ მიმართული კონკრეტული ქმედება რომც არ იყოს სახეზე, დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული ნივთის ფლობა და სარგებლობა ხომ სახეზეა და ერთი ქმედებისათვის მაინც ორჯერ უნდა აგოს პასუხი მოხელემ.

უკანონო ან/და დაუსაბუთებელი ქონება იმდენად ფართოა, რომ თუ ნივთის მპოვნელმა არ დაიცვა სამოქალაქო კოდექსის 191-ე მუხლით დადგენილი მოთხოვნები და გამოიყენა, გარდაქმნა, ან სხვა ქმედება განახორციელა ნაპოვარი ნივთის მიმართ, მან ფულის გათეთრებისათვის უნდა აგოს პასუხი, რადგან ეს შემოსავალი უკანონოა.

ცხადია, უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის საგნის პრობლემა სერიოზულ გააზრებას მოითხოვს და ისე მარტივად არაა საქმე, როგორც ეს ერთი შეხედვით შეიძლება მოეჩვენოს ვინმეს. ვერავინ უარყოფს, რომ უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის დროს პრედიკატულ დანაშაულს (სამართალდარღვევას) პრეუდიციული მნიშვნელობა აქვს, უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციით გამოწვეული ზიანი უნდა შეფასდეს წინარე კრიმინალური ქცევის შედეგებით, რამეთუ ფულის გარეცხვა წინარე ქმედებასთან შემხებლობის ერთ-ერთი ფორმაა.

3. შემოსავლების ლეგალიზაციის ობიექტური მხარე საერთაშორისო აქტებსა და ნაციონალურ კანონმდებლობაში

ნარკოტიკული საშუალებების, და ფსიქოტროპული ნივთიერებების უკანონო ბრუნვასთან ბრძოლის შესახებ გაეროს (ვენის კონვენცია) 1989 წლის კონვენციის მე-3 მუხლის „ბ“ ქვეპუნქტის მიხედვით, შემოსავლის ლეგალიზაცია ნიშნავს საკუთრების კონვერსიას ან გადაყვანას, თუ ცნობილია, რომ ეს საკუთრება მიღებულია ამავე მუხლის „ა“ პუნქტში მითითებული სამართალდარღვევების ჩადენის შედეგად, ან მასში მონაწილეობით, საკუთრების უკანონო წყაროს დაფარვის ან შენიღბვის მიზნით, ანდა ნებისმიერი პირისათვის დახმარების გაწევის მიზნით, ვინც მონაწილეობს ასეთ სამართალდარღვევაში, იმისათვის, რომ თავი აარიდოს პასუხისმგებლობას თავისი ქმედებისათვის. ასევე, საკუთრების ნამდვილი ხასიათის, წყაროს, ადგილმდებარეობის, განკარგვის ხერხის, გადაადგილების, საკუთრებაზე ნამდვილი უფლების ან მისი კუთვნილების დაფარვა ან შენიღბვა.

ტრანსნაციონალური ორგანიზებული დანაშაულის წინააღმდეგ გაეროს (პალერმოს) 2000 წლის კონვენციის მე-6 მუხლის მიხედვით, ფულის გათეთრება მოიცავს ისეთ ქმედებებს, როგორიცაა: წინასწარი შეცნობით დანაშაულებრივი გზით მიღებული ქონების გარდაქმნა ან გადაცემა ამ ქონების უკანონო წარმოშობის დაფარვის ან დამალვის მიზნით, ან ნებისმიერი იმ პირისათვის დახმარების გაწევის მიზნით, რომელიც ძირითადი სამართალდარ-

ღვევის მონაწილეა, რათა თავი აარიდოს საკუთარი ქმედების სამართლებრივ შედეგებზე პასუხისმგებლობას; ასევე, წინასწარი შეცნობით დანაშაულებრივი გზით მიღებული ქონების ნამდვილი ხასიათის, წყაროს, ადგილის, განკარგვის ხერხის, გადაადგილების, ქონებაზე უფლების ან მისი კუთვნილების დაფარვა ან დამალვა.

ევროპის საბჭოს ფულის გათეთრების საწინააღმდეგო 1990 წლის კონვენციის მე-6 მუხლის მიხედვით, ლეგალიზაცია მოიცავს ისეთ მოქმედებებს, როგორიცაა: საკუთრების გარდაქმნა ან გადაცემა იმის შეცნობით, რომ ასეთი საკუთრება არის დანაშაულებრივი გზით მიღებული შემოსავალი, საკუთრების უკანონო წარმოშობის დაფარვის ან შენიღბვის მიზნით, ან ნებისმიერი პირისათვის დახმარების გაწევის მიზნით, ვინც მონაწილეობს პრედიკატულ დანაშაულში, რათა თავი დააღწიოს ამგვარი ქმედების სამართლებრივ შედეგებს. აგრეთვე, ქონების ნამდვილი ხასიათის, წყაროს, ადგილმდებარეობის, მდგომარეობის, გადაადგილების, საკუთრების უფლების ან მისი კუთვნილების დაფარვა ან შენიღბვა იმის შეცნობით, რომ ასეთი საკუთრება დანაშაულებრივი გზით მიღებული შემოსავალია.

ამრიგად, საერთაშორისო აქტების მიხედვით, ლეგალიზაცია არის დანაშაულებრივი გზით მიღებული შემოსავლების ტრანსფორმაცია, რომლის მიზანია ეს ქონება ლეგალური ფორმებით მიღებულად წარმოაჩინოს. აღსანიშნავია, რომ სამივე კონვენცია შემოსავლის გათეთრების ფორმად თვლის, ასევე საკუთრების შეძენას, ფლობას ან გამოყენებას, თუ მისი მიღების მომენტში ცნობილი იყო, რომ ეს ქონება დანაშაულებრივი გზით მიღებული შემოსავალია.

როგორც ვხედავთ, საერთაშორისო აქტებში იკვეთება ფულის გათეთრების სამი ტიპის ხერხი: 1. ქონების კონვერსია ან გადაყვანა (გადარიცხვა), 2. ქონების შენიღბვა ან დამალვა. 3. ქონების შეძენა, ფლობა, გამოყენება.

საქართველოს კანონი უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის აღკვეთის ხელშეწყობის შესახებ, შემოსავლის ლეგალიზაციის შემდეგ განმარტებას გვთავაზობს – უკანონო შემოსავლისათვის კანონიერი სახის მიცემა (შეძენა, გამოყენება, გადაცემა ან სხვა მოქმედება), აგრეთვე, მისი ნამდვილი წარმოშობის, მესაკუთრის ან მფლობელის ან/და ქონებრივი უფლებების დამალვა ან შენიღბვა ანდა ასეთი ქმედების ჩადენის მცდელობა. ანალოგიურ განმარტებას გვთავაზობს სისხლის სამართლის კანონი, რომელიც სანიმუშოდ ჩამოთვლის უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის ხერხებს.

უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია, როგორც წესი, რამდენიმე ოპერაციისაგან შემდგარი პროცესია. არსებობს ფულის გათეთრების ორსაფეხურიანი, სამსაფეხურიანი, ოთხსაფეხურიანი მოდელები.

ამგვარად, უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია წარმოადგენს რთულ პროცესს, ის მოიცავს მრავალფეროვან ოპერაციებს, რომლებიც ხორციელდება სხვადასხვა მეთოდით და ხერხით.

ძალიან საინტერესოა, თუ როგორ გაიმიჯნოს პირველადი დანაშაულის (ანუ პრედიკატული დანაშაულის) ამსრულებელი უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის ამსრულებლისაგან? ამასთან დაკავშირებით სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობაში განსხვავებული მიდგომა არსებობს. ერთი ნაწილი თვლის, რომ ძირითადი დანაშაულის ამსრულებელი შეიძლება იყოს შემოსავლის ლეგალიზაციის დანაშაულის ამსრულებელიც, ხოლო მეორე ნაწილი კი, პირიქით, თვლის, რომ პირი, რომელიც მონაწილეობს ძირითად დანაშაულში, არ შეიძლება იყოს ლეგალიზაციის ამსრულებელი და ამ დანაშაულს მიიჩნევს პრედიკატული დანაშაულის დაფარვის ფორმად. ამრიგად, იმ ქვეყნებში, სადაც ფულის გათეთრებას განიხილავენ ძირითადი დანაშაულის დაფარვად, ძირითადი დანაშაულის ამსრულებელი არ განიხილება ფულის გათეთრების ამსრულებლად (გერმანია, საფრანგეთი და სხვ.).

მაგალითად, ქურდმა ნაქურდალი ნივთი გაყიდა და უკანონო შემოსავლის გასათეთრებლად, ამ ფულით სახლი იყიდა. პირველი მიდგომით ქურდმა ქურდობის გარდა უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციისათვისაც უნდა აგოს პასუხი. ზემოთ ჩვენ აღვნიშნეთ, რომ ასეთი მიდგომა წინააღმდეგობაში მოდის ne bis in idem პრინციპთან, სწორედ ამიტომ ფულის გათეთრების საწინააღმდეგო ყველა საერთაშორისო კონვენცია დათქმას აკეთებს, რომ თუ ამას მოითხოვს მონაწილე სახელმწიფოს შიდა კანონმდებლობის ძირითადი პრინციპები, შეიძლება გათვალისწინებული იყოს, რომ ფულის გათეთრებისაკენ მიმართული დანაშაულები არ ეხება იმ პირებს, რომელთაც ჩაიდინეს ძირითადი სამართალდარღვევა.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი ამ კითხვაზე პირდაპირ პასუხს არ იძლევა, თუმცა, თუ სისხლის სამართლის კანონს სისტემურად განვმარტავთ, 186-ე და 375-ე მუხლები ავიწროებენ ფულის გარეცხვის ამსრულებელთა წრეს.

უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია შესაძლებელია განხორციელდეს როგორც ერთპიროვნული ამსრულებლობის, ისე თანაამსრულებლობისა და თანამონაწილეობის ფორმით.

FATF-ის და MONEYVAI-ის რეკომენდაციების უპირობო იმპლემენტაციამ შესაძლებელია ბევრი პრობლემა წამოჭრას ქმედების ამა თუ იმ დანაშაულად კვალიფიკაციის თვალსაზრისით. ასე, მაგალითად, სად უნდა გაივლოს ზღვარი, ერთი მხრივ, პრედიკატულ დანაშაულში თანამონაწილეობასა და მეორე მხრივ, საკუთრივ ფულის გათეთრებაში ან მის შემდგომ ქმედებებში (მხედველობაშია სსკ-ის 186-ე და 375-ე მუხლები) მონაწილეობას შორის? მტკიცების თვალსაზრისით რთული შესაფასებელია, ესა თუ ის ქმედება უკანონო შემოსავლის გათეთრებას ემსახურებოდა, თუ სხვა რამეს.

საერთაშორისო შეთანხმებები (ვენის, პალერმოს, სტრასბურგის კონვენციები) ფულის გათეთრებად აფასებენ პრედიკატული დანაშაულის დაფარ-

ვაში დახმარებასაც (ანუ უკვე ჩადენილი დანაშაულის დაფარვაში დახმარებასაც) და საკუთრივ ფულის გარეცხვაში დახმარებასაც. სახელდობრ, თუ ადამიანმა იცის შემოსავლის უკანონო წარმომავლობა, და მისი ქმედება – საკუთრების გარდაქმნა (კონვერსია) ან გადაცემა მიზნად ისახავს ძირითადი სამართალდარღვევის მონაწილისათვის დახმარებას, რათა მან თავი აარიდოს საკუთარი ქმედების სამართლებრივ შედეგებზე პასუხისმგებლობას, გაცნობიერებული აქვს, რომ მისი ქმედება გამოიწვევს შემოსავლის ლეგალიზებას და სურს ეს შედეგი ან ითვალისწინებს ასეთი შედეგის გარდაუვალობას ანდა შესაძლებლობას, მაშინ ეს შემოსავლის გათეთრებაში თანამონაწილეობაა.

აღნიშნული კონვენციების მიხედვით, დანაშაულად და შესაბამისად ფულის გათეთრებად უნდა შეფასდეს, ასევე, ქონების შეძენა, ფლობა ან გამოყენება იმის შეცნობით, რომ მისი მიღების მომენტისათვის ეს ქონება წარმოადგენს დანაშაულის გზით მიღებულ ქონებას.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მიხედვით, მისი სისტემიდან გამომდინარე, ანალოგიური ქმედებების შეფასება შემდეგნაირად უნდა მოხდეს: თუ პირი წინასწარი შეპირებით შეიძენს ან გაასაღებს დანაშაულებრივი გზით მოპოვებულ ნივთს, მაშინ ის შესაბამისი დანაშაულის თანამონაწილეა (დამხმარეა) და ამ ქმედების 194-ე მუხლით (ფულის გათეთრება) კვალიფიკაცია ზედმეტია.

ცხადია, თუ წინასწარი შეთანხმება მოიცავს როლების განაწილებას, კერძოდ, ერთი დანაშაულებრივი გზით მოიპოვებს ქონებას, მეორე კი მის ლეგალიზაციაზე ზრუნავს, მაშინ ქმედების ფულის გათეთრებად შეფასება ეჭვს არ იწვევს. აქ უკვე, არა უბრალო ფსიქოლოგიური დახმარებაა ძირითად დანაშაულში, არამედ კონკრეტული მოქმედებები ხორციელდება ფულის გასათეთრებლად.

თუ პირი წინასწარი შეპირების გარეშე, მაგრამ წინასწარი შეცნობით დანაშაულებრივი გზით მოპოვებულ ნივთს იძენს, სარგებლობს, ფლობს ან ასაღებს პირადი მოტივით, მაშინ ის 186-ე მუხლით გათვალისწინებულ დანაშაულს ახორციელებს.

თუ სსკ-ის 186-ე მუხლში აღწერილი ქმედებები (ნივთის შეძენა, სარგებლობა, ფლობა ან გასაღება) ემსახურება შემოსავლის გათეთრებას, მაშინ ეს დახმარებაა (ან ამსრულებლობა) 194-ე მუხლით გათვალისწინებულ დანაშაულში (ანუ ფულის გათეთრებაში). როგორც აღვნიშნე, შესაბამისი კონვენციები, ძირითადი სამართალდარღვევის მონაწილისათვის დახმარების გაწევას, რათა მან თავი აარიდოს საკუთარი ქმედების სამართლებრივ შედეგებზე პასუხისმგებლობას, შემოსავლის გათეთრებად თვლის. თუმცა, ჩვენი კოდექსი დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული ნივთების წინასწარ შეპირების გარეშე დაფარვას დანაშაულის დაფარვად აფასებს, სახელდობრ, თუ ადამიანი, ამა თუ იმ ფორმით დაფარავს დანაშაულებრივი გზით ნაშოვნ ქონებას, იმის გაუც-

ნობიერებლად, რომ ამგვარმა გარიგებამ შეიძლება გამოიწვიოს შემოსავლების გარეცხვა, მაგრამ მიზნად ისახავს პრედიკატული დანაშაულის ამსრულებლის დახმარებას, რათა მან თავი აარიდოს თავისი ქმედების იურიდიულ შედეგებს, მაშინ ის დანაშაულის დაფარვას ახორციელებს (მუხლი 375-ე).

ამრიგად, 375-ე მუხლი (დანაშაულის დაფარვა) და 194-ე მუხლი (ფულის გათეთრება) ზოგადი და სპეციალური დაფარვის სახეებია, ორივე ერთად კი დანაშაულთან შემხებლობის ფორმები. თუ დანაშაულებრივი გზით ნაშოვნი ქონების დაფარვა მიზნად ისახავს მისთვის კანონიერი სახის მიცემას, მაშინ ეს ფულის გათეთრებაა, ხოლო თუ დაფარვის მიზანია მხოლოდ დახმარება, რათა ძირითადი დანაშაულის ჩამდენმა თავიდან აიცილოს პასუხისმგებლობა, მაშინ ეს დანაშაულის დაფარვაა (მუხლი 375-ე). ყველა კონვენციის ცალსახა მოთხოვნაა, საკუთრების გარდაქმნისა თუ გადაცემის დროს, პრედიკატული დანაშაულის ამსრულებლის დამხმარემ იცოდეს, რომ მისი ქმედება გამოიწვევს შემოსავლის ლეგალიზაციას და სურდეს ეს შედეგი ან ითვალისწინებდეს ასეთი შედეგის გარდაუვალობას ან ასეთი შედეგის შესაძლებლობას. აქედან გამომდინარე, თუ ეს წინასწარ შეცნობილი არ არის, ამგვარი დახმარება დანაშაულის დაფარვის ზოგად შემადგენლობას მოგვცემს (მუხლი 375-ე).

ეს მოსაზრება ჩვენ გადმოვეცით შოთა რუსთაველის ეროვნული სამეცნიერო ფონდის ფინანსური მხარდაჭერით 2012 წლის დასაწყისში გამოცემულ წიგნში „ორგანიზებული დანაშაულის თანამედროვე გამოვლინებების კრიმინალიზაციისა და სამართალშეფარდების პრობლემები ქართულ სისხლის სამართალში.“

ამ ნაშრომის გამოცემიდან სულ მოკლე ხანში ცვლილება განხორციელდა სსკ-ის 194-ე მუხლში, რომლის მიხედვითაც ფულის გათეთრებად ჩაითვლება ასევე, უკანონო ან/და დაუსაბუთებელი ქონებისათვის კანონიერი სახის მიცემა „სხვა პირისათვის პასუხისმგებლობისათვის თავის არიდებაში დახმარების გაწევის მიზნით“.

აღნიშნული ცვლილებით, ერთი მხრივ, კიდევ უფრო გამყარდა ჩვენი პოზიცია იმის შესახებ, რომ პრედიკატული დანაშაულის ჩამდენმა არ შეიძლება პასუხი აგოს საკუთარი ქმედების დაფარვისათვის. სსკ-ის 194-ე მუხლში განხორციელებული დამატებიდან აშკარად ჩანს, რომ ფულის გათეთრებისათვის პასუხს აგებს სხვა პირი და არა პრედიკატული დანაშაულის ჩამდენი. კანონი პირდაპირ მიანიშნებს სხვა პირისათვის დახმარების გაწევაზე. ეს სხვა კი, ის პირია, ვინც პრედიკატული დანაშაული ჩაიდინა და შემდეგ მისი დაფარვა ესაჭიროება, რაშიც მას ფულის გამთეთრებელი ეხმარება, რათა ჩადენილი დანაშაულისათვის პასუხისმგებლობას თავი აარიდოს.

მეორე მხრივ, ამ დამატების გარეშეც ფულის გათეთრების შემადგენლობის ორივე ფორმა, რომელსაც სსკ-ის 194-ე მუხლი გვთავაზობდა, თავის თავში გულისხმობდა შემოსავლის უკანონო წარმომავლობის დაფარვას, ხოლო ახ-

ლახანს განხორციელებული ცვლილება, პრედიკატული დანაშაულის დაფარვა შემოსავლის გათეთრების მიზნის გარეშე, ნიშნავს დანაშაულის დაფარვის ზოგადი შემადგენლობის (მუხლი 375-ე) შეტანას მიზნით დაფუძნებულ დაფარვის სპეციალურ შემადგენლობაში (მუხლი 194-ე), რაც ლოგიკურ შეუსაბამობად მეჩვენება. მართალია, ფულის გათეთრების საწინააღმდეგო საერთაშორისო კონვენციები პრედიკატული დანაშაულის დაფარვაში დახმარებას უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციად თვლიან, მაგრამ ეს უნდა გავიზიაროთ იმ პირობით, რომ დამხმარეს გაცნობიერებული აქვს შემოსავლის გათეთრების მიზანი და ცდილობს, დახმარება გაუწიოს ძირითადი სამართალდარღვევის მონაწილეს, რათა მან თავი აარიდოს პასუხისმგებლობას. დანაშაულის დაფარვის ზოგადი შემადგენლობა არ გულისხმობს იმის გაცნობიერებას, რომ ეს ქმედება ფულის გათეთრებას ემსახურება. ამაშია განსხვავება დანაშაულის დაფარვის ზოგად შემადგენლობასა (მუხლი 375-ე) და ფულის გათეთრებას შორის (მუხლი 194-ე).

4. უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის სუბიექტური მხარე

ფულის გათეთრების საწინააღმდეგო ყველა საერთაშორისო შეთანხმება (ვენის, პალერმოს, სტრასბურგის კონვენციები) ხაზს უსვამს, რომ შემოსავლების გასათეთრებლად კონკრეტული მოქმედებების განხორციელებისას (ქონების გარდაქმნა ან გადაცემა, დამალვა ან შენიღბვა და სხვ.) პირს წინასწარ შეცნობილი უნდა ჰქონდეს, რომ ქონება დანაშაულებრივი გზით არის მიღებული და მიზნად უნდა ისახავდეს მისთვის კანონიერი სახის მიცემას, რაც ამ დანაშაულის სუბიექტურ შემადგენლობაში განზრახვის მიმანიშნებელია. ამასთანავე, ხაზგასმულია, რომ წინასწარი შეცნობა, განზრახვა და მიზანი, როგორც დანაშაულის შემადგენლობის ელემენტები, შეიძლება დადგინდეს საქმის ობიექტური ფაქტობრივი გარემოებების საფუძველზე (ვენის კონვენციის მიხედვით უბრალო ინფორმირებულობაც კი, რომ ქმედება ფულის გარეცხვას უკავშირდება საკმარისია სუბიექტური მხარის დასასაბუთებლად).

შემოსავლის ლეგალიზაციის სუბიექტურ შემადგენლობასთან დაკავშირებით სპეციალურ ლიტერატურაში დაობენ მხოლოდ პირდაპირ განზრახვასთან გვაქვს საქმე, თუ დასაშვებია არაპირდაპირი განზრახვაც.

ამ დანაშაულის არაპირდაპირი განზრახვით შესაძლო განხორციელების არგუმენტად ასახელებენ ლეგალიზაციის პროცესის სირთულეს, რომლის ყველა დეტალის ცოდნა გამორიცხულია. საკმარისია დამნაშავე უშვებდეს ფულის (ქონების) წარმოშობის დანაშაულებრიობას; დანაშაულებრივი გზით შეძენილ ქონებასთან მიმართებით ფინანსური ოპერაციისა თუ გარიგების განხორციელებისას, დამნაშავე, შესაძლოა, შეგნებულად უშვებდეს ან გულგრილად ეკიდებოდეს მისი ლეგალიზაციის ფაქტს. მაგალითად, ჭუჭყიანი ფულის უძრავ ქონებაში დაბანდებისას, ან უცხოური ვალუტის შეძენისას დამნაშავე,

შესაძლოა, სპეციალურად არც ისახავს მიზნად ამ ფულისათვის მართლზომიერი სახის მიცემას. მას, შესაძლოა, სურდეს მისი დაცვა ინფლაციისაგან ან უბრალოდ თვლიდეს, რომ კაპიტალის ჩადების ამგვარი ხერხი უფრო სარგებლიანია. ამასთანავე, დამნაშავე გულგრილად ეკიდება იმას, რომ ჭუჭყიანი ფულით ფინანსური ოპერაციების განხორციელებით, ობიექტურად რთულდება მათი შემდგომ გამოვლინება, ხდება შენიღბვა, მარლზომიერი ხასიათის მიცემა და ა.შ. ამიტომ, კანონში ლეგალიზაციის მიზანზე საგანგებო მითითება ზედმეტია. ისედაც ნათელია, რომ ჭუჭყიანი ფულისა თუ სხვა ქონებისათვის მართლზომიერი სახის მიცემა ობიექტურად ხდება, როცა ამ ქონებით ფინანსური ოპერაციები ან გარიგებები ხორციელდება და მისი ლეგალურ ბრუნვაში შეტანა ხდება, იმისაგან დამოუკიდებლად, დამნაშავე ისახავდა თუ არა ამგვარ მიზანს. აქედან გამომდინარე, შესაძლებლად მიიჩნევენ ლეგალიზაციის განხორციელებას არაპირდაპირი განზრახვითაც.[5]

ამგვარი დასკვნის საფუძველს ნაწილობრივ საერთაშორისო აქტებში არსებული წინააღმდეგობები განაპირობებს. ასე, მაგალითად, სტრასბურგის კონვენციის მიხედვით, ქმედებისთვის ფულის გათეთრების დანაშაულის კვალიფიკაციის მიცემა შეიძლება იმ შემთხვევაშიც, როდესაც დამნაშავე:

— ვალდებული იყო ევარაუდა, რომ ქონება წარმოადგენს შემოსავალს; მოქმედებდა მოგების მიღების მიზნით;

— მოქმედებდა შემდგომი დანაშაულებრივი საქმიანობის განხორციელებისათვის ხელშეწყობის მიზნით.

როგორც ვხედავთ, კონვენციამ შემოგვთავაზა სამი კუმულაციური პირობა, როცა ხელმომწერ სახელმწიფოს უფლება აქვს (მაგრამ არაა ვალდებული), ქმედებას მისცეს დანაშაულის კვალიფიკაცია.

ზემოთ ხსენებული პირველი პირობიდან („ვალდებული იყო ევარაუდა") გამომდინარეობს, რომ არაა აუცილებელი, პირს გაცნობიერებული ჰქონდეს ქონების დანაშაულებრივი წარმომავლობა, მთავარია, მას ევალებოდეს (მაგალითად, სამსახურებრივად) ამის გაცნობიერება.

საკითხის ამგვარი გადაწყვეტა არ უნდა ჩაითვალოს მართებულად, რადგან ფულის გამთეთრებელს გაცნობიერებული უნდა ჰქონდეს დანაშაულის საგნის უკანონო წარმომავლობა. წინააღმდეგ შემთხვევაში, მას ფულის გათეთრებას ბრალად ვერ შევრაცხავთ.

ამასთან, აღსანიშნავია, რომ ამ სამი პირობიდან მეორე და მესამე პირობაში აშკარად ჩანს, რომ ქმედება ჩადენილი უნდა იყოს პირდაპირი განზრახვით, თანაც გამიზნულად. ასეთ ვითარებაში კი პირველი პირობა (ვალდებული იყო ევარაუდა, რომ ქონება წარმოადგენდა შემოსავალს) აშკარად შეუსაბამობაში

---

[5] იხ. *Лукомой*, დანაშაულებრივი გზით შეძენილი შემოსავლების ლეგალიზაცია, რუსულ ენაზე, სანკტ-პეტერბურგი, 2005, გვ. 134-137; ასევე, იხ. Киселев, ГРЯЗНЫЕ ДЕНЬГИ, М., 2009 с. 98-109.

მოდის დანარჩენ ორ პირობასთან. როგორ შეიძლება ერთმანეთთან შევათავსოთ ვითარება, როცა პირს არა აქვს გაცნობიერებული, რომ საქმე აქვს დანაშაულებრივი გზით მიღებულ ქონებასთან (თუმცა ევალება ამის ვარაუდი) და ამავე დროს, იგი მოქმედებს შემდგომი დანაშაულებრივი საქმიანობის განხორციელებისათვის ხელშეწყობის მიზნით. თუ ფულის გამთეთრებელს ძირითადი დანაშაულებრივი ქმედება (ე.ი. პრედიკატული დანაშაული) არა აქვს გაცნობიერებული, მაშინ მას არც ის ექნება გაცნობიერებული, რომ მისი ქმედება იქნება ხელის შეწყობა „შემდგომი" დანაშაულებრივი საქმიანობის განხორციელებისთვის.

უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის საქართველოს სსკ-ის 194-ე მუხლით გათვალისწინებული კანონისმიერი შემადგენლობა მოითხოვს სპეციალური მიზნის არსებობას მოცემულ დანაშაულებრივ ქმედებაში. ეს სუბიექტური ნიშანი პირდაპირ გამომდინარეობს შემოსავლის ლეგალიზაციის ტექსტის შინაარსიდან. მაშასადამე, იმისათვის, რომ ამსრულებელს ან თანამონაწილეს დაეკისროს პასუხისმგებლობა უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციისათვის, ამა თუ იმ ქმედების განხორციელებისას გაცნობიერებული უნდა ჰქონდეთ სპეციალური მიზანი, რაც გულისხმობს უკანონო შემოსავლის გარეცხვის მიზანს. მიზნის ელემენტი ნათლად მიუთითებს, რომ აქ მხოლოდ პირდაპირი განზრახვაა შესაძლებელი. ამრიგად, განზრახვა უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციაში გულისხმობს მიზნის არსებობას და სწორედ ამ მიზანთან დაკავშირებით ირჩევს ამსრულებელი განზრახვის რეალიზაციის ხერხსა და საშუალებას. შემოსავლის ლეგალიზაციისაკენ განხორციელებული ყველა მოქმედება ამ მიზნის მიღწევის სურვილით უნდა იყოს ნაკარნახები. არაპირდაპირ განზრახვასთან სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკავშირება უსაფუძვლოდ და უსამართლოდ გააფართოვებდა რეპრესიის ფარგლებს და ეს არც ორგანიზებული დანაშაულის წინააღმდეგ ბრძოლის ამოცანებს შეესაბამება.

ალბათ, ძალზე იშვიათია, ფულის გასარეცხად განხორციელებული მოქმედებები ლეგალიზაციის მიზნის გარეშე, ანდა ქონების ნამდვილი ბუნების, წარმოშობის წყაროს, ადგილმდებარეობის, განთავსების, მოძრაობის, მასზე საკუთრების სხვა უფლების დამალვა ან შენიღბვა არაპირდაპირი განზრახვით, სპეციალური მიზნის გარეშე. იცის რა შემოსავლის უკანონო გზით წარმომავლობა, დამნაშავე ისწრაფვის, ყველანაირად წაშალოს ეს კვალი, რათა შემოსავალი ლეგალურად გამოიყურებოდეს. პირდაპირი განზრახვის კანონისმიერი ფორმულით ეს ნიშნავს, რომ ლეგალიზატორს გაცნობიერებული აქვს თავისი ქმედების მართლწინააღმდეგობა, ითვალისწინებს მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომას და სურს ეს შედეგი ან ითვალისწინებს შედეგის დადგომის გარდაუვალობას. მტკიცების თვალსაზრისით, განზრახვის კომპონენტები ასე გამოიყურება: შემოსავლის უკანონო წარმომავლობის ცოდნა (ინტელექტუალური ელემენტი), მისთვის კანონიერი სახის მიცემის სურვილი (ნებელობის

ელემენტი), მართლწინააღმდეგობის შეგნება.

უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია რომ პირდაპირ განზრახვას გულისხმობს, კიდევ რამდენიმე არგუმენტის მოტანა შეიძლება: 1) რამდენადაც ფულის გათეთრება დანაშაულის დაფარვის სპეციალური ფორმაა, დანაშაულის დაფარვა არ შეიძლება არაპირდაპირი განზრახვით განხორციელდეს; 2) ფულის გათეთრებას სწორედ სპეციალური მიზანი განასხვავებს ისეთი მომიჯნავე დანაშაულის შემადგენლობისაგან, როგორიცაა-სსკ-ის 186-ე მუხლით აღწერილი ქმედება; 3) უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია ფორმალური დანაშაულია, რომლის არაპირდაპირი განზრახვით განხორციელების შესაძლებლობა საკამათო თემაა სისხლის სამართლის თეორიაში. როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, საქართველოს სსკ-ის 194-ე მუხლით აღწერილი ქმედების სუბიექტური მხარის სავალდებულო ნიშნებია, ერთი მხრივ, შემოსავლის უკანონო წარმომავლობის გაცნობიერება, მეორე მხრივ, მისთვის მართლზომიერი სახის მიცემის მიზანი. ამ ნიშნების გარეშე ფულის გათეთრების სუბიექტური მხარე არ არსებობს. ფულის გათეთრების ქმედების დანაშაულებრიობას განსაზღვრავს შემოსავლის უკანონო წარმომავლობა, მის გარეშე შემოსავლის გათეთრება არ არსებობს. თუ პირს წინასწარ შეგნებული არა აქვს, რომ უკანონო შემოსავლის მიმართ ახორციელებს გათეთრების ოპერაციებს, თუ მხოლოდ ეჭვობს, რომ ქონება (შემოსავალი) შესაძლოა დანაშაულებრივი გზით არის მოპოვებული (უკანონოა), მაშინ მას თავისი ქმედების მართლწინააღმდეგობაც არა აქვს გაცნობიერებული, რაც განზრახვის ერთ-ერთი კომპონენტია. თუ ქმედების ჩამდენ პირს შეგნებული არა აქვს მოცემულ შემადგენლობაში შემავალი ნიშნები, რომლებიც ქმედებას ახასიათებენ როგორც დანაშაულს, მაშინ განზრახვის საკითხი ვერც კი დაისმება. განზრახვის საკანონმდებლო ფორმულიდან ჩანს, რომ „დაშვება" მიზეზობრიობის პროცესს, სახელდობრ, მავნე შედეგის დადგომას შეეხება. არაპირდაპირი განზრახვა დასაშვებია უკანონო შემოსავლის გათეთრების შედეგის მიმართ, მაგალითად, შესაძლებელია ესა თუ ის ფინანსური ოპერაცია უკანონო შემოსავლის გათეთრებით დამთავრდეს და ეს დაუშვას დამნაშავემ, მაგრამ ეს შედეგი ფულის გათეთრების კანონისმიერი შემადგენლობის გარეთაა, დასჯადია თავისთავად შემოსავლის ლეგალიზაციის მიზნით განხორციელებული ქმედება, მიუხედავად იმისა, მოხდება მისი გათეთრება თუ არა. თუ კანონმა გარკვეული შედეგი არ შეიტანა შემადგენლობაში, მაშასადამე, არც ის აინტერესებს, თუ როგორი იყო დამნაშავის ფსიქიკური დამოკიდებულება ამ შედეგისადმი, ყოველ შემთხვევაში ქმედების სუბიექტური შემადგენლობის, შემდეგ კი ბრალის დასაბუთებისათვის ამას მნიშვნელობა არა აქვს[6].

მიუხედავად ზემოაღნიშნული არგუმენტებისა, ფულის გათეთრების საწინააღმდეგო საერთაშორისო კონვენციები უშვებენ არაპირდაპირი განზრახვით როგორც ამსრულებლობის, ისე თანამონაწილეობის შესაძლებლობას. მაგალი-

[6] იხ. უგრეხელიძე, ბრალი საფრთხის დელიქტებში, თბ., 1982, გვ. 16-22.

თად, რომელიმე ფინანსური ინსტიტუტის თანამშრომელმა (ბანკის, სადაზღვევო კომპანიის) ივარაუდოს ამა თუ იმ ქმედების (ფინანსური ოპერაციის) განხორციელებისას შემოსავლის კრიმინალურ წარმომავლობაზე და შეგნებულად დაუშვას მისი ლეგალიზების შესაძლებლობა. მსგავსი რამ დასაშვებია, ასევე მონიტორინგის განმახორციელებლი სხვა პირების მხრიდან საეჭვო და უჩვეულო გარიგებებთან მიმართებაში, როცა ისინი გონივრულ ზომებს არ იღებენ უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის აღკვეთისათვის. მსგავსი სქემა კიდევ უფრო მყარდება, თუკი ამგვარ დაშვებას წინ უძღვის კორუფციული გარიგება. მაგალითად, ბანკის მოსამსახურემ გარკვეული გასამრჯელოს სანაცვლოდ სასწრაფოდ განახორციელა ფინანსური ოპერაცია, რომლის დროსაც დაუშვა იმის შესაძლებლობა, რომ ეს ქმედება შემოსავლის ლეგალიზაციისათვის გაკეთდა.

ამ საკითხთან დაკავშირებით საინტერესო მოსაზრებას გამოთქვამს ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, კერძოდ, იგი წერს: სისხლის სამართლის დოგმატიკაში აზრთა სხვადასხვაობაა ევენტუალური განზრახვით დახმარების შესაძლებლობის შესახებ. ლიტერატურაში ევენტუალური განზრახვით დახმარების ერთ-ერთ მაგალითად მოაქვთ შემთხვევა, როდესაც დამხმარე ნეიტრალურ ქმედებას ახორციელებს, იცის, რომ ამ ქმედებით იგი შესაძლებელია ამსრულებელს დანაშაულის განხორციელებაში დაეხმაროს და შეგნებულად უშვებს ან გულგრილად ეკიდება ამ შედეგის დადგომას (შემთხვევა: ბანკის თანამშრომელმა იცის, რომ შესაძლებელია, კლიენტმა შეტანილი თანხა გაათეთროს და მაინც ასრულებს თავის მოვალეობას).

საწინააღმდეგო და სწორი აზრის მიხედვით, თანამონაწილეები ერთიანი უმართლობითა და ერთიანი განზრახვით არიან შეკავშირებული და ამიტომაც დამხმარე ყოველთვის პირდაპირი განზრახვით მოქმედებს. მხოლოდ ეჭვი ამსრულებლის მიერ შესაძლო დანაშაულის ჩადენის შესახებ დამხმარის დასჯადობას ვერ დააფუძნებს.[7]

ზემოაღნიშნული არგუმენტების საფუძველზე ჩვენ იმ დასკვნამდე მივედით, რომ უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია პირდაპირ განზრახვას გულისხმობს. აქვე აღსანიშნავია, რომ თანამონაწილეობის ლეგალური განმარტება, რაც საქართველოს სსკ-ის 23-ე მუხლშია ჩამოყალიბებული – „განზრახ ერთობლივი მონაწილეობა", უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციაში არაპირდაპირი განზრახვით თანამონაწილეობასაც გამორიცხავს, მიუხედავად იმისა, რომ საერთაშორისო კონვენციების მიხედვით ამგვარი თანამონაწილეობა დასაშვებად არის მიჩნეული.

---

[7] იხ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, თბ., 2011, გვ. 238.

5. დასკვნა

ამგვარად, როგორც ფულის გათეთრების პრობლემის შესწავლამ გვიჩვენა, საერთაშორისო თანამეგობრობისათვის საკამათო საკითხია, თუ რომელი წყაროდან მიღებული შემოსავლის ლეგალიზაციაა დანაშაული – ნებისმიერი სამართალდარღვევიდან თუ მხოლოდ დანაშაულიდან. ამ საკითხის გარკვევას პრინციპული მნიშვნელობა აქვს, რადგან ფულის გათეთრება არ არსებობს თავისთავად, იგი ყოველთვის მეორადია და მას წინ უსწრებს პრედიკატული სამართალდარღვევა. ეს უკანასკნელი ფულის გარეცხვის განუყოფელი ნაწილია და პირის მსჯავრდებისათვის აუცილებელია დამტკიცდეს პრედიკატული სამართალდარღვევის ფაქტი. მაშასადამე, ფულის გათეთრების ნორმა ისეა ჩამოყალიბებული კანონმდებლის მიერ, რომ მას დამოუკიდებლად ვერ გამოიყენებ და სჭირდება ტანდემი სხვა ნორმასთან, პრედიკატულ სამართალდარღვევასთან, საიდანაც მიღებულია შემოსავალი. ფულის გარეცხვის დანაშაულის დამახასიათებელი თავისებურებაა მისი დამხმარე ხასიათი. ფულის გარეცხვასთან ბრძოლის კანონის მიზანია არა მხოლოდ შავი ფულის გარეცხვის აღკვეთა, არამედ იმ დანაშაულთა გამოვლენა, რომელიც საფუძვლად უდევს ფულის გარეცხვას და მის ინიცირებას იწვევს. გარდა ამისა, უკანონო შემოსავლის ამოღება და კონფისკაციის ეფექტურად გამოყენება შესაძლებელია პრედიკატული დანაშაულის გულდასმით გამოძიების საფუძველზეც.

მიზანშეწონილად მიგვაჩნია, რომ სისხლის სამართალში დასჯადი იყოს სწორედ დანაშაულებრივი გზით მიღებული შემოსავლის ლეგალიზაცია და არა ნებისმიერი წყაროდან მიღებული უკანონო შემოსავლის გათეთრება, როგორც სადღეისოდ არის. მით უფრო, რომ ასეთი რეკომენდაცია გამომდინარეობს შესაბამისი საერთაშორისო კონვენციებიდან და FATF-ის რეკომენდაციებიდან. ასევე, სასურველია განისაზღვროს ფულის გათეთრების პრედიკატულ დანაშაულთა კატალოგი და აისახოს კანონში უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის აღკვეთის ხელშეწყობის შესახებ. ასეთი ცვლილება, ასევე, აუცილებელია სსკ-ის 194-ე მუხლის შესაბამისობაში მოსაყვანად სსკ-ის 52-ე მუხლთან. სერიოზულ დაფიქრებასა და ანალიზს მოითხოვს პრედიკატული დანაშაულის ჩამდენი პირის ფულის გათეთრებისათვის დასჯის საკითხი, რაც ორმაგ დასჯას განაპირობებს.

პროფ. დოქტორი, გოჩა მამულაშვილი

უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია როგორც ორგანიზებული დანაშაულის გამოვლენის ფორმა და თანამედროვეობის გლობალური პრობლემა

რეზიუმე

ფულის გათეთრების კრიმინალიზაცია მიზნად ისახავს ქვეყნის ეკონომიკური სისტემის და, უპირველეს ყოვლისა, ფულად-საკრედიტო სისტემის დაცვას დიდი მოცულობის არაკონტროლირებადი ფულადი სახსრების შემოსვლისაგან. ამას მოითხოვს, ასევე ორგანიზებულ დანაშაულთან ბრძოლის ინტერესებიც. ამავე დროს, უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის კრიმინალიზაციამ უამრავი სადავო პრობლემა წამოჭრა, სახელდობრ, პირველ რიგში, საკამათოა ნორმით დაცული ინტერესი და ამ ნორმის სისტემური ადგილი სისხლის სამართლის კოდექსში, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მიხედვით ფულის გათეთრების საწინააღმდეგო ნორმით დაცულ ინტერესს წარმოადგენს ლეგალური სამეწარმეო საქმიანობა.

გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსში ფულის გათეთრების ამკრძალავი ნორმა მოთავსებულია 21-ე თავში (§ 261), რომლის სათაურია „დანაშაულის წინასწარ შეუპირებელი დაფარვა და წინასწარი შეცნობით დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული ნივთის შესყიდვა". 261-ე პარაგრაფი მიზანად ისახავს შიდასახელმწიფოებრივი მართლწესრიგის დაცვასა და წინარე დანაშაულის შედეგის თავიდან აცილებას. გერმანულ ლიტერატურაში მიუთითებენ, რომ ფულის გათეთრება მართლმსაჯულების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულია, 261-ე პარაგრაფით გათვალისწინებული ნორმის დაცვის მიზანია მართლმსაჯულების ინტერესი, რაც გაბატონებული მოსაზრებით, წინარე დანაშაულის შედეგად დარღვეული ინტერესების დაცვასაც გულისხმობს.

საფრანგეთის სისხლის სამართლის კოდექსს 1996 წელს დაემატა ცალკე თავი ფულის გარეცხვის შესახებ (მუხლი 324^{1}-324^{9}). ფრანგულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში ფულის გათეთრება დანაშაულის დაფარვაში დახმარების ფორმად არის მიჩნეული.

საკამათო და პრინციპული საკითხია დანაშაულის საგანი, სახელდობრ, საერთაშორისო თანამეგობრობისათვის საკამათო საკითხია, თუ რომელი წყაროდან მიღებული შემოსავლის ლეგალიზაციაა დანაშაული – ნებისმიერი სამართალდარღვევიდან თუ მხოლოდ დანაშაულიდან. ამ საკითხის გარკვევას პრინციპული მნიშვნელობა აქვს, რადგან ფულის გათეთრება არ არსებობს თავისთავად, იგი ყოველთვის მეორადია და მას წინ უსწრებს პრედიკატუ-

ლი სამართალდარღვევა. ეს უკანასკნელი ფულის გარეცხვის განუყოფელი ნაწილია და პირის მსჯავრდებისათვის აუცილებელია დამტკიცდეს პრედიკატული სამართალდარღვევის ფაქტი. მაშასადამე, ფულის გათეთრების ნორმა ისეა ჩამოყალიბებული, რომ მას დამოუკიდებლად ვერ გამოიყენებ და სჭირდება ტანდემი სხვა ნორმასთან, პრედიკატულ სამართალდარღვევასთან, საიდანაც მიღებულია შემოსავალი.

მიზანშეწონილად მიგვაჩნია, რომ სისხლის სამართალში დასჯადი იყოს სწორედ დანაშაულებრივი გზით მიღებული შემოსავლის ლეგალიზაცია და არა ნებისმიერი წყაროდან მიღებული უკანონო შემოსავლის გათეთრება, როგორც სადღეისოდ არის. მით უფრო, რომ ასეთი რეკომენდაცია გამომდინარეობს შენაბამისი საერთაშორისო კონვენციებიდან და FATF-ის რეკომენდაციებიდან.

სერიოზულ დაფიქრებასა და ანალიზს მოითხოვს პრედიკატული დანაშაულის ჩამდენი პირის ფულის გათეთრებისათვის დასჯის საკითხი, რაც ორმაგ დასჯას განაპირობებს. კერძოდ, საინტერესოა, თუ როგორ გაიმიჯნოს პირველადი დანაშაულის (ანუ პრედიკატული დანაშაულის) ამსრულებელი უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციის ამსრულებლისაგან? ამასთან დაკავშირებით სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობაში განსხვავებული მიდგომები არსებობს. ერთი ნაწილი თვლის, რომ ძირითადი დანაშაულის ამსრულებელი შეიძლება იყოს შემოსავლის ლეგალიზაციის დანაშაულის ამსრულებელიც, ხოლო მეორე ნაწილი კი, პირიქით, თვლის, რომ პირი, რომელიც მონაწილეობს ძირითად დანაშაულში, არ შეიძლება იყოს ლეგალიზაციის ამსრულებელი და ამ დანაშაულს მიიჩნევს პრედიკატული დანაშაულის დაფარვის ფორმად. ამრიგად, იმ ქვეყნებში, სადაც ფულის გათეთრებას განიხილავენ ძირითადი დანაშაულის დაფარვად, ძირითადი დანაშაულის ამსრულებელი არ განიხილება ფულის გათეთრების ამსრულებლად (გერმანია, საფრანგეთი და სხვ.).

მაგალითად, ქურდმა ნაქურდალი ნივთი გაყიდა და უკანონო შემოსავლის გასათეთრებლად, ამ ფულით სახლი იყიდა. პირველი მიდგომით ქურდმა ქურდობის გარდა უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციისათვისაც უნდა აგოს პასუხი. ასეთი მიდგომა წინააღმდეგობაში მოდის ne bis in idem პრინციპთან, სწორედ ამიტომ ფულის გათეთრების საწინააღმდეგო ყველა საერთაშორისო კონვენცია დათქმას აკეთებს, რომ თუ ამას მოითხოვს მონაწილე სახელმწიფოს შიდა კანონმდებლობის ძირითადი პრინციპები, შეიძლება გათვალისწინებული იყოს, რომ ფულის გათეთრებისაკენ მიმართული დანაშაულები არ ეხება იმ პირებს, რომელთაც ჩაიდინეს ძირითადი სამართალდარღვევა. ჩვენი შეხედულებით, უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია დანაშაულის დაფარვის სპეციალური სახეა, ამიტომ პრედიკატული დანაშაულის ჩამდენმა არ შეიძლება პასუხი აგოს საკუთარი ქმედების დაფარვისათვის. საქართველოს სსკ-ის 194-ე მუხლიდან აშკარად ჩანს, რომ ფულის გამთეთრებელი სხვა პირია და არა პრედიკატული დანაშაულის ჩამდენი. კანონი პირდაპირ მიანიშნებს სხვა პირისათვის დახ-

მარების გაწევაზე, ეს სხვა ის პირია, ვინც პრედიკატული დანაშაული ჩაიდინა და მისი გათეთრება ესაჭიროება, რაშიც მას სხვა პირი ეხმარება. თუმცა საქართველოში სასამართლო პრაქტიკა ამის საწინააღმდეგო მიმართულებით ვითარდება.

Prof. Dr. Gocha Mamulashvili

Abstract: Legalisierung der gesetzwidrigen Einkommen als Erscheinungsform der Organisierten Kriminalität und globale Probleme der Gegenwart

Die Kriminalisierung der Geldwäsche zielt darauf ab, das wirtschaftliche System des Landes sowie vor allenm das Geld- und Kreditsystem vor dem Einfluss der unkontrollierten Geldmittel in einem großen Umfang zu schützen. Das ist auch im Interesse der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität. Gleichzeitig hat die Kriminalisierung der Legalisierung von gesetzwidrigen Einkommen einige erhebliche Probleme verursacht. Und zwar sind vor allem die normgeschützten Belange und der Platz dieser Norm im System des StGB streitig. Im Sinne des georgischen StGB gehört ein legales Gewerbe zu den normgeschützten Belangen im Sinne der Geldwäsche.

Die Verbotsvorschrift der Geldwäsche ist auch im deutschen StGB – im 21. Abschnitt als §261 mit der Bezeichnung Begünstigung und Hehlerei – verankert. §261 zielt darauf ab, die innerstaatliche Rechtsordnung zu schützen und die Folgen einer Straftat zu vermeiden. Die deutsche Rechtsliteratur weist darauf hin, die Geldwäsche eine gegen die Rechtspflege gerichtete Straftat sei. Ziel der im Sinne §261 vorgesehenen Vorschrift besteht darin, die Interessen der Rechtspflege zu schützen und das meint auch den Schutz der infolge einer Straftat verletzten Interessen.

Das französische StGB wurde 1996 um einen weiteren Abschnitt über die Geldwäsche – 324^{1} bis 324^{9} – ergänzt. Die französische Strafrechtslehre hält die Geldwäsche für die Gehilfenform der Verheimlichung der Straftat.

Streitig und prinzipiell ist die Frage nach dem Straftatgegenstand, und zwar ist für die internationale Gemeinschaft streitig, wann legalisierte Einkünfte aus einer Straftat stammen – kommt dafür jede Ordnungswidrigkeit oder nur eine Straftat im engeren Sinne in Betracht? Die Klärung dieser Frage hat eine prinzipielle Bedeutung, denn die Geldwäsche an sich gibt es nicht. Sie ist immer sekundär und ihr kommt eine prädikative Ordnungswidrigkeit zuvor. Die Vorschrift der Geldwäsche ist auch so gestaltet, dass man diese nicht unabhängig verwenden kann und einen Bezug zu einer weiteren Norm – der prädikativen Ordnungswidrigkeit – braucht, aus der die Einkünfte auch erzielt wurden.

Wir halten es für zweckmäßig, im Strafrecht auch die Legalisierung der durch eine rechtswidrige Tat erzielten Einnahmen und nicht die Wäsche von rechtswidrigen Einnahmen aus beliebiger Quelle zu bestrafen, wie es heutzutage der Fall ist. Insbesondere, weil eine solche Empfehlung aus den entsprechenden völker-

rechtlichen Konventionen und den FATF-Empfehlungen hervorgeht.

Einer ernsthaften Überlegung und Analyse bedarf die Bestrafung der Person wegen der Geldwäsche mit einer vorangegangenen Straftat. Das bedingt eine Doppelbestrafung. Und zwar ist es interessant, wie ein Täter einer primären Straftat vom Täter der Legalisierung von rechtswidrigen Einnahmen zu trennen ist. Diesbezüglich gibt es unterschiedliche Herangehensweisen in den Gesetzgebungen verschiedener Länder. Ein Teil glaubt, der Täter der Haupttat könne auch der Täter der Straftat der Einnahmelegalisierung sein. Der andere Teil jedoch denkt, die Person, die sich an der Haupttat beteilige, könne nicht Täter der Legalisierung sein und hält diese Straftat für eine Form der Verheimlichung der primären Straftat. Die Länder, die also die Geldwäsche als Verheimlichung der Haupttat bezeichnen, betrachten nicht den Täter der Haupttat als den Täter der Geldwäsche (Deutschland, Frankreich etc.).

Z. B. hat ein Dieb entwendete Gegenstände verkauft und – zur Wäsche von rechtswidrigen Einnahmen – ein Haus davon gekauft. Gemäß der ersten Herangehensweise ist der Dieb neben dem Diebstahl auch wegen der Legalisierung von rechtswidrigen Einnahmen zur Verantwortung zu ziehen. Diese Herangehensweise läuft allerdings dem Grundsatz „ne bis in idem" zuwider. Alle internationalen Konventionen gegen die Geldwäsche machen einen Vorbehalt – falls die Hauptprinzipien der internen Gesetzgebung eines Mitgliedstaates das eindeutig fordern – die Straftaten der Geldwäsche nicht auf die Personen zu erstrecken, die eine Hauptordnungswidrigkeit begangen haben. U.E. ist die Legalisierung von rechtswidrigen Einnahmen eine besondere Art zur Verheimlichung einer Straftat. Deshalb kann nicht der Täter einer primären Straftat wegen der Verheimlichung der eigenen Straftat zur Verantwortung gezogen werden. Aus dem Artikel 194 des georgischen StGB geht eindeutig hervor, dass der Geldwäscher eine völlig andere Person ist als die, die die primäre Straftat begangen hat. Das Gesetz weist direkt darauf hin, einem Dritten Beihilfe zu leisten. Das ist jedoch die Person, die eine primäre Straftat begangen hat und die Geldwäsche braucht, bei der ihr ein Dritter hilft. Aber die georgische Rechtsprechung entwickelt sich in eine völlig andere Richtung.

დავით სულაქველიძე
სამართლის დოქტორი, თბილისის თავისუფალი უნივერსიტეტი
პროფესორი

ქმედებაზე ბატონობა და დანაშაულში თანამონაწილეობა

მოძღვრება ქმედებაზე ბატონობის შესახებ თანამედროვე სისხლის სამართლის დოგმატიკის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი შენაძენია, რომლის სწორად გააზრების გარეშე შეუძლებელია დანაშაულში თანამონაწილეობის ინსტიტუტთან დაკავშირებული ზოგიერთი პრაქტიკული ხასიათის პრობლემური საკითხის მართებულად გადაწყვეტა. გადაჭარბებული არ იქნება იმის აღნიშვნა, რომ უკვე საკმაო ხანია, რაც თანამედროვე სისხლის სამართლის პრაქტიკაში ქმედებაზე ბატონობის სხვადასხვა თეორიული მოდიფიკაცია წარმატებით გამოიყენება ფრიად საინტერესო საქმეებზე დასაბუთებული გადაწყვეტილებების მისაღებად.

როგორც ლიტერატურიდანაა ცნობილი, დოქტრინა ქმედებაზე ბატონობის შესახებ წარმოიშვა XIX საუკუნის ბოლოს გერმანულ სისხლის სამართალში. მის პირველ მესაძირკვლედ, თანამედროვე დოგმატიკის აზრით, ითვლება პროფესორი ლობე, ხოლო შემდგომ, უკვე XX საუკუნეში, კონცეფცია ქმედებაზე ბატონობის შესახებ განავითარა და მისი ძირითადი დებულებები ჩამოაყალიბა პროფესორმა ჰანს ველცელმა. თანამედროვე პერიოდში კი ქმედებაზე ბატონობის თეორიის განვითარებაზე უდიდესი გავლენა მოახდინა გამოჩენილი გერმანელი კრიმინალისტის, პროფესორ კლაუს როქსინის შეხედულებებმა, რის წყალობითაც ნათლად წარმოჩნდა აღნიშნული თეორიის ფართო შესაძლებლობები არა მხოლოდ წმინდა დოგმატიკური, არამედ ასევე პრაქტიკულ იურისპრუდენციაში მისი გამოყენების თვალსაზრისითაც[1].

ქმედებაზე ბატონობის ფსიქოსოციალური არსი

(მოკლე მიმოხილვა)

თავიდანვე უნდა აღინიშნოს, რომ წინამდებარე ნაშრომს არა აქვს ქმედებაზე ბატონობასა და თანამონაწილეობის ინსტიტუტში მის როლთან დაკავშირებული მთელი პრობლემატიკის სრულად და ამომწურავად განხილვის პრეტენზია — ჩვენ შევეცდებით წარმოვაჩინოთ მხოლოდ ზოგიერთი არსებითი საკითხი. ვიდრე

[1] იხ.: *ო. გამყრელიძე*, დანაშაულის შუალობითი აშრულებლობა და თანაშრულებლობა. წიგნში — სისხლის სამართლის პრობლემები, I ტომი (მისივე მითითება შემდეგ წყაროზე — *R. Maurach*, AT, 3. Aufl., 1965), 2011, გვ. 172; *C. Roxin*, Strafrecht, Band I, 4. Aufl., 2006; *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft. 8. Aufl., 2006 (წყაროების მითითება წიგნიდან — *ი. ჯესპერსი, კ. ბოლკე*, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაული და მისი აგებულება, 38-ე გამოცემა, 2010, გვ. 289-315).

უშუალოდ ქმედებაზე ბატონობის თეორიის ძირითად დებულებებს შევეხებით, უნდა განვიხილოთ თავად ქმედებაზე ბატონობის არსის რაობა, ანუ სხვაგვარად რომ ითქვას, საკითხი იმის შესახებ, თუ რას ნიშნავს ქმედებაზე ბატონობა, რა ხასიათის მოვლენაა იგი ფსიქოსოციალური თვალსაზრისით, რათა ყოველმხრივი და სრული წარმოდგენა შეგვექმნას მის შესახებ. ვფიქრობთ, ასეთი მიდგომა გარკვეულ დახმარებას გაგვიწევს ასევე მისი სამართლებრივი ბუნების სწორად გახსნაში. ამ თვალსაზრისით მოკლედ შევეხებით ქმედებაზე ბატონობის ფსიქოსოციალურ მხარეს.

ქმედებაზე ბატონობის შესახებ საუბრისას თავისთავად უნდა განვიხილოთ ზოგადად მოვლენაზე სუბიექტის ბატონობის საკითხი, რაც გულისხმობს სუბიექტის უნარსა და შესაძლებლობას არსებითი გავლენა მოახდინოს ვითარებაზე, ამ უკანასკნელის განვითარების პერსპექტივების გათვალისწინებით, როცა არსებობს ასეთი პერსპექტივების ალტერნატივა. თუკი მსგავსი ალტერნატივა არ არსებობს, მაშინ მოვლენის განვითარებაზე ზეგავლენის მოხდენის შესაძლებლობა პრაქტიკულად ნულის ტოლია და ასეთ შემთხვევაში სუბიექტი მოვლენაზე კი არ ბატონობს, არამედ მორჩილად მიჰყვება მოვლენათა მიმდინარეობას და მისი ნების გამოვლენაზე საუბარი სრულიად ზედმეტი ხდება.

მოვლენა, როგორც ყოფიერების ფენომენი, მრავალგვარია, ხოლო მის ერთერთ სახეს წარმოადგენს ქმედება სუბიექტისა, რომელშიც ჩართულია განსაზღვრული ფსიქოლოგიური მექანიზმები და რომლებიც ერთობლიობაში, ცნობილი ქართველი ფსიქოლოგის, პროფესორ დიმიტრი უზნაძის მიერ ჩამოყალიბებული განწყობის თეორიის მიხედვით, ამგვარ სისტემაში გამოიხატება: განსაზღვრულ აქტუალურ მოთხოვნილებათა საფუძველზე ადამიანის ქცევის მოტივაციის ფორმირება, მის სარეალიზაციოდ სათანადო მიზნის დასახვა და საჭირო საშუალებათა განსაზღვრა, მისი შესაბამისი მოქმედებისათვის გადაწყვეტილების მიღება და ამ უკანასკნელის საფუძველზე ნებელობის სფეროში სათანადო მზაობის გამომუშავება, ანუ განწყობის შექმნა დასახული მიზნის აღსრულებისათვის ხსენებული მოქმედების დასაწყებად[2].

რამდენადაც ბრალუნარიანი ადამიანის შეცნობილი ქმედება თავისი ბუნებით ფინალურია, ამდენად, ხდომილებისაგან განსხვავებით, მისთვის დამახასიათებელ იმანენტურ თვისებას წარმოადგენს ნების გამოვლენა, რომელიც გამოხატულებას სწორედ მის ფინალურობაში, ანუ მიზანდასახულობაში პოულობს. ცხადია, რომ აქ იგულისხმება სუბიექტის თავისუფალი ნება, მაგრამ აქვე ჩნდება ერთობ თავსატეხი კითხვა: რაში მდგომარეობს ნების თავისუფლება? ვინაიდან ეს კითხვა ამოუწურავი და დაუსრულებელი დავის საგანს წარმოადგენს, მასზე ვრცლად არ ვისაუბრებთ, აღვნიშნავთ მხოლოდ ერთს — ნების თავისუფლების შესახებ ნებისმიერი ფილოსოფიური კონცეფციის აუცილებელ ელემენტს უნდა წარმოადგენდეს დებულება, რომლის თანახმად, ნების თავისუფლების რეალუ-

[2] იხ. *დ. უზნაძე*, ზოგადი ფსიქოლოგია, 1940, გვ. 150-180.

რად არსებობა ვერც ერთ შემთხვევაში ვერ იქნება აღიარებული ალტერნატიულ შესაძლებლობათა ვითარებაში არჩევნის გასაკეთებლად საქმის ცოდნით გადაწყვეტილების დამოუკიდებლად მიღების უნარის გარეშე. სწორედ ასეთი უნარის მატარებელი სუბიექტი ხდება ბრალუნარიანი მის მიერ ჩადენილ ქმედებასთან მიმართებით, რაც აუცილებელი წანამძღვარია პიროვნების როგორც მორალური, ისე სამართლებრივი პასუხისმგებლობისათვის. აღნიშნულ ფენომენთან მიმართებით შესაძლებლობის ფილოსოფიური კატეგორია ობიექტური ხასიათისაა და გულისხმობს შესაბამის ფაქტობრივ გარემოს, რომელიც სუბიექტს აძლევს არჩევნის გაკეთების საშუალებას, თუკი მას შინაგანი პათოლოგიური მდგომარეობის ან გარეშე მაიძულებელი ძალების ძლიერი გავლენის შედეგად მოშლილი ან პარალიზებული არა აქვს ნებისყოფის ფსიქოლოგიური ელემენტი.

გარდა აღნიშნულისა, მხედველობაში უნდა მივიღოთ ის გარემოებაც, რომ ქმედების მიზანმიმართულებაში ასახული სუბიექტის ნებელობა პირდაპირ გამოხატავს მის ღირებულებით ორიენტაციას, ანუ მის დამოკიდებულებას მოცემულ საზოგადოებაში, მოცემულ ისტორიულ ეტაპზე აღიარებული და დამკვიდრებული ღირებულებებისა და კულტურის ნორმების მიმართ. მოვლენაზე სუბიექტის ბატონობის საკითხის განხილვისას ყურადღება უნდა მიექცეს იმას, რომ ამ საკითხის ფილოსოფიური ასპექტები არ ამოიწურება მხოლოდ ნების თავისუფლების, ღირებულებითი ორიენტაციისა თუ ობიექტური შესაძლებლობის კატეგორიებით. ამასთან ერთად, უნდა ვიმსჯელოთ ასევე ობიექტურ სინამდვილეში მომხდარ ცვლილებასთან, როგორც შედეგთან, სუბიექტის მოვლენაზე ბატონობის მიზეზობრივი კავშირურთიერთობის ფილოსოფიურ მხარეზე, რაც სუბიექტის ქმედებაზე ბატონობის ძალზე მნიშვნელოვანი ასპექტია. ნებისმიერ შემთხვევაში, როდესაც ზოგადად ვმსჯელობთ მოვლენაზე სუბიექტის ბატონობის შესახებ, უდავოა, რომ პრობლემა გვაინტერესებს ამ მოვლენის რეალურად არსებული ნეგატიური შედეგებისათვის, ანდა შესაძლო ნეგატიური შედეგებისათვის, აღნიშნული სუბიექტის პასუხისმგებლობის თვალსაზრისით, მაგრამ ასეთი მსჯელობა ყოველად უსარგებლოა დასმული საკითხის გადაწყვეტისას ქმედებასა და შედეგს შორის კავშირურთიერთობის მიზეზობრივი მხარის გაურკვეველად.

ზოგადად, აღნიშნული მიზეზობრივი კავშირურთიერთობის აღიარებისა თუ უარყოფის საკითხის გადაწყვეტა არსებითადაა დამოკიდებული ამ საკითხისადმი ფილოსოფიურ მიდგომებზე ანუ იმაზე, თუ მიზეზობრიობის რომელ ფილოსოფიურ კონცეფციას გაიზიარებს და გამოიყენებს მსჯელობის სუბიექტი. რაც შეეხება ქართულ სისხლისსამართლებრივ სივრცეს, ჯერჯერობით აქ აღიარებულია პრინციპი — „conditio sine qua non", მიზეზი როგორც მართლსაწინააღმდეგო შედეგის აუცილებელი პირობა, თანაც — საკანონმდებლო დონეზე (საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მე-8 მუხლი). მიზეზობრიობის შესახებ ისტორიულად არსებული ფილოსოფიური მიმართულებები სისხლის სამართლის მიზნებთან მიმართებით საბჭოური ეპოქის სინამდვილეში პირველად სიღრმისეუ-

ლად დაამუშავა გამოჩენილმა ქართველმა კრიმინალისტმა, პროფესორმა თინათინ წერეთელმა თავის ცნობილ ნაშრომებში. მან ჩამოაყალიბა მიზეზობრიობის საფუძვლები არა მარტო მართლსაწინააღმდეგო აქტიური მოქმედების, არამედ, ამასთანავე, მართლსაწინააღმდეგო უმოქმედობის შემთხვევისათვის, რითაც არსებითად განსაზღვრა აღნიშნულ საკითხში ქართული სისხლის სამართლის კანონმდებლობისა და სასამართლო პრაქტიკის გენერალური მიმართულება, რომელმაც დეტალურად გააცნო საბჭოთა პერიოდის იურიდიულ (და არა მხოლოდ იურიდიულ) საზოგადოებას როგორც ადრინდელი, ისე თანადროული ფილოსოფიური მიმართულებები მიზეზობრიობის პრობლემის თაობაზე[3].

ამრიგად, ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით ვფიქრობთ, რომ, ზოგადად, გარკვეულ მოვლენაზე სუბიექტის ბატონობის სოციალური არსი გამოიხატება შემდეგში: ეს არის ალტერნატიულ შესაძლებლობათა არსებობის ვითარებაში სუბიექტის მიერ თავისუფალი ნების საფუძველზე შეგნებულად გამოვლენილი, მისი ღირებულებითი ორიენტაციის გამომხატველი აქტივობა, რომელიც მიზეზობრივად არა მხოლოდ დასაბამს აძლევს, არამედ მართავს კიდეც გარკვეულ მოვლენას, ანდა ცვლის და წარმართავს მოვლენის განვითარებას მის მიერ გათვალისწინებული შედეგის მიმართულებით. აქედან გამომდინარე, სუბიექტის ქმედებაზე ბატონობას განვიხილავთ როგორც მოვლენაზე ბატონობის ერთ-ერთ მნიშვნელოვან სახეს და დავასკვნით, რომ მისთვის დამახასიათებელია ყველა ის ნიშან-თვისება და კანონზომიერება, რაც ახასიათებს ზოგადად მოვლენაზე სუბიექტის ბატონობას და, ჩვენი აზრით, წარმოადგენს მის მატერიალურ-ობიექტურ შინაარსს, რის გარეშეც მისი ცნების სამართლებრივი განსაზღვრა და სისხლის სამართლის პრაქტიკაში გამოყენება ძნელად არის წარმოსადგენი. ამასთან, ქმედებაზე ბატონობის საზრისზე მსჯელობისას მხედველობიდან არ უნდა გამოგვრჩეს ის გარემოებაც, რომ იგი რეალურ სინამდვილეში არსებობს სხვადასხვაგვარი სახით, კერძოდ, სუბიექტის საკუთარ ქმედებაზე ბატონობის, უშუალოდ ამ ქმედებით განპირობებულ მოვლენებსა და შესაბამისი სოციალურ-სამართლებრივი მნიშვნელობის მქონე შედეგების დადგომა – არდადგომაზე ბატონობის, აგრეთვე, სხვა ადამიანის ქმედებაზე და ამ უკანასკნელისაგან გამომდინარე შედეგებზე პირდაპირი თუ არაპირდაპირი ბატონობის სახით. ბუნებრივია, რომ ქმედებაზე ბატონობის თანამედროვე დოქტრინას ეს მოვლენა აინტერესებს არა მხოლოდ სუბიექტის საკუთარ ქმედებაზე ბატონობის, არამედ ასევე – სუბიექტის სხვა ადამიანის ქმედებაზე და ამ უკანასკნელისაგან გამომდინარე შედეგებზე ბატონობის სამართლებრივი მნიშვნელობის თვალსაზრისითაც.

---

[3] იხ.: *თ. წერეთელი, გ. ტყეშელიძე*, მოძღვრება დანაშაულზე (მიზეზობრივი კავშირი სისხლის სამართალში), წიგნში – სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი I, 2007; *T. Церетели* – Причинная связь в уголовном праве, второе издание, 1963.

2. დანაშაულში თანამონაწილე სუბიექტების გამიჯვნის პრობლემა და ქმედებაზე ბატონობის დოქტრინა

ყველასათვის, ვინც კი მეტ-ნაკლებად იცნობს სისხლის სამართლის პრაქტიკას, ცნობილია, რომ, როგორც ერთმა სუბიექტმა შეიძლება ერთი ან ერთზე მეტი ქმედებით ჩაიდინოს არა მხოლოდ ერთი დანაშაული, არამედ ორი და მეტი, ასევე შესაძლებელია, პირიქით – ორმა და მეტმა სუბიექტმა თავიანთი ქმედებებით ჩაიდინონ ერთი სისხლისსამართლებრივი უმართლობა. ამჯერად სწორედ ეს ბოლო შემთხვევა წარმოადგენს ჩვენი ინტერესის საგანს, ვინაიდან იგი ხასიათდება არა მხოლოდ მომეტებული საფრთხით სამართლით დაცული ამა თუ იმ სიკეთისათვის, არამედ, ამასთანავე, გამოირჩევა სირთულითა და პრობლემურობით ასეთი სუბიექტების დასჯადობის თვალსაზრისით. ლიტერატურაში აღნიშნულია, რომ ისეთი შემთხვევების მიმართ, როდესაც დანაშაულის ჩადენაში ორი და მეტი სუბიექტი მონაწილეობს, თეორიასა და პრაქტიკაშიც შეინიშნებოდა ორგვარი მიდგომა, რომლებმაც თავისი გამოხატულება პოვეს დანაშაულთა მრავალრიცხოვნობისა და დანაშაულის ერთიანობის კონცეფციებში. პირველი კონცეფციის მიხედვით, მსგავს შემთხვევებში იმდენი დანაშაულია ჩადენილი, რამდენი მონაწილეცაა, რაც იმას ნიშნავს, რომ თითოეულმა თავისი დანაშაული ჩაიდინა. სხვაგვარად რომ ითქვას, რამდენიმე ადამიანის მიერ კოლექტიურად ჩადენილი დანაშაული იმდენ ცალკეულ დანაშაულად უნდა დაიყოს, რამდენი ადამიანიც მონაწილეობდა მის ჩადენაში. ამ კონცეფციის მიხედვით, თითოეული მონაწილე ისჯება საკუთარი მონაწილეობისათვის, რის შედეგადაც მნიშვნელობას კარგავს განსხვავება დანაშაულის უშუალო ამსრულებელს, წამქეზებელს, დამხმარესა თუ სხვა სახის მონაწილეს შორის.[4] ვფიქრობთ, ხსენებული საკითხის ამგვარი კონცეპტუალური გადაწყვეტა წარმოადგენს ე.წ. დამოუკიდებელი თანამონაწილეობის თეორიის გამომძახილს, რომელიც თავის გამოხატულებას არა მხოლოდ თეორიაში, არამედ ზოგიერთ საკანონმდებლო სისტემაშიც კი პოულობს. ამ მხრივ მაგალითისათვის შეიძლება დავასახელოთ: იტალიის 1930 წლის სისხლის სამართლის კოდექსი (მუხ. 110-ე); ბრაზილიის 1984 წლის კოდექსი (მუხ. 29-ე); ავსტრიის 1975 წლის კოდექსი (მუხ. მე-12) და სხვა.

განხილულ კონცეფციას უპირისპირდება თანამონაწილეობით ჩადენილი დანაშაულის ერთიანობის, ანუ ერთი დანაშაულის ფარგლებში თანამონაწილეთა როლების მრავალრიცხოვნობის კონცეფცია, რომლის განვითარება თეორიასა და კანონმდებლობაში, ჩვენი აზრით, უნდა უკავშირდებოდეს დამოუკიდებელი თანამონაწილეობის თეორიის დაძლევასა და თანამონაწილეობის აქცესორული თეორიის გაბატონებას, განსაკუთრებით კი ე.წ. „ლიმიტირებული აქცესორობის“ პრინციპის დამკვიდრებას. ამ მიმართებით სხვადასხვა კანონმდებლობაში გვხვდება დანაშაულში თანამონაწილეობის ინსტიტუტის განსხვავებული სისტემები,

[4] იხ. ჟ. პრადელი, შედარებითი სისხლის სამართალი, მოკლე კურსი, 1999, გვ. 206.

რომლებსაც პირობითად შეიძლება ვუწოდოთ თანამონაწილეობის ორწევრიანი, სამწევრიანი და ოთხწევრიანი სისტემა. დანაშაულში თანამონაწილეობის ორწევრიანი სისტემა მოცემულია საფრანგეთის 1992 წლის სისხლის სამართლის კოდექსში, რომელიც ერთმანეთისაგან განასხვავებს მხოლოდ ამსრულებელსა და სხვა თანამონაწილეს (მუხ. 121[4] და მუხ. 121[7]). თანამონაწილეობის სამწევრიანი სისტემა წარმოდგენილია გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსში, რომელიც ერთმანეთისაგან განასხვავებს დანაშაულის ამსრულებელს (§25), წამქეზებელსა (§26) და დამხმარეს (§27), ხოლო დანაშაულში თანამონაწილეობის ოთხწევრიანი სისტემის ერთ-ერთ მაგალითად შეიძლება მივიჩნიოთ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, რომელიც ერთმანეთისაგან განასხვავებს დანაშაულის ამსრულებელს (მუხ. 22-ე), დანაშაულის ორგანიზატორს (მუხ. 24-ე, 1-ლი ნაწ.), წამქეზებელსა (მუხ. 24-ე, მე-2 ნაწ.) და დამხმარეს (მუხ. 24-ე, მე-3 ნაწ.). ამ სისტემებში თანამონაწილეების (მათ შორის როლების განაწილებისას) დასჯადობა სუბიექტურად ეფუძნება ამსრულებლის დანაშაულებრივ განწყობასთან მათ თანამზრახველობას, ხოლო ობიექტურად კი ამ უკანასკნელის მიერ ჩადენილ ქმედებასა და მართლსაწინააღმდეგო შედეგთან მათი საქმიანობის მიზეზობრივ კავშირს. ყოველივე ეს თანამედროვე პერიოდში კონცენტრირებულადაა გამოხატული ერთიანი უმართლობის, როგორც თანამონაწილეთა დასჯადობის საფუძვლის კონცეფციაში, რომლის მიხედვით, ერთი და იმავე უმართლობის თანაავტორობას (შესაძლებელია ასეც ითქვას — თანამესაკუთრეობას) განაპირობებს თანამონაწილეთა ერთიანი მიზანი, რომელშიც ასახულია მათი საერთო მისწრაფება — მიაღწიონ ყველასთვის სასურველ მართლსაწინააღმდეგო შედეგს, იმისდა მიუხედავად, თუ რა მოტივით იყო ნაკარნახევი თითოეული მათგანის აქტიურობა, მიმართული მათ მიერ დასახული მიზნის რეალიზაციისაკენ. ამიტომაა, რომ დანაშაულის ისეთი თანამონაწილე, როგორიც არის ორგანიზატორი ან წამქეზებელი, ისჯება არა იმის გამო, რომ მან ბრალეული გახადა ამსრულებელი, რასაც ადგილი აქვს დანაშაულის პროვოკაციისას (ეს უკანასკნელი ავტონომიურ დანაშაულს წარმოადგენს, იხ. საქართველოს სსკ-ის 145-ე მუხლი), არამედ იმიტომ, რომ მან თავისი ქმედებით შეგნებულად შეუწყო ხელი იმავე მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომას, რისთვისაც პასუხისმგებლობა ეკისრება ამსრულებელს.[5] ამის გამოისობით, ერთიანი უმართლობის კონცეფცია, როგორც თანამონაწილეთა დასჯადობის თეორიული დასაბუთება, მკვეთრად განერიდება როგორც დამოუკიდებელი თანამონაწილეობის, ისე ბრალეული თანამონაწილეობის თეორიას, რომელიც სრულად შეესაბამება თანამონაწილეობის აქცესორულ ბუნებას და წარმოადგენს თანამონაწილეობით ჩადენილ დელიქტში ფაქტებს შორის არსებული დიალექტიკური და ლოგიკური კავშირის ადეკვატურ გამოხატულებას.

წინარე მსჯელობიდან და დანაშაულში მონაწილე სუბიექტების როლების

---

[5] ამ საკითხზე უფრო ვრცლად იხ. პროფ. *ო. გამყრელიძის* ნაშრომი: სისხლისსამართლებრივი უმართლობის პრობლემა და თანამონაწილეობის დასჯადობის საფუძველი, 1989.

იმ საკანონმდებლო განსაზღვრებებიდან გამომდინარე, რომლებიც აღნიშნულ მსჯელობაში მოვიშველიეთ, ერთი შეხედვით, ხსენებული სუბიექტების გამიჯვნის პრობლემა თითქოს არც უნდა არსებობდეს, მაგრამ, თუ დანაშაულის თანამონაწილეობით ჩადენისას მიმდინარე პროცესებს ჩავუღრმავდებით, სინამდვილე სულ სხვაგვარია. პრობლემის არსი კი იმაში მდგომარეობს, რომ დანაშაულში თანამონაწილეობა — ფართო და ვიწრო გაგებით — როგორც სისხლისსამართლებრივი კატეგორია, არ მოიაზრება და ვერც იარსებებს დანაშაულის ჩადენაში მონაწილე სუბიექტების მიერ განხორციელებული ქმედებების, დანაშაულის, როგორც ერთი, მთლიანი მოვლენის, წარმომქმნელი, აუცილებელი ელემენტების საერთო, გამაერთიანებელი ობიექტური და სუბიექტური საფუძვლების გარეშე. ობიექტურ სფეროში ამგვარი საფუძველია თითოეული სუბიექტის მიერ ჩადენილი ქმედების, როგორც მართლსაწინააღმდეგო შედეგის, დამოუკიდებლად ან სხვის ქმედებასთან ერთად გამოწვევის უნარის მქონე აუცილებელი პირობის მიზეზობრივი კავშირი აღნიშნულ შედეგთან. სუბიექტურ სფეროში კი, მოტივაციურად მათ შორის შესაძლო მკვეთრი განსხვავების მიუხედავად, მათი ქმედებების გამაერთიანებელი საფუძველია იმ მართლსაწინააღმდეგო შედეგის მიღწევის საერთო მიზანი, რომელიც წარმოდგენილია როგორც კანონით გათვალისწინებული შემადგენლობის ერთ-ერთი აუცილებელი დამაფუძნებელი ელემენტი. ამ თვალსაზრისით, ნებისმიერი თანამონაწილის ქმედება სისხლისსამართლებრივად საბოლოო შედეგის რელევანტურია, გარეგნულად მათი სხვადასხვაგვარი გამოხატულების მიუხედავად.

ამავე დროს, დანაშაულის ცალკეული თანამონაწილის მიერ ერთიანი სისხლისსამართლებრივი უმართლობის განხორციელებაში შეტანილი წვლილის თვისებრივი არსი და იურიდიული მნიშვნელობა არ ამოიწურება მხოლოდ მათი აუცილებელი ობიექტური და სუბიექტური კავშირებით საბოლოო შედეგთან და ამ მიმართებით მათი ნიველირება ყოვლად გაუმართლებელია, ვინაიდან ასეთ შემთხვევაში აშკარად დავუპირისპირდებოდით სისხლის სამართლის ძირითად პრინციპებს. ამრიგად, დანაშაულის თანამონაწილეთა ერთმანეთისაგან გამიჯვნის აუცილებლობა ბუნებრივად წარმოიშვა თეორიისა და პრაქტიკის წინაშე, ანუ აუცილებელია იმ მნიშვნელოვანი საკითხის გადაწყვეტა, თუ ვინ არის დანაშაულის, როგორც მოვლენისა და ანტისოციალური ქმნილების, მთავარი შემოქმედი და ვინ — თანაშემოქმედი, ვინ არის ბოროტი იდეის მშობელი და ვინ — ამ იდეის უშუალო ხორცშემსხმელი, ვინ კიდევ — ხელშემწყობი, ამათგან ვინ რისთვის და რა ზომით უნდა დაისაჯოს. ეს საკითხები თავისთავად უკავშირდება თანამონაწილეობის დუალისტურ (თანამონაწილეობა ვიწრო მნიშვნელობით, მათ შორის როლების განაწილებით, გამომდინარე ამსრულებლის რესტრიქციული, ანუ შეზღუდული ცნებიდან, რომლის მიხედვით, თანამონაწილეობა = ამსრულებელს + წამქეზებელი და დამხმარე) და მონისტურ გაგებას (ამსრულებლის ექსტენსიური, ანუ განვრცობითი ცნებიდან გამომდინარე ერთიანი ამსრულებლობის პრინციპი,

რომლის მიხედვით, დანაშაულის ყველა თანამონაწილე ამსრულებელია, მიუხედავად მათ მიერ შესრულებული როლისა).

გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსში მოცემულია თანამონაწილეობის დუალისტური სისტემა, რომელიც თანამონაწილეობაში ერთმანეთისაგან განასხვავებს დანაშაულის ამსრულებელსა და სხვა ისეთ მონაწილეებს, როგორიცაა წამქეზებელი და დამხმარე. რაც შეეხება ქართულ სისხლის სამართლის კოდექსს, ვფიქრობთ, რომ მასში წარმოდგენილია თანამონაწილეობის შერეული სისტემა, რომელიც მოიცავს ამ ინსტიტუტის აგების როგორც დუალისტურ, ისე მონისტურ პრინციპებს; აღნიშნული იმაში გამოიხატება, რომ იგი, გერმანული კოდექსის მსგავსად, ამსრულებელთან ერთად იცნობს დანაშაულის სხვა თანამონაწილეებსაც – ორგანიზატორს, წამქეზებელსა და დამხმარეს. ამასთანავე, ქართული კოდექსის ზოგად და კერძო ნაწილებში წარმოდგენილია ისეთი ნორმები, რომლებიც საფუძველს იძლევა ვარაუდისათვის, რომ ეს კანონი ცნობს ერთიანი ამსრულებლობის პრინციპსაც, რასაც გვაფიქრებინებს საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 27-ე მუხლის მე-2, მე-3 და მე-4 ნაწილების შინაარსი, აგრეთვე იმავე კოდექსის კერძო ნაწილის: 223-ე მუხლის მე-2 ნაწილი; 224-ე მუხლის მე-2 ნაწილი; 224-ე მუხლის მე-2 ნაწილი; 225-ე მუხლის მე-2 ნაწილი; 226-ე მუხლი; 315-ე მუხლი და სხვა.

როდესაც საუბარია დანაშაულის თანამონაწილეთა გამიჯვნის თაობაზე, პრობლემა მდგომარეობს იმის განსაზღვრის სირთულეში, თუ სად გადის ფაქტობრივი ზღვარი ობიექტური და სუბიექტური თვალსაზრისით ამსრულებლისა და სხვა თანამონაწილეების მიერ განხორციელებულ ქმედებებს შორის, რა კრიტერიუმებით უნდა შეფასდეს მათი მნიშვნელობა, როგორც ცალკე აღებული ელემენტისა, ერთობლივ დანაშაულში. ამ პრობლემის გადასაწყვეტად სისხლის სამართალში წარმოიშვა და განვითარდა სხვადასხვა თეორია, რომლებსაც აქ მოკლედ შევეხებით. პირველ რიგში, აღსანიშნავია სუბიექტური თეორია, რომლის მიხედვით, იმის გათვალისწინებით, რომ კაუზალური თვალსაზრისით, ობიექტურად თანამონაწილეთა მოქმედებები შედეგისათვის თანაბარი მნიშვნელობისაა, მათი გამიჯვნა უნდა მოხდეს სუბიექტური ელემენტებით, კერძოდ, ვის რა სურვილი და ინტერესი ამოძრავებდა დანაშაულის ჩადენისას, ანუ ვინ მოქმედებდა ამსრულებლის ნებით, ვისაც ქმედება და მისგან გამომდინარე შედეგი სურდა როგორც „საკუთარი ქმნილება", და ვინ – თანამონაწილის ნებით, ვისაც შედეგი სურდა, როგორც სხვისი ინტერესის საგანი, რომლის დადგომას იგი მხოლოდ მიზეზობრივად განაპირობებს. ლიტერატურაში ამ თეორიის შესახებ გამოთქმული კრიტიკა[6] საფუძვლიანად მიგვაჩნია, ვინაიდან აღნიშნული თეორია

[6] იხ.: *ვ. ბოილკესა* და *ი. ვესელსის* დასახ. ნაშრომი, გვ. 292; *თ. წერეთელი*, თანამონაწილეობა დანაშაულში. წიგნში – სისხლის სამართლის პრობლემები, ტ. II, 2007, გვ. 90-100; *ო. გამყრელიძე*, დანაშაულის შუალობითი ამსრულებლობა და თანაამსრულებლობა. წიგნში – სისხლის სამართლის პრობლემები, I ტომი, 2011, გვ. 158-162; *C. Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft,

გადაულახავ წინააღმდეგობებს აწყდება შუალობით ამსრულებლობასთან, ასევე დანაშაულის წამქეზებელთან და ორგანიზატორთან მიმართებით, სპეციალურ სუბიექტთან დაკავშირებით, ამსრულებლის თვისებრივ ექცესსა და ზოგიერთ სხვა ინსტიტუტთან მიმართებით, რასაც ფაქტობრივად მივყავართ სისხლის სამართალში უკვე საკმაო ხნის წინათ დაძლეული დამოუკიდებელი თანამონაწილეობის თეორიის რეანიმაციამდე.

სისხლის სამართლის დოგმატიკაში დანაშაულის თანამონაწილეთა გამიჯვნის საკითხზე მსჯელობისას სუბიექტური თეორიის ალტერნატივად უნდა მივიჩნიოთ ობიექტური თეორიები, სახელდობრ – ფორმალურ-ობიექტური და მატერიალურ-ობიექტური თეორიები, რომლებშიც მოცემულია ცდა, რომ დანაშაულის ამსრულებლისა და სხვა თანამონაწილეთა გასამიჯნავად მოიძებნოს ბევრად უფრო საიმედო და ნაკლებწინააღმდეგობრივი კრიტერიუმები, ვიდრე ეს სუბიექტური თეორიის მიმდევრებმა შემოგვთავაზეს, თუმცა სხვა საკითხია, თუ რამდენად ეფექტური და წარმატებული აღმოჩნდა ასეთი მცდელობები.

რაც შეეხება ფორმალურ-ობიექტურ თეორიას, უნდა აღინიშნოს, რომ მან მხოლოდ ნაწილობრივ გადაჭრა ამსრულებლისა და თანამონაწილის გამიჯვნის პრობლემა ფორმალური კრიტერიუმის მოშველიებით, რომლის მიხედვით, ამსრულებელია ის, ვინც თავისი ობიექტური ქმედებით უშუალოდ ახორციელებს სისხლის სამართლის კანონში ფორმალურად განსაზღვრულ შემადგენლობას, ხოლო სხვა თანამონაწილეების მოქმედება მხოლოდ ბიძგს აძლევს ამსრულებლის ასეთ ქმედებას ან მისთვის ქმნის ხელშემწყობ პირობებს. აქედან გამომდინარეობს აღნიშნული თეორიის მიმდევართა დასკვნა, რომ მთლიანად თანამონაწილეობა და თანამონაწილეთა ცალკეული სახეების გამყოფა და ერთმანეთისაგან გამიჯვნა მხოლოდ კანონშემოქმედების პროდუქტია, ვინაიდან კაუზალურ სფეროში, შედეგის გამოწვევის აზრით, ყველა თანამონაწილის მოქმედება თანაბარმნიშვნელოვანია. მართალია, სისხლის სამართლის დოგმატიკაში გვხვდება ამ უძველესი თეორიის მეტ-ნაკლებად განსხვავებული მოდიფიკაციები, მაგრამ მისი ძირითადი დებულებები მაინც უცვლელად რჩებოდა,[7] ამასთან, იგი ვერ წყვეტდა იმ მთავარ პრობლემატურ საკითხებს, რომლებიც უკავშირდება შუალობით ამსრულებლობას, აგრეთვე ორგანიზებულ დანაშაულთა სხვადასხვა შემთხვევასა და სხვ. ამიტომ დღეისათვის ფორმალურ-ობიექტური თეორია მოძველებულად ითვლება და პრაქტიკაშიც ნაკლებად გამოიყენება.

გერმანულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში ფორმალურ-ობიექტური თეორია თანდათანობით ჩაანაცვლა და პრიორიტეტი მოიპოვა მატერიალურ-ობიექ-

---

გვ. 559 (წყაროს მითითება *ვ. ბოილკეს* და *ი. კესელსის* დასახ. ნაშრომიდან, გვ. 292).

[7] ფორმალურ-ობიექტური თეორიის უფრო ვრცელი მიმოხილვა და მისი კრიტიკული შეფასება იხილეთ შემდეგ ნაშრომებში: *თ. წერეთელი*, თანამონაწილეობა დანაშაულში. წიგნში – სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი I, 2007, გვ. 99-106; *ო. გამყრელიძე*, დანაშაულის შუალობითი ამსრულებლობა და თანაამსრულებლობა. წიგნში – სისხლის სამართლის პრობლემები, I ტომი, 2011, გვ. 162-165.

ტურმა თეორიამ, ხედავდნენ რა ფორმალურ-ობიექტური თეორიის უუნარობას, გადაეწყვიტა ის ძირითადი წინააღმდეგობანი, რაც დანაშაულში თანამონაწილეთა გამიჯვნის პრობლემატურ საკითხებთან იყო დაკავშირებული. მატერიალურ-ობიექტურ თეორიას საფუძვლად დაედო ჰ. ველცელის ფინალური მოძღვრება მოქმედებაზე, რომელმაც სრულიად შეცვალა დანაშაულის სისტემასა და მის ელემენტებს შორის ურთიერთმიმართების, თითოეული ამ ელემენტის არსისა და დანიშნულების შესახებ მანამდე არსებული და აღიარებული შეხედულებები. ფინალურმა თეორიამ უდიდესი გავლენა მოახდინა არა მხოლოდ დანაშაულის სისტემის საკითხზე, არამედ დანაშაულის ცალკეული ფორმების დოგმატურ გაგებაზეც და სრულიად ახლებურად წარმოაჩინა მათთან დაკავშირებული პრობლემების გადაწყვეტის გზებიც. თუ მანამდე არსებული თეორიები თანამონაწილეთა გამიჯვნის საკითხში ან წმინდა ფორმალურ კრიტერიუმს იშველიებდა, ანდა წმინდა სუბიექტური მომენტით ცდილობდა მათ გამიჯვნას, ახალმა მატერიალურ-ობიექტურმა თეორიამ პრობლემის გადასაწყვეტად მოახდინა ობიექტური და სუბიექტური კრიტერიუმების ერთგვარი სინთეზი, რომლის ფარგლებშიც შემდგომში ჩამოყალიბდა და განვითარდა თანამედროვე დოქტრინა ქმედებაზე ბატონობის შესახებ.[8]

ზემოთ უკვე აღინიშნა, რომ სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილის ამა თუ იმ მუხლში მოცემული კონკრეტული მართლსაწინააღმდეგო ქმედების შემადგენლობის განხორციელება-არგანხორციელებაზე ბატონობას, ამავე დროს, ფსიქოსოციალური შინაარსიც გააჩნია, რომელიც ამ თვალსაზრისით სუბიექტის მიერ მოვლენაზე ბატონობის ერთ-ერთ გამოვლინებას წარმოადგენს. ამ გარემოებისათვის შემთხვევით არ მიგვიქცევია ყურადღება, რადგან, როგორც ვნახეთ, სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში დანაშაულის (ქმედების) ამსრულებლისა და დანაშაულის სხვა თანამონაწილეების წმინდა ფორმალურ-სამართლებრივმა განსაზღვრამ ვერ გადაჭრა მათი ურთიერთგამიჯვნის პრობლემა.

როგორც აღვნიშნეთ, ქმედებაზე ბატონობის იდეის საჭიროება დაიბადა და განვითარდა თანამონაწილეობით დანაშაულის ჩადენისას ამსრულებლისა და სხვა თანამონაწილეების გამიჯვნის პრობლემის გადასაწყვეტად შესაფერისი გზების ძიებისას. ისეთ შემთხვევებში, როდესაც ამა თუ იმ ქმედების ამსრულებლის სტატუსი სისხლის სამართლის კანონში იმდენად ფორმალიზებულია, რომ განსხვავებული ინტერპრეტაციის არავითარ შესაძლებლობას არ ტოვებს, ქმედებაზე ბატონობის იდეის გამოყენების საჭიროება აღარ არსებობს. ნათელია, რომ მხედველობაში გვაქვს ისეთი დელიქტები, რომელთა ჩადენა შესაძლებელია მხოლოდ სპეციალური სუბიექტების მიერ. ასევეა მაშინაც, როდესაც საქმე გვაქვს ისეთ დელიქტებთან, რომელთა ამსრულებლის, როგორც სპეციალური სუბიექტის,

[8] ფინალური მოძღვრებისა და მატერიალურ-ობიექტური თეორიის შესახებ უფრო ვრცლად ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში იხ.: *თ. წერეთლის* ნაშრომში: თანამონაწილეობა დანაშაულში. სისხლის სამართლის პრობლემები, ტომი II, გვ. 99-110; *ო. გამყრელიძის* დასახ. ნაშრომი, წიგნში – სისხლის სამართლის პრობლემები, I ტომი, გვ. 166-180.

სტატუსი კანონით მკაცრად ფორმალიზებული არ არის, მაგრამ ასეთი სუბიექტის სპეციალურობა თავისთავად გამომდინარეობს მისთვის დამახასიათებელი რაიმე ბუნებრივი ან სხვაგვარი ისეთი ნიშნიდან, რომლის ფლობა თუ არსებობა აუცილებელია შესაბამისი ქმედების ჩასადენად (მაგალითად, მამაკაცი – გაუპატიურებასთან მიმართებით; დედა – ახალშობილთან მიმართებით; ვენერიული სენით ან შიდსით დაავადებული – ჯანმრთელობისათვის საფრთხის შემქმნელ დელიქტებში; სრულწლოვანება – საქართველოს სსკ-ის 140-ე მუხლით გათვალისწინებულ დანაშაულთან მიმართებით და სხვა). იგივე ითქმის ისეთი დელიქტების მიმართაც, რომელთა ჩადენა მხოლოდ საკუთარი ხელით ხდება (არსებობს ცნობილი გამოთქმა – „დეზერტირი მხოლოდ საკუთარი ფეხით გარბის", ასევეა პატიმარიც).

ამრიგად, ქმედებაზე ბატონობის იდეის გამოყენება აუცილებელი ხდება საერთო ხასიათის დელიქტებთან მიმართებით, რომელთა ჩადენა ნებისმიერ პირს შეუძლია, მიუხედავად მისი სამსახურებრივი თუ სხვაგვარი სოციალური მდგომარეობისა, სქესისა თუ სხვა ბუნებრივი ნიშან-თვისებისა. ამსრულებლის გამიჯვნა სხვა თანამონაწილეებისაგან სწორედ ასეთ დელიქტებში წარმოადგენს სირთულესა და პრობლემას, რომელსაც თავი ვერ დააღწია სისხლის სამართლის თეორიამ და პრაქტიკამ, მიუხედავად კოდექსში მათი ცნებების განსაზღვრისა (იხ. საქართველოს სსკ-ის 22-ე და 24-ე მუხლები; გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის სსკ-ის 25-ე, 26-ე და 27-ე მუხლები).

3. ქმედებაზე ბატონობის თანამედროვე დოქტრინული ინტერპრეტაცია და ამსრულებლის (თანაამსრულებლის) დანაშაულის სხვა თანამონაწილეებისაგან გამიჯვნის საკითხი

ვფიქრობთ, რომ პირველ რიგში წინ უნდა წამოვწიოთ საკითხი, თუ რა უნდა მოიაზრებოდეს ქმედებაზე ბატონობის ცნებაში, ფაქტობრივი სინამდვილიდან გამომდინარე შინაარსის და არა მხოლოდ მისი წმინდა სამართლებრივი შინაარსის თვალსაზრისით, ვინაიდან ასეთი მიდგომა დაგვეხმარება, უკეთ გავერკვეთ განსახილველი საკითხის არსში. როდესაც საუბარია ქმედებაზე ბატონობის მატერიალურ შინაარსზე, არ უნდა დაგვავიწყდეს, რომ იგი, როგორც რეალური სინამდვილის ფაქტი, არსებობს როგორც ალტერნატიულ შესაძლებლობათა ვითარებაში სუბიექტის მიერ თავისუფალი ნების საფუძველზე შეგნებულად გამოვლენილი აქტივობა, რომელიც მიზეზობრივად დასაბამს აძლევს და მართავს კიდეც გარკვეულ მოვლენას, როგორც რეალური სინამდვილის ფაქტს, ანდა ცვლის და წარმართავს მოვლენის განვითარებას მის მიერ ინდივიდუალურად ან კოლექტიურად გამიზნული შედეგის მიმართულებით. ობიექტურად სწორედ ასეთია ქმედებაზე ბატონობის მატერიალური შინაარსი, რომლის სამართლებრივ ფორმულირებაში მთელი სისრულით ასახვა ყოველთვის როდია შესაძლებელი, სწორედ ამიტომაც ხდება საჭირო სისხლის სამართალში დოქტრინულად მისი

ინტერპრეტირება, რათა საკანონმდებლო და სასამართლო პრაქტიკა არ მოსწყდეს რეალურ სინამდვილეს. უფრო მოკლედ რომ ვთქვათ, კითხვაზე – ვინ ბატონობს ქმედებაზე, როგორც მოვლენაზე, შეიძლება ასე ვუპასუხოთ: ქმედებაზე ბატონობს ის, ვინც თავისი დამოუკიდებელი ნების შესაბამისად ინდივიდუალურად ან სხვა სუბიექტებთან ერთობლივად მართავს მას და შეგნებულად მიჰყავს იგი წინასწარ გათვლილი ფინალისკენ – ან შედეგის რეალიზაციისკენ, ან შეწყვეტისკენ, ე.ი. გადამწყვეტ გავლენას ახდენს მასზე, როგორც მოვლენის საბოლოო ბედზე. სწორედ ასეთი პირი შეიძლება მივიჩნიოთ ქმედებაზე ბატონობისა თუ თანაბატონობის სუბიექტად და, ვფიქრობთ, ეს გარემოება თავის გარკვეულ გამოხატულებას პოულობს სისხლის სამართლის დოგმატიკაშიც. ამდენად, საკმაოდ ბუნებრივად გამოიყურება ქმედებაზე ბატონობის არსის ის განსაზღვრება, რომელიც პროფესორ მაურახს ეკუთვნის და რომლის მიხედვით, ქმედებაზე ბატონობა „განზრახვით მოცულ, ქმედების შემადგენლობის შესაბამისად მოვლენის განვითარების სადავეების საკუთარ ხელში ჰყრობას ნიშნავს".[9]

ქმედებაზე ბატონობის თანამედროვე დოქტრინის საყრდენი დებულებაა შემდეგი: ამსრულებელია ის, ვინც ბატონობს ქმედების განხორციელებაზე, ხოლო თავის მხრივ, ქმედებაზე ბატონობს ის, ვინც განზრახ „მართავს" მოვლენათა მსვლელობას და საკუთარი ნებიდან გამომდინარე, მას ქმედების განხორციელება ან მისი აღსრულების შეწყვეტა შეუძლია. თანამონაწილეები კი, ვიწრო გაგებით, ქმედებაზე არ ბატონობენ, ისინი მხოლოდ „გვერდითი ფიგურები" არიან, რომლებიც ხელს უწყობენ ქმედების განხორციელებას.[10] ქმედებაზე ბატონობის თეორიის ამ პრინციპის მიხედვით:

1. ამსრულებელია ის, ვინც ქმედების შემადგენლობას უშუალოდ ახორციელებს და მისი ფაქტობრივი ბატონ-პატრონია (უშუალო ამსრულებელი, თანაამსრულებელი);

2. შუალობითი ამსრულებელია ის, ვინც ქმედებას არა საკუთარი ხელით, არამედ სხვის ნებაზე ბატონობით წარმართავს (იგულისხმება „ცოცხალი იარაღის" გამოყენება მისი ფსიქიკური უუნარობის ან უასაკობის არსებობისას, ანდა იძულების მეშვეობით მის ქმედებაზე ბატონობა);

3. შუალობითი ამსრულებელია ისიც, ვინც ქმედებაზე ბატონობს „ცოდნის საფუძველზე", ანუ „ცოცხალი იარაღის" შეცდომაში შეყვანის გზით;

4. შუალობითი ამსრულებელია აგრეთვე ის, ვინც მკაცრად ორგანიზებულ იერარქიაში ქმედებაზე ბატონობას ახორციელებს თავის ხელქვეითებზე, რომელებიც იერარქიას უსიტყვოდ ემორჩილებიან („ამსრულებელი ამსრულებლის უკან");

---

[9] იხ. *ვ. ბოილკესა და ი. ჯესელსის* დასახ. ნაშრომი, გვ. 290.

[10] იქვე, გვ. 290-294, ასევე, იხ. *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, 2011, გვ. 153-156; ამავე საკითხზე იხ. *მ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-8 გამოცემა, 2010, გვ. 271.

5. თანაამსრულებელია ის, ვინც ქმედების განხორციელებისას გადამწყვეტ როლს თამაშობს, ანუ ის, ვინც ქმედების განხორციელება-არგანხორციელების საკითხს წყვეტს და დანაშაულის მიმდინარეობას განსაზღვრავს (ქმედებაზე ფუნქციური ბატონობა);

6. თანაამსრულებელია აგრეთვე ის, ვინც კუმულაციური დელიქტის ნაწილს ახორციელებს, რომლის გარეშეც მთლიანობაში ქმედება ვერ განხორციელდება, ხოლო ასეთი კუმულაციური დელიქტი შეიძლება იყოს კანონისმიერი (მაგალითად, საქართველოს სსკ-ის 225-ე მუხლით გათვალისწინებული ქმედება) ან თვით მისი ჩადენის ფაქტობრივი გარემოებებით განპირობებული (მაგალითად, მკვლელობის ჯგუფურად ჩადენისას ჯგუფის შიგნით თანაამსრულებელთა შორის როლების განაწილებით).[11]

აღნიშნული ჩამონათვალიდან ზოგიერთი შემთხვევა შეიძლება შეფასდეს როგორც პირდაპირი ბატონობა ქმედებაზე, კერძოდ, ასეთია (1)-ელ, მე-(5) და მე-(6) პუნქტებში მითითებული შემთხვევები, ხოლო ჩამონათვალის მე-(2), მე-(3) და მე-(4) პუნქტებით გათვალისწინებული შემთხვევები შეიძლება შეფასდეს როგორც ქმედებაზე არაპირდაპირი ბატონობა.

ზემოთ შევეხეთ იმ საკითხს, თუ როგორ განსაზღვრავს სისხლის სამართლის დოქტრინა ქმედებაზე ბატონობის არსს ზოგადად, მაგრამ პრაქტიკაში იგი შეიძლება გამოვლინდეს სხვადასხვა კონკრეტული ფორმით. საერთოდ, მართალია, ქმედებაზე ბატონობის შესახებ მსჯელობისას იგულისხმება სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილის ამა თუ იმ მუხლში მოცემული ქმედება, მაგრამ არც ერთი ასეთი ქმედება ბუნებაში არ არსებობს და ვერც იარსებებს სუბიექტის აქტივობისგან დამოუკიდებლად. სხვაგვარად რომ ითქვას, ეს ქმედება წარმოგვიდგება ამა თუ იმ ადამიანის (ამსრულებლის) კონკრეტული მოქმედების ან უმოქმედობის სახით. ამისდა შესაბამისად, ქმედებაზე ბატონობა პრაქტიკაში აუცილებლობით გულისხმობს ან საკუთარ ქმედებაზე ბატონობას, ან სხვა ადამიანის ქმედებაზე ბატონობას (შუალობითი ამსრულებლობისას). ამდენად, ჩვენი აზრით, უშუალოდ შემადგენლობის განხორციელებისას დანაშაულში მონაწილე სუბიექტებიდან ქმედებაზე ბატონობს ის:

1. ვისაც შეუძლია დანაშაულის სხვა თანამონაწილისაგან დამოუკიდებლად და მასზე ზემოქმედების საჭიროების გარეშე, მხოლოდ თავისი ნება-სურვილით განპირობებული საკუთარი მოქმედების შეჩერებით ან შეწყვეტით მოახდინოს დანაშაულებრივი ქმედების, როგორც მოვლენისა და სინამდვილის ფაქტის, შემდგომი განვითარების შეწყვეტა ან მისი დასრულების აღკვეთა მართლსაწინააღ-

[11] ქმედებაზე ბატონობის გამოვლენის ფორმათა აღნიშნული კლასიფიკაცია წარმოდგენილი იყო *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხის* დასახელებული ნაშრომის პირვანდელ რედაქციაში, რაც შემდეგ იმავე ნაშრომის გამოქვეყნებულ რედაქციაში ავტორმა აღარ შეიტანა, თუმცა ამით ხსენებული კლასიფიკაციის თეორიული და პრაქტიკული ღირებულება სრულიად არ მცირდება. მანამდე კი მსგავსი კლასიფიკაციის ცდა, ოღონდ უფრო შეზღუდულად, ქართულ ლიტერატურაში მოცემულია *მ. ტურავას* დასახელებულ ნაშრომში, გვ. 271.

მდეგო შედეგის დადგომამდე;

2. ვისაც შეუძლია დანაშაულის სხვა თანამონაწილისაგან დამოუკიდებლად დანაშაულებრივი უმოქმედობის დროს მისთვის სავალდებულო და მხოლოდ მისივე ნება-სურვილით განპირობებული აქტიური მოქმედების შესრულებით, ანუ საკუთარი უმოქმედობის შეწყვეტით მოახდინოს ქმედების შემადგენლობის განხორციელების შეწყვეტა. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში შეიძლება ვიგულისხმოთ როგორც სპეციალური სუბიექტის, ისე არასპეციალური სუბიექტის მართლსაწინააღმდეგო უმოქმედობა;

3. ვინც თავისი ცოდნის ძალით სარგებლობს და ქმედების განსახორციელებლად იყენებს „ბრმად" მოქმედ იმ „ცოცხალ იარაღს", რომელსაც არ გააჩნია და არც შეიძლება გააჩნდეს ცოდნა რეალური ვითარების შესახებ (ქმედებაზე არაპირდაპირი ბატონობის შემთხვევები, როცა ასეთი ბატონობა გაშუალებულია „იარაღად" გამოყენებული ადამიანის მოქმედებით), რის გამოც ამ უკანასკნელს არ ძალუძს რა თვითონ შეწყვიტოს თავისი ქმედება, ამ ქმედების შემადგენლობის განხორციელება-არგანხორციელების საკითხის გადაწყვეტა მთლიანად შუალობითი ამსრულებლის ხელთ აღმოჩნდება. მაგალითად, როდესაც: „ცოცხალი იარაღი" წარმოადგენს ზემდგომისაგან მიღებული ბრძანების ან განკარგულების შემსრულებელ ხელქვეითს, რომელსაც არ ევალება მისი მართლზომიერების შემოწმება, თუ იგი აშკარად დანაშაულებრივი ხასიათის არ არის; „ცოცხალი იარაღი" ფსიქიკურად დაავადებული ან მცირეწლოვანია; „ცოცხალი იარაღი" მოქმედებს გაუფრთხილებლობით; „ცოცხალი იარაღი" შეცდომაშია შეყვანილი და იმყოფება გაურკვევლობაში, რის გამოც მან არ იცოდა და არც შეეძლო სცოდნოდა, რომ ახორციელებდა აკრძალულ ქმედებას.

ამავე დროს ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ ძნელია წინდაწინ ცალსახად შეაფასო, რამდენად წარმატებით შეასრულებდა ქმედებაზე ბატონობის დოქტრინა თავის დანიშნულებას ზოგიერთი პრობლემური ხასიათის კაზუსის გადაწყვეტისას, მაგალითად, შემდეგ შემთხვევებში: როდესაც პირი გვევლინება რეალურად მხოლოდ და მხოლოდ წმინდა წამქეზებლის ან ფიზიკური დამხმარის როლში, ხოლო ამსრულებელი მათთვის სრულიად მოულოდნელად აღმოჩნდა არაბრალეული პირი; დანაშაულის ისეთი შუალობითი ამსრულებლობისას, რომლის დროსაც სპეციალური სუბიექტი შემადგენლობის განსახორციელებლად და თავისი მიზნის მისაღწევად იარაღად იყენებს არა „ბრმად", არამედ შეგნებულად მოქმედ არასპეციალურ სუბიექტს დანაშაულის პროვოკაციის დროს; ამსრულებლის ექსცესის შემთხვევაში; კუმულაციური ამსრულებლობის დროს და სხვა მსგავს შემთხვევაში, მაგრამ მათზე მსჯელობა ძალზე შორს წაგვიყვანს, რის გამოც ამჯერად თავს ვიკავებთ დასახელებული და სხვა მსგავსი შემთხვევებისადმი ქმედებაზე ბატონობის პრინციპის მიმართების შესახებ შემდგომი საუბრისაგან.

მაგრამ, როდესაც ვსაუბრობთ იმაზე, რომ ქმედებაზე ბატონობს ის, ვი-

საც შეუძლია სხვა თანამონაწილისაგან დამოუკიდებლად მხოლოდ საკუთარი ქმედების (მოქმედების ან უმოქმედობის) შეწყვეტით დაბლოკოს სისხლის სამართლის კანონით გათვალისწინებული მართლსაწინააღმდეგო ქმედების განხორციელება და გამიზნული შედეგის დადგომა. ამ თეზისს ხომ არ აბათილებს ისეთი შემთხვევა, როდესაც აღნიშნულ ქმედებას ახორციელებს ორი ან მეტი თანაამსრულებელი, რომლის დროსაც, თუ ერთი ამსრულებელი შეწყვეტს თავის მოქმედებას, შეიძლება დანაშაული დანარჩენმა ამსრულებლებმა დაასრულონ, რის გამოც ეჭვის ქვეშ ხომ არ დგება ასეთ შემთხვევებში ქმედების განხორციელებაში მონაწილე ცალკეული თანაამსრულებლის ქმედებაზე ბატონობა? ვფიქრობთ, რომ არა, რადგან აუცილებელია ერთმანეთისაგან განვასხვაოთ ქმედებაზე ბატონობის ისეთი ორი შესაძლებელი შემთხვევა, როგორიცაა ქმედებაზე ინდივიდუალური ბატონობა და ქმედებაზე ჯგუფური, ანუ კოლექტიური ბატონობა, რაც გერმანულ სისხლის სამართლის ლიტერატურაში ქმედებაზე ერთობლივ ბატონობად მოიხსენიება[12]. თანაამსრულებლობისას სწორედ ქმედებაზე ერთობლივ (ჯგუფურ) ბატონობასთან, ანუ თანაბატონობასთან გვაქვს საქმე. ასე რომ, მსგავს შემთხვევაში თითოეული თანაამსრულებელი ერთი მთლიანი ქმედების თანაავტორია, რომლის მოქმედება აუცილებელია შედეგის მისაღწევად, ხოლო მის მიერ დანაშაულში ასეთი წვლილის შეტანა შეიძლება შეფასდეს როგორც ქმედებაზე ფუნქციონალური ბატონობა. რაც შეეხება ერთი თანაამსრულებლის სხვა თანაამსრულებლით შესაძლო ჩანაცვლებას, ასეთი რამ არც ქმედებაზე ინდივიდუალური ბატონობის დროსაა გამორიცხული, როცა პროცესიდან გასულ ამსრულებელს შეიძლება ჩაენაცვლოს წამქეზებელი, დამხმარე ან ორგანიზატორი და მან განახორციელოს ქმედების შემადგენლობა, მაგრამ, ცხადია, ასეთი შესაძლებლობა სამართლებრივად არ აუქმებს ამსრულებლის ქმედებაზე ბატონობის ფაქტს, რადგან მისი ჩანაცვლების შემთხვევაში უკვე საქმე გვაქვს სხვა დანაშაულთან.

ბოლოდროინდელ ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში იმ მოსაზრებების გათვალისწინებით, რომლებიც დღეისათვის პრაქტიკულად ქმედებაზე ბატონობის თეორიის ქვაკუთხედს წარმოადგენს, შესაძლებელი გახდა განზრახ მკვლელობის ისეთი შემთხვევების თანაამსრულებლობად დაკვალიფიცირება, რომელთა დროსაც მოკვლის განზრახვით მსხვერპლს დაზიანებებს აყენებს ორი ან მეტი თანაამსრულებელი, ხოლო ამ დაზიანებებიდან მხოლოდ ნაწილი აღმოჩნდება ისეთი, რომლებმაც სიკვდილი გამოიწვია, მაგრამ დაუდგენელი რჩება, კონკრეტულად რომელი თანაამსრულებელია უშუალო ავტორი სასიკვდილო დაზიანებებისა. ასეთ შემთხვევაში, თუკი ფაქტობრივი გარემოებების შესწავლით ირკვევა, რომ თანაამსრულებლები ერთდროულად მოქმედებდნენ და თითოეული თავისი მოქმედებით ხელს უწყობდა მეორეს ძალადობის განხორციელებაში და ამით მსხვერპლს უზღუდავდა შესაძლებლობას, თავი დაეცვა მოძალადეებისაგან, ეს

[12] იხ. *ი. ვესელსისა* და *ვ. ბოილკეს* დასახ. ნაშრომი, გვ. 299.

იმას ნიშნავს, რომ თითოეული მათგანის წვლილს გადამწყვეტი მნიშვნელობა ჰქონდა ქმედების საბოლოო შედეგის მისაღწევად და, მაშასადამე, თითოეული მათგანი ბატონობდა ქმედებასა და მის საბოლოო შედეგზეც.

სისხლის სამართლის თეორიაში დისკუსიის საგანია საკითხი – წარმოადგენს თუ არა თანაამსრულებლობას ისეთი შემთხვევა, როდესაც სუბიექტი ქმედების შემადგენლობის ობიექტური მხარის ელემენტებს უშუალოდ არ ახორციელებს, მაგრამ თავისი მოქმედებით ქმედების ჩადენის პროცესში ცალსახად ხელს უწყობს და აადვილებს სხვა სუბიექტების იმ საქმიანობას, რომლითაც შემადგენლობის ობიექტური ელემენტები სრულდება. აღნიშნული საკითხი ეხება ე.წ. „დარაჯად დგომის“ შემთხვევებს, როდესაც, მაგალითად, ერთი ან ორი ამსრულებელი შედის სხვის ბინაში ქურდობის ჩასადენად, ხოლო მესამე მონაწილე კი, საერთო შეთანხმების საფუძველზე, დარაჯობს სახლთან ახლოს, ქუჩაში, რათა დროულად გააფრთხილოს თანამზრახველები მოულოდნელი საფრთხის შესახებ; ისინი სწორედ მისი იმედით ბედავენ ბინაში შესვლას და იქ დანაშაულებრივ საქმიანობას. ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში ამ საკითხზე არსებობს რადიკალურად განსხვავებული პოზიციები. აღნიშნული შემთხვევის თანაამსრულებლად დაკვალიფიცირების მომხრენი გამოდიან თანამონაწილეობის ფუნქციონალური თეორიიდან, რომლის მიხედვითაც დარაჯი, რომელიც ფაქტობრივად დანაშაულის განხორციელებას ესწრება, თავისი მოქმედებით ფუნქციურად მონაწილეობს ქმედების აღსრულებაში, რის გარეშეც ეს ქმედება საერთოდ ვერ განხორციელდებოდა.[13] ამის საწინააღმდეგოდ, ავტორთა უმრავლესობას მიაჩნია, რომ ეს შემთხვევა ვერ სცდება ვიწრო გაგებით თანამონაწილეობის ისეთ სახეს, როგორიცაა დახმარება, რადგან ამ დროს „დარაჯი“ ვერ ბატონობს ქმედებაზე, მას ხელთ არ უპყრია ქმედების სადავეები და, ამდენად, იგი მხოლოდ მეორეხარისხოვან როლს ასრულებს მოვლენათა განვითარებაში. დანაშაულის მონაწილის შემთხვევის ადგილზე ყოფნა არაფერს წყვეტს, თუკი იგი ერთ-ერთ გადამწყვეტ როლს მაინც არ ასრულებს ქმედების განხორციელება-არგანხორციელებაში. აქედან გამომდინარე, ასეთი სუბიექტის თანაამსრულებლად აღიარება ეწინააღმდეგება ქმედებაზე ბატონობის თეორიის ძირითად დებულებებსაც და საქართველოს სსკ-ის 22-ე მუხლის შინაარსსაც, რომელშიც მითითებულია, რომ თანაამსრულებელია ის, ვინც უშუალოდ მონაწილეობს დანაშაულის ჩადენაში.[14] აღნიშნულ სადავო საკითხთან დაკავშირებით გერმანული სისხლის სამართლის თეორიასა და პრაქტიკაში გაბატონებულია პოზიცია, რომლის მიხედვით დანაშაულის ჩადენის ადგილზე მყოფი ნებისმიერი სუბიექტი, რომელიც ამა თუ იმ ფორმით ხელს უწყობს სხვა თანამზრახველს შემადგენლობის განხორციელებაში, წარმოადგენს თანაამსრულებელს და არა დამხმარეს. თანამედროვე ქართულ

---

[13] იხ. *მ. ტურავას* დასახ. ნაშრომი, გვ. 271-272.

[14] იხ. *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხის* დასახ. ნაშრომი, გვ. 151-152.

თეორიაში ანალოგიური პოზიცია გააჩნია მ. ტურავას.[15]

მიგვაჩნია, რომ ამ დავასთან დაკავშირებით რამდენიმე გარემოებაა საყურადღებო. პირველი ისაა, რომ განსასაზღვრია – როდის რა უნდა ვიგულისხმოთ დანაშაულის ჩადენის ადგილის ცნებაში. ვფიქრობთ, მასში უნდა იგულისხმებოდეს სწორედ ის კონკრეტული ადგილი, სადაც უშუალოდ ხორციელდება ქმედება, ანუ ხდება დანაშაულის აღსრულება. განხილულ შემთხვევაში კი ასეთი ადგილია ბინა, რის გამოც ჩნდება საფუძვლიანი ეჭვი: მართებულია თუ არა ბინის გარეთ მოდარაჯე სუბიექტის დანაშაულის ადგილზე მყოფ თანაამსრულებლად მიჩნევა. გარდა ამისა, ერთობ პრობლემატური გახდება საკითხის გადაწყვეტა ისეთ შემთხვევაში, როდესაც საერთო განზრახვით სხვა ამსრულებლებთან დაკავშირებულმა პირმა მათ, მართალია, აღუთქვა, რომ დარაჯად დადგებოდა, მაგრამ შემდეგ რეალურად არ შეასრულა თავისი დაპირება და თანამზრახველების სხვის ბინაში საქურდლად შესვლისთანავე, ამა თუ იმ მოტივით (შესაძლოა, შიშის გამოც), მიატოვა მისთვის მიჩენილი სადარაჯო ადგილი ისე, რომ არაფერი აცნობა ამ უკანასკნელთ. ბინაში შესულმა ამსრულებლებმა კი თავიანთი ჩანაფიქრი ბოლომდე მიიყვანეს და არაფერი იცოდნენ თანამზრახველის „ღალატის“ შესახებ, რადგან ნდობის ფაქტორის გამო არ გადაუმოწმებიათ, როგორ ასრულებდა გარეთ დარჩენილი თანამზრახველი მასზე დაკისრებულ მოვალეობას. ასეთ შემთხვევაშიც დარაჯად განწესებული თანამზრახველის მიერ ქმედების განხორციელებაში შეტანილი წვლილი იგივეა, რაც იქნებოდა მის მიერ დანაპირების კეთილსინდისიერად შესრულებისა და სადარაჯოზე ბოლომდე დარჩენის შემთხვევაში, რომელიც არაფრით არ იქნებოდა განსხვავებული იმ თანამონაწილის – ინტელექტუალური დამხმარის ქმედებისაგან, რომელიც მსხვილი ქონების ქურდობის ამსრულებლებს წინასწარ დაჰპირდა დახმარებას მოპარული ქონების ტრანსპორტირებაში, მაგრამ შემდეგ, ამა თუ იმ მიზეზის გამო, თავისი დაპირება აღარ შეასრულა. ცხადია, რომ საუბარი დანაშაულის ასეთი სუბიექტის ქმედებაზე ბატონობის შესახებ სრულიად უსაფუძვლოა.

აღნიშნულიდან გამომდინარე, ვფიქრობთ, რომ სწორია დოქტორ ქ. მჭედლიშვილ-ჰედრიხის შენიშვნა, რომ თუკი იმ პირის მიერ, ვინც დანაშაულის ჩადენას ესწრება, ყოველგვარი ხელშემწყობი მოქმედების განხორციელებას ქმედების შემადგენლობის შესრულების დროს თანაამსრულებლობად ჩავთვლით, ამით ყოველგვარ ზღვარს წავშლით თანაამსრულებლობასა და დახმარებას შორის.[16] მართლაც, თუკი მივიღებთ თეზას – ვინც დანაშაულს ესწრება, თანაამსრულებელია და ქმედებაზე ბატონობს, მაშინ უნდა მივიღოთ საწინააღმდეგოც – ვინც უშუალოდ ქმედების განხორციელებას არ ესწრება – ის არასდროს არ არის თანაამსრულებელი და არ ბატონობს ქმედებაზე; ეს მაშინ, როდესაც შესა-

---

[15] იხ.: *ი. ვესელსისა* და *ვ. ბოილკეს* დასახელებული ნაშრომი, გვ. 297-300; *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი*, დასახელებული ნაშრომი, გვ. 151-152; *მ. ტურავა*, დასახელებული ნაშრომი, გვ. 271.

[16] იხ. *ქ. მჭედლიშვილი–ჰედრიხის* დასახ. ნაშრომი, გვ. 155.

ძლოა, რომ სწორედ კულისებს მიღმა მყოფ სუბიექტს მთლიანად ხელთ ეპყრას დანაშაულის მართვის სადავეები და ის წყვეტდეს ქმედების განხორციელება-არგანხორციელების ბედს. ამიტომ, თუკი მოცემულ სადავო საკითხში არ გავიზიარებთ ე.წ. „ქმედებაზე ბატონობის მკაცრ თეორიას", ანუ პროფესორ მაურახის ფორმულას – ქმედებაზე ბატონობს ის, ვისაც ქმედების სადავეები უპყრია ხელთ, მაშინ იმ პირებს, ვინც შორიდან (კულისებიდან) რეალურად მართავს ქმედების განხორციელების პროცესს, დავტოვებდით არა მარტო კულისებს მიღმა, არამედ – სამართლიანი და მკაცრი პასუხისმგებლობის მიღმაც, ანუ იძულებული გავხდებით, უარვყოთ თანაამსრულებლობა და ქმედებაზე ბატონობა ისეთ შემთხვევაში, რასაც შეიძლება ეწოდოს დანაშაულის დისტანციური ამსრულებლობა, რაც დამახასიათებელია ქმედებაზე არაპირდაპირი ბატონობისათვის და რასაც ადგილი აქვს ორგანიზებული ჯგუფის მიერ დანაშაულის ჩადენისას, ბანდის საქმიანობისას, აგრეთვე ისეთი დანაშაულებისას, როგორიცაა: გენოციდი, ეთნიკური წმენდა და სხვა, რომელთა დროს დანაშაულებრივი ორგანიზაციის „ბოსი", როგორც წესი, დანაშაულის განხორციელების ადგილზე არ იმყოფება, მაგრამ რეალურად მთლიანად ის ბატონობს სიტუაციაზე და მხოლოდ მის ნებაზეა დამოკიდებული განხორციელდება თუ არა ქმედება.

მოცემული პოზიციის გათვალისწინებით, უფრო მისაღები და მიზანშეწონილიცაა დანაშაულში თანამონაწილეობისას ცალკეული თანამონაწილის მიერ განხორციელებული მოქმედების, ანუ ერთობლივ დანაშაულში მის მიერ შეტანილი წვლილის საბოლოო შედეგთან მიზეზობრივი კავშირის შეფასებისათვის დუალისტური პრინციპის გამოყენება, კერძოდ, თითოეული თანამონაწილის მოქმედების ჩათვლა საბოლოო შედეგის დადგომისათვის ერთ-ერთ აუცილებელ პირობად (პრინციპი - conditio sine qua non), და იმავდროულად თანამონაწილეთა მოქმედებების კაუზალური არატოლფასოვნების (არათანაბარი მნიშვნელობის) აღიარება ქმედებაზე რეალური ბატონობის აზრით.

ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომლის თანახმად, ყველა იმ პრობლემის გადასაწყვეტად, რის გამოც გერმანიაში შეიქმნა ქმედებაზე ბატონობის თეორია, ქართველმა კანონმდებელმა გამონახა მარტივი გზა, როდესაც ვიწრო გაგებით დანაშაულის თანამონაწილეთა რიგს დაუმატა ისეთი ფიგურა, როგორიცაა დანაშაულის ორგანიზატორი.[17] საქართველოს სსკ-ის 24-ე მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით, „დანაშაულის ორგანიზატორია ის, ვინც მოაწყო დანაშაულის ჩადენა ან ხელმძღვანელობდა მის განხორციელებას, აგრეთვე ის, ვინც შექმნა ორგანიზებული ჯგუფი ან ხელმძღვანელობდა მას". აღნიშნული ფორმულირებიდან გამომდინარე, საქმე თითქოსდა მართლაც ისე ჩანს, როგორც ზემოხსენებული მოსაზრების ავტორს მიაჩნია. მიუხედავად ამისა, სავსებით შესაძლებელია, რომ ორგანიზატორი ყველა შემთხვევაში არ იყოს ქმედების უალტერნატივო ბატონი, რადგან ეს ბევრად არის დამოკიდებული

[17] იხ. *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხის* დასახ. ნაშრომი., გვ. 152.

იმაზე, თუ რეალურად რამდენად ძლიერია მისი პოზიციები დანაშაულებრივი ორგანიზაციის შიგნით, რამდენად ძლიერია მისი გავლენა ორგანიზაციის სხვა წევრებზე ან თანამონაწილეებზე და ა.შ. თვით მის მიერ განხორციელებული მოქმედებები, მაშინაც კი, როდესაც იგი მითითებებს იძლევა უშუალოდ ქმედების განხორციელების პროცესში, შეიძლება თავისი ხასიათით არ იყოს უშუალო ამსრულებლის მოქმედების თანაბარმნიშვნელოვანი შედეგის საბოლოო რეალიზაციაში, რადგან რეალურად ყველაფერი მაინც დამოკიდებულია ქმედების განხორციელების პროცესში უშუალოდ მყოფი ამსრულებლის ნებასა და ნებისყოფის სიძლიერეზე, თუ მის სხვა პიროვნულ თვისებებზე. მაგრამ პრობლემა არ ამოიწურება მხოლოდ დანაშაულის ორგანიზატორისა და ამსრულებლის ფუნქციების გამიჯვნით, სასამართლო პრაქტიკაში შეიძლება არანაკლები სირთულის პრობლემად იქცეს დამხმარისა და ამსრულებლის მიერ რეალურად შესრულებული როლების გამიჯვნა ქმედების საბოლოო შედეგის დადგომისათვის მათი მნიშვნელობის თვალსაზრისით, რისთვისაც მხოლოდ დანაშაულის თანამონაწილეთა შესახებ სისხლის სამართლის კანონში მოცემული განზოგადებული ცნებები საკმარისი არ არის. ვფიქრობ, რომ სწორედ ასეთ შემთხვევებში გვეხმარება ქმედებაზე ბატონობის დოქტრინა, რათა უშეცდომოდ განვსაზღვროთ ფაქტობრივი მდგომარეობის სწორი სამართლებრივი კვალიფიკაცია არა მარტო ორგანიზატორის, არამედ ასევე დამხმარისა და ამსრულებლის მიერ ჩადენილ ქმედებებთან მიმართებით.

ბოლოს ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ თავის დროზე, ჯერ კიდევ გასული საუკუნის 70-იან წლებში, ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში პროფ. ო. გამყრელიძემ ქმედებაზე ბატონობის თეორიის მიმართ გამოთქვა გარკვეული კრიტიკული შენიშვნები, რომლებშიც ხაზგასმული იყო ამ თეორიის გამოყენების სიძნელეებზე თანამონაწილეობასა და შუალობით ამსრულებლობასთან დაკავშირებული ზოგიერთი პრობლემური საკითხისა თუ სხვა არასტანდარტული ხასიათის პრაქტიკული საკითხის გადაწყვეტისას.[18] და მაინც, შეიძლება თუ არა, არა წარსულის, არამედ დღევანდელობის გადასახედიდან, ქმედებაზე ბატონობის თეორია განვიხილოთ როგორც უნაკლო და დავის საფუძველს მოკლებული უნივერსალური მოძღვრება? ჩვენი აზრით, შეუძლებელია ამგვარი მოთხოვნა წაუყენო რომელიმე თეორიას, რადგან ასეთ შემთხვევაში იგი მეცნიერული დოქტრინიდან რელიგიურ დოგმად გადაიქცეოდა. ცხადია, რომ ამ მხრივ ვერც ქმედებაზე ბატონობის თეორია იქნება ბედნიერი გამონაკლისი. ობიექტური და საღი აზრის ბატონობის პირობებში კი შეუძლებელია ქმედებაზე ბატონობის თეორია არ იქნეს მიჩნეული თანამედროვე სისხლის სამართლის ერთ-ერთ მნიშვნელოვან მიღწევად და უაღრესად ქმედით საშუალებად პრაქტიკის თვალსაზრისით დიდი მნიშვნელობის მქონე სისხლისსამართლებრივი საკითხების გადასაწყვეტად, რაც უკვე

[18] იხ. ო. გამყრელიძე, დანაშაულის შუალობითი ამსრულებლობა და თანაამსრულებლობა, 1974, გვ. 34-43.

არაერთხელ დადასტურდა კიდეც საერთაშორისო რეზონანსის მქონე სისხლის სამართლის საქმეებზე ცნობილი სასამართლო გადაწყვეტილებების მიღებისას.

დასკვნა

ქმედებაზე ბატონობის თეორია ერთ-ერთი იმ მოძღვრებათაგანია თანამედროვე სისხლის სამართალში, რომელსაც წმინდა შემეცნებით მნიშვნელობასთან ერთად დიდი პრაქტიკული დანიშნულებაც გააჩნია, როდესაც დღის წესრიგში დგება დანაშაულის თანამონაწილეთა მიერ რეალურად განხორციელებული ქმედებების გამიჯვნის საკითხი ფუნქციონალური თვალსაზრისით, რათა დადგინდეს რომელმა მათგანმა ითამაშა გადამწყვეტი როლი ქმედების გამიზნული შედეგის უცილობელი დადგომისათვის. აღნიშნული პრობლემის გადასაწყვეტად მხოლოდ თანამონაწილეობის ფუნქციონალური თეორიის მომარჯვება არ იქნება საკმარისი, რადგან ამ პრობლემის არსი სწორედ იმ კრიტერიუმების განსაზღვრაში მდგომარეობს, რომელთა მეშვეობით უნდა დადგინდეს – დანაშაულში მონაწილე სუბიექტმა ნამდვილად შეასრულა თუ არა ამსრულებლის ან თანაამსრულებლის ფუნქცია, თუ მისი ქმედება მხოლოდ დანაშაულის სხვა სახის თანამონაწილის როლის ფარგლებში დარჩა. აღნიშნულთან დაკავშირებით საჭიროა კიდევ ერთხელ გაესვას ხაზი იმ გარემოებას, რომ ამსრულებლობისა და თანამონაწილეობის (ვიწრო გაგებით) გამიჯვნა საკანონმდებლო დეფინიციის პრობლემა კი არ არის, არამედ პრობლემა მათი ფუნქციების ფაქტობრივი რეალიზაციისას მათ შორის ზღვარის დადგენაშია, ანუ იმის განსაზღვრაში – სად დამთავრდა დანაშაულში მონაწილე სუბიექტის, როგორც თანამონაწილის, როლი და რა მომენტში გადაიზარდა იგი (ან გადაიზარდა თუ არა საერთოდ) ქმედების ამსრულებლობასა ან თანაამსრულებლობაში. ამრიგად, ქართულ სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში დანაშაულის ორგანიზატორის ცნების ფორმალურად დეფინიციის შემოტანის მიუხედავად, ამსრულებლისა და სხვა თანამონაწილის გამიჯვნის პრობლემა მაინც რჩება ძალაში ქართული სისხლის სამართლის თეორიისა და პრაქტიკისათვის, რომლის წარმატებით გადაწყვეტა ქმედებაზე ბატონობის დოქტრინის მოშველიების გარეშე შეუძლებელია. ამასთან ერთად, მხედველობაში უნდა ვიქონიოთ ის გარემოებაც, რომ დასახული პრობლემების მეტ-ნაკლებად წარმატებული გადაწყვეტისათვის ყველაზე ხელსაყრელად უნდა ჩაითვალოს ქმედებაზე ბატონობის არა გაფართოებული გაგება, არამედ მისი არსის შეზღუდულად განმარტება და მკაცრ ჩარჩოებში მოქცევა (ე.წ. ქმედებაზე ბატონობის მკაცრი თეორია), რათა მან მისი არსის მეტისმეტი გაფართოების შედეგად არ დაკარგოს თავისი განსაზღვრულობა და მნიშვნელობა, ამასთანავე, მკაფიო გამიჯვნის ნაცვლად არ გამოიწვიოს კიდევ უფრო მეტი აღრევა დანაშაულის თანამონაწილეებისა და დანაშაულის ამსრულებლის ფიგურებს შორის, რის თავიდან ასაცილებლად, როგორც ვნახეთ, კანონში მათი ცნებების ფორმალურად განსაზღვრა საკმარისი არ აღმოჩნდა.

პროფ. დოქტორი, დავით სულაქველიძე
თბილისის თავისუფალი უნივერსიტეტი

ქმედებაზე ბატონობა და დანაშაულში თანამონაწილეობა

რეზიუმე

სტატიაში განხილულია დანაშაულის ამსრულებლისა და სხვა თანამონაწილეების ფუნქციათა გამიჯვნის პრობლემა, ასევე წარმოდგენილია ამ პრობლემის გადასაწყვეტად ქმედებაზე ბატონობის თანამედროვე თეორიის მნიშვნელობის დასაბუთების ცდა. ავტორი მკითხველის ყურადღებას მიაქცევს იმ გარემოებაზე, რომ არა მხოლოდ თეორიული თვალსაზრისით, არამედ სასამართლო პრაქტიკაშიც, თანამონაწილეობის ფორმით დანაშაულის განხორციელების სხვადასხვა შემთხვევისას, შეიძლება პრობლემური გახდეს დანაშაულის ამსრულებლობისა და ისეთი თანამონაწილის მიერ განხორციელებულ ქმედებათა ფუნქციონალური გამიჯვნა, როგორიცაა დამხმარე. მსგავს შემთხვევაში არსებითი და მნიშვნელოვანი ხდება დადგინდეს, ეს თანამონაწილე თავისი ფუნქციის ფარგლებში დარჩა, თუ მისმა ქმედებამ გადალახა აღნიშნული ფარგლები, რითაც იგი ფაქტობრივად ამსრულებლის როლში გვევლინება. სხვაგვარად რომ ითქვას, კანონზომიერი ინტერესის საგანი ხდება შემდეგი საკითხი: მართლსაწინააღმდეგო შედეგის განპირობების თვალსაზრისით, მითითებულ შემთხვევაში იქცა თუ არა ასეთი თანამონაწილე ქმედებაზე ბატონობის სუბიექტად, რაც ვერ მოხერხდება ქმედებაზე ბატონობის თანამედროვე დოქტრინის ძირითადი დებულებების გათვალისწინებისა და მოშველიების გარეშე.

სტატიის დასკვნით ნაწილში განზოგადებული სახით შეჯამებულია დანაშაულში თანამონაწილეობის ინსტიტუტისა და ქმედებაზე ბატონობის დოქტრინის ურთიერთმიმართების თაობაზე განხორციელებული კვლევის შედეგები.

Prof. Dr. David Sulakvelidze
Free University of Tbilisi

Abstract: Tatherrschaft und Mitbeteiligung

Der Beitrag spricht über die Trennung zwischen der Täterschaft und den weiteren Mitbeteiligten. Außerdem ist es ein Versuch, die moderne Theorie der Tatherrschaft zu begründen. Der Autor lenkt die Aufmerksamkeit der Leser auf die Umstände, dass bei unterschiedlichen Fällen der Ausübung einer Straftat in Form einer Mitbeteiligung nicht nur theoretisch, sondern auch in der Rechtsprechung eine funktionale Trennung zwischen der Täterschaft und den von den Mitbeteiligten ausgeübten Taten problematisch werden könnte, wie etwa bei Gehilfen. In ähnlichen Fällen wird es wichtig, festzustellen, ob der Mitbeteiligte im Rahmen seiner Funktionen bleibt oder ob seine Taten diese Grenzen überschritten haben. Dadurch versetzt er sich quasi in die Rolle eines Täters. Anders formuliert wird, folgende Frage zum Gegenstand von rechtmäßigen Interessen: Ob sich ein Mitbeteiligter in gegebenen Fällen unter Beachtung der rechtswidrigen Folgen zum Subjekt der Tatherrschaft macht, was nicht ohne Berücksichtigung der Hauptbestimmungen der modernen Lehre über die Tatherrschaft möglich ist.

Im abschließenden Teil des Beitrags werden die Forschungsergebnisse vom Institut der Mitbeteiligung und der Lehre über die Tatherrschaft auf ihre Wechselwirkung hin in allgemeiner Form zusammengefasst.

ნინო გვენეტაძე
სამართლის დოქტორი,
ქართულ-ამერიკული უნივერსიტეტის პროფესორი

საპროცესო შეთანხმება – საქართველოში კანონმდებლობის ანალიზი

I საპროცესო შეთანხმების ქართული მოდელი

საქართველოში 2004 წლის 13 თებერვლის კანონით დამკვიდრებული საპროცესო შეთანხმების ანალიზი გვიჩვენებს, რომ მისი შექმნა უკავშირდება სისხლის სამართალის პროცესის გამარტივებასა და სამართალდამცავი ორგანოების მიერ დანაშაულის ფაქტზე სწრაფი რეაგირების შესაძლებლობას. პირველადი სახით ჩამოყალიბებულ კანონში საპროცესო შეთანხმების მიზნად სწრაფი და ეფექტიანი მართლმსაჯულების უზრუნველყოფა იქნა მიჩნეული.[1]

2010 წლის 1 ოქტომბრამდე მოქმედი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის LXIV[1] თავის[2] 679[1]-ე მუხლი[3] საპროცესო შეთანხმების საფუძველად ბრალზე ან სასჯელზე შეთანხმებას მიიჩნევდა, სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანით.

კანონის პირველ რედაქციაში საპროცესო შეთანხმების დადებისას მხედველობაში მიიღებოდა ბრალდებულის ნება ეთანამშრომლა გამოძიებასთან. გამოძიებასთან თანამშრომლობა, კანონის განმარტებითი ბარათის მიხედვით, ნიშნავდა გამოძიებისათვის სხვა, უფრო მძიმე დანაშაულის ან უფრო მაღალი თანამდებობის პირის მიერ ჩადენილი დანაშაულის შესახებ უტყუარი ინფორმაციის მიწოდებას. ასეთი პირობების შესრულების შემთხვევაში, პროკურორს უფლება ჰქონდა, მოეთხოვა ბრალდებულისათვის სასჯელის შემცირება ან დანაშაულთა ერთობლიობის დროს მიეღო გადაწყვეტილება ბრალდების შემსუბუქების, ან ნაწილობრივი მოხსნის მოთხოვნის თაობაზე. თუმცა, კანონის ამოქმედებიდან რამდენიმე თვის შემდეგ[4], სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობაში განხორციელებული ცვლილებებით, საპროცესო შეთანხმების საფუძველი ორად გაიყო და მითითებულ იქნა ბრალზე გარიგება, ან სასჯელზე შეთანხმება.[5] ბრალზე გარიგების შემთხვევაში, ბრალდებულის მიერ დანაშაუ-

---

[1] საქართველოს 2004 წლის 13 თებერვლის კანონი-სსმ 2004 წ. №6, მუხ. 21-ე, სსსკ-ის მე-15[1] მუხლი. ამ საკითხზე იხ. ევროგაერთიანების ქვეყნების სისხლის სამართლის საპროცესო სისტემები, საია 2002 წ. გვ. 59, 109, 147, 171 http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Plea Bargaining.

[2] „საპროცესო შეთანხმება და სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლება" სსკ-ის 679[9]-ე მუხ. 1998 წ.

[3] „საპროცესო შეთანხმების არსი". 2004 წ. 13 თებერვლის კანონი-სსმ 2004, №6, მუხ.21-ე.

[4] 2004 წლის 24 ივნისის –სსმ 2004წ., №18, მუხ., 62-ე.

[5] იხ. სსსკ-ის 679[1]-ე მუხლის მე-2 და მე-3 ნაწილები, 2004 წლის 24 ივლისის კანონის რედაქციით.

ლის აღიარების სავალდებულო მოთხოვნასთან ერთად შენარჩუნებულ იქნა გამოძიებასთან თანამშრომლობის პირობა.

რაც შეეხება სასჯელზე შეთანხმებას, ამ შემთხვევაში, ბრალდებულს არ მოეთხოვებოდა დანაშაულის აღიარება, ხოლო გამოძიებასთან თანამშრომლობა, სასჯელის ზომაზე პროკურორთან ბრალდებულის დასათანხმებლად, სავალდებულო მოთხოვნად რჩებოდა.

II. საპროცესო შეთანხმების შეცვლილი მოდელი (2005 წლის 25 მარტის კანონი)

საპროცესო კანონმდებლობაში 2005 წლის 25 მარტის კანონით შეტანილი ძირეული ცვლილებები საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტის ახლებურ მოდელს გვთავაზობს. საქართველოს 1998 წლის 20 თებერვლის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-15^1 მუხლი მიუთითებდა, რომ საპროცესო შეთანხმება ხორციელდება სასამართლო დამოუკიდებლობის პრინციპის დაცვით. საპროცესო შეთანხმების სპეციალური LXIV^1-ე თავი იმჟამინდელი რედაქციით გვთავაზობდა საპროცესო შეთანხმებასა და სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლების განახლებულ მოდელს. კერძოდ, სსსკ-ის 679^1-ე მუხლი საპროცესო შეთანხმების არსს, ანუ სასამართლოს მიერ სისხლის სამართლის საქმის არსებითი განხილვის გარეშე გამოტანილი განაჩენით დამტკიცებული საპროცესო შეთანხმების საფუძვლად ბრალზე, ან სასჯელზე შეთანხმებას მიიჩნევდა და 679^9-ე მუხლის თანახმად, ცალკე ინსტიტუტად მოიაზრებდა ბრალდებულის სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლებას. მისი მთავარი არსი ბრალდებულის საგამოძიებო ორგანოებთან თანამშრომლობა და ამ თანამშრომლობის შედეგად თანამდებობის პირის ან/და განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის ჩამდენი პირის ვინაობის გამოვლენა, ან მისი უშუალო ხელშეწყობით დანაშაულის გახსნისათვის რეალური პირობების შექმნა იყო.

საპროცესო კანონის 2004 წლის 13 თებერვლის რედაქციისაგან განსხვავებით, საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტის 2005 წლის 25 მარტის მოდელი, მისი ორივე საფუძვლით (შეთანხმება ბრალზე ან სასჯელზე), გათავისუფლდა ისეთი ძირითადი პირობისაგან, როგორიც იყო გამოძიებასთან თანამშრომლობა და დახმარება. დღეისათვის ამოქმედებულ 2009 წლის რედაქციის საპროცესო კოდექსში აღნიშნული საკანონმდებლო პირობა სავალდებულოა ისეთი ინსტიტუტისათვის, როგორიცაა ბრალდებულის სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლება (სსსკ-ის 218-ე მუხ.).

საპროცესო კოდექსის 209-ე მუხლის შესაბამისად, საპროცესო შეთანხმების (ბრალზე ან სასჯელზე შეთანხმების) დადებისას, პროკურორს უფლება აქვს მოითხოვოს ბრალდებულისათვის სასჯელის შემცირება ან დანაშაულთა ერთობლიობისას მიიღოს გადაწყვეტილება მისთვის ბრალდების შემსუბუქების,

ან ნაწილობრივი მოხსნის თაობაზე. აღნიშნული ნორმა როგორც ბრალზე, ისე სასჯელზე შეთანხმების შემთხვევაში, ადგენს ანალოგიურ შეღავათებს, რაც საპროცესო შეთანხმების ამ ორ საფუძველს (ბრალზე ან სასჯელზე შეთანხმებას) შორის რაიმე განსხვავებას აღარ ტოვებს.[6]

საპროცესო შეთანხმების შეთავაზება, მოქმედი კანონის შესაბამისად როგორც პროკურორის, ასევე ბრალდებულისა და მოსამართლის უფლებაა. სასამართლო უფლებამოსილია, სისხლის სამართლის საქმის არსებითი განხილვის გარეშე გამოიტანოს განაჩენი, თუ არსებობს შეთანხმება ბრალზე ან სასჯელზე. საპროცესო შეთანხმება ფორმდება წერილობით და მტკიცდება სასამართლო სხდომაზე. კანონის ბოლო რედაქციით განიმარტა, რომ საპროცესო შეთანხმების დადება შესაძლებელია, როგორც წინასწარი გამოძიებისა და სისხლისსამართლებრივი დევნის, ასევე, საქმის სასამართლოში განხილვის ეტაპზე, როდესაც სასამართლო (მოსამართლე) უფლებამოსილია მხარეებს შესთავაზოს საპროცესო შეთანხმება (სიახლეა სსსკ-ის 197-ე მუხლის დებულება – ბრალდებულის პირველი წარდგენის სხდომა სასამართლოში, რა დროსაც მაგისტრატი მოსამართლის მიერ ხდება საპროცესო შეთანხმების დადების შესაძლებლობის გარკვევა, აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების შესახებ შუამდგომლობის წარდგენიდან არა უგვიანეს 24 საათისა).

III. საპროცესო შეთანხმების საფუძვლები

საპროცესო კოდექსის მოქმედი რედაქციით საპროცესო შეთანხმების დადების საფუძვლად რჩება შეთანხმება ბრალზე, როცა ბრალდებული აღიარებს დანაშაულს, ან – შეთანხმება სასჯელზე, როცა ბრალდებული არ ეწინააღმდეგება პროკურორის მიერ წაყენებულ ბრალდებას, თუმცა ეთანხმება სასჯელის ზომას ან მისგან სრულად გათავისუფლებას.

---

[6] სასჯელზე შეთანხმების შემთხვევაში, როცა ბრალდებული არ ეწინააღმდეგება წაყენებულ ბრალდებას, თუმცა უფლება აქვს დაეთანხმოს პროკურორს, სასჯელის ზომას – სადავოს ხდის საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტის არსსა და მის მიზანს. განსხვავებულია მოქმედი სსსკ-ის 209-ე მუხლის ამავე ნაწილის დებულება სასჯელზე შეთანხმების საფუძვლით საპროცესო შეთანხმების დადებისას, ბრალდებულის სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლების შესახებ, რომელიც მხოლოდ სსსკ-ის 218-ე მუხლით გათვალისწინებული პირობებისას მოქმედებს. ბრალდებულის სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლების სპეციალური მუხლი კი, საერთოდ არ უთითებს მხოლოდ სასჯელზე შეთანხმების საფუძველს. აღნიშნული მუხლი არ აკეთებს დათქმას იმის თაობაზე, რომ მთავარ პროკურორსა და ბრალდებულს შორის საპროცესო შეთანხმება კანონით დადგენილი განსაკუთრებული შემთხვევების არსებობისას იდება, მხოლოდ სასჯელზე შეთანხმების საფუძვლით. აღნიშნული არ გამორიცხავს ბრალზე გარიგების საფუძველით დადებული საპროცესო შეთანხმებისას მთავარი პროკურორის უფლებას, სასამართლოს წინაშე იშუამდგომლოს ბრალდებულის სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლების შესახებ. იხ. ევროკავშირის ქვეყნების სისხლის სამართლის საპროცესო სისტემები, „სია“, 2002, გვ. 231.

სსსკ-ის 210-ე მუხლში ჩამოთვლილია საპროცესო შეთანხმების დადების შემდეგი აუცილებელი პირობები:

ა) საჯარო ინტერესი, ჩადენილი დანაშაულისათვის გათვალისწინებული სასჯელის სიმძიმე,ქმედების მართლწინააღმდეგობა და ბრალეულობის ხარისხი;[7]

ბ) ბრალდებულის (განსასჯელის) გაფრთხილება სამოქალაქო ან სხვა სახის პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების დაუშვებლობაზე, გარდა ამ კანონით გათვალისწინებული შემთხვევისა;[8]

გ) დამცველის სავალდებულო მონაწილეობა და შეთანხმების შესახებ ბრალდებულის წინასწარი წერილობითი თანხმობა;[9]

დ) ზემდგომი პროკურორის წინასწარი წერილობითი თანხმობა.[10]

მოქმედი საპროცესო კანონმდებლობით საპროცესო შეთანხმების დადება დაიშვება როგორც ნაკლებად მძიმე, ისე მძიმე და განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის ჩამდენი ბრალდებულის მიმართ. თუმცა აქაც არსებობს გარკვეული შეზღუდვა, როცა კანონმდებელი ბრალზე ან სასჯელზე შეთანხმებისას ბრალდებულისათვის სასჯელის შემცირების, ან ბრალდების შემსუბუქების, ან ნაწილობრივი მოხსნის თაობაზე გადაწყვეტილების მიღებისას პროკურორს იმპერატიულად სთხოვს, გაითვალისწინოს ქმედების მართლწინააღმდეგობისა და ბრალეულობის ხარისხი, ჩადენილი დანაშაულისათვის კანონით გათვალისწინებული სასჯელი, რაც პირდაპირ მიანიშნებს დანაშაულთა კატეგორიაზე და სთხოვს პროკურორს მეტ წინდახედულებასა და ქვეყანაში სისხლის სამართლის პოლიტიკის არჩეული კურსის სწორად განხორციელებას, საჯარო ინტერესთან მიმართებაში.[11] ასევე, იმპერატიული მოთხოვნაა საპროცესო შეთანხმების დადებისას ზემდგომი პროკურორის წერილობითი შეთანხმების არსებობა. აქვე უნდა მივანიშნოთ, დაზარალებულის შეზღუდულ საპროცესო უფლებაზე. სსსკ-ის 217-ე მუხლის პირველი ნაწილი ავალდებულებს პროკურორს გაიაროს კონსულტაცია დაზარალებულთან და შეატყობინოს დაზარალებულს საპროცესო შეთანხმების დადების შესახებ. თუმცა კონსულტაციის მიზანი დაკონკრეტებული არ არის და ამავე მუხლის მე-2 ნაწილით მინიშნებულია – დაზარალებულის უფლებაზე შეიტანოს სამოქალაქო სარჩელი.

რაც შეეხება სსსკ-ის 209-ე მუხლის მე-6 ნაწილით გათვალისწინებულ განსაკუთრებულ შემთხვევას, როცა მთავარ პროკურორს ან მის მოადგილეს უფლება აქვთ იშუამდგომლონ სასამართლოს წინაშე ბრალდებულის სამო-

[7] 210-ე მუხ. მე-3 ნაწ. იხ. http://www.independent.co.uk/news/uk/innocent-at-risk-under-plea-bargains-report-warns-formal-system-could-lead-to-miscarriages-of-justice-1488959.html.

[8] 210-ე მუხ. მე-5 ნაწ.

[9] 209-ე მუხ. მე-4 ნაწ. იხ. Cristine Van Den Wingaert, Criminal procedure systems in theEuropean community, 2002, გვ. 231.

[10] 210-ე მუხ. 1 ნაწ.

[11] საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 8 ოქტომბრის №181 ბრძანება სისხლის სამართლის პოლიტიკის სახელმძღვანელო პრინციპების ზოგადი ნაწილის დამტკიცების შესახებ.

ქალაქო პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების თაობაზე, დაზარალებულს უნარჩუნებს უფლებას სახელმწიფოს მოსთხოვოს ზიანის ანაზღაურება.

ადვოკატის სავალდებულო მონაწილეობა და შეთანხმების შესახებ ბრალდებულის წინასწარი წერილობითი თანხმობა, სსსკ-ის 210-ე მუხლის მე-4 ნაწილის თანახმად, უნდა არსებობდეს სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანის თაობაზე შუამდგომლობის მომზადებამდე. ბრალდებულის წერილობითი განცხადება იმის თაობაზე, რომ დამცველისაგან იურიდიული დახმარების მიღების შემდეგ, ნებაყოფლობით აცხადებს სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანაზე თანხმობას, სავალდებულოა იმ შემთხვევაში, როცა საპროცესო შეთანხმების შეთავაზება ხდება პროკურორის მიერ.

1. საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოსატანად პროკურორის შუამდგომლობა

სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 211-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანის თაობაზე საპროცესო შეთანხმების შუამდგომლობაა საპროცესო დოკუმენტისათვის საერთო მონაცემების გარდა (ბრალდებულის ვინაობა; ბრალდების ფორმულირება, ე.ი. ინკრიმინირებული ქმედების აღწერა მისი ჩადენის ადგილის, დროის, ხერხისა თუ საშუალების, იარაღის, აგრეთვე, ამ ქმედებით გამოწვეული შედეგის მითითებით; კოდექსის მუხლი, ნაწილი და ქვეპუნქტი, რომლებითაც გათვალისწინებულია ეს დანაშაული) სავალდებულოდ უნდა შეიცავდეს საკმარის მტკიცებულებათა ჩამონათვალს და პროკურატურის მიერ მოთხოვნილი სასჯელის სახესა და ზომას.

2. სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოსატანად პროკურორის შუამდგომლობის განხილვა

სსსკ-ის 213-ე მუხლის მე-2 ნაწილის შესაბამისად, სასამართლო საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანის საკითხს იხილავს სისხლის სამართლის საქმის განსჯადობის მიხედვით.[12]

---

[12] http://www.independent.co.uk/news/uk/innocent-at-risk-under-plea-bargains-report-warns-formal-system-could-lead-to-miscarriages-of-justice-1488959.html სსსკ-ის 213-ე მუხლი საპროცესო შეთანხმების შესახებ პროკურორის შუამდგომლობის განხილვის განსხვავებულ სასამართლო პროცედურას ადგენს. კანონი არ უთითებს ზოგადსამართლებრივ პრინციპებზე (თანასწორობა კანონისა და სამართლის წინაშე, უდანაშაულობის პრეზუმფცია, შეჯიბრებითობა და ა.შ.) და პირველი ინტანციის სასამართლოში საქმისწარმოების კოდექსით დადგენილ ზოგად წესზე, რომელიც გულისხმობს სასამართლო განხილვის უშუალობას, შეჯიბრებითობას და ა.შ. მთავარი პრინციპი, რომლის დაცვასაც საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტი ითხოვს სსსკ-ის მე-8 მუხლის შესაბამისად, არის სამართლიანი პროცესის უფლება. საქართ-

2010 წლის 1 ოქტომბრამდე მოქმედი, სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 679[1]-ე მუხლში 2005 წლის 25 მარტს შეტანილი ცვლილების შესაბამისად, მოსამართლეს, საქმის არსებითი განხილვისას, სასამართლო კამათის დაწყებამდე, მიეცა უფლებამოსილება მხარეებს შესთავაზოს წერილობითი საპროცესო შეთანხმება,[13] რაც დღეს მოქმედმა საპროცესო კოდექსის 209-ე მუხლის მე-2 ნაწილის დებულებამ გააფართოვა და დააზუსტა, რომ საქმის განხილვისას სასამართლო უფლებამოსილია მხარეებს შესთავაზოს საპროცესო შეთანხმების დადება.

საპროცესო შეთანხმებისას (ბრალზე გარიგების საფუძვლით) ბრალდებული უარს ამბობს საპროცესო კანონით დადგენილ ზოგიერთ უფლებაზე (არ მისცეს თავისი საწინააღმდეგო ჩვენება, მისი საქმე განხილულ იქნეს არსებითად, მხარეთა მონაწილეობით, შეჯიბრებითობის პრინციპის დაცვით და ა.შ.), რაც განაპირობებს საპროცესო შეთანხმების შუამდგომლობის განხილვისას კანონის ზოგიერთ მოითხოვნის დაცვას. კერძოდ: შეთანხმება დადებულ უნდა იქნეს კვალიფიციური იურიდიული დახმარების მიღების შემდეგ, ძალადობის, დაშინების, მოტყუების ან რაიმე სხვა უკანონო დაპირების გარეშე, ანუ ნებაყოფლობითობა საპროცესო შეთანხმების დადებისას ბრალდებულის უფლებების მყარი გარანტია უნდა იყოს. სსსკ-ის 209-ე მუხლით, იგივე პირობები სავალდებულოდ უნდა იქნეს დაცული სასჯელზე შეთანხმების საფუძვლით საპროცესო შეთანხმების დადებისას.

სსსკ-ის 212-ე მუხლის მე-3 ნაწილის თანახმად, საპროცესო შეთანხმების დამტკიცებამდე სასამართლოს მიერ უნდა შემოწმდეს, რომ:

ა) ბრალდებული სრულად აცნობიერებს დანაშაულის ხასიათს, რომლის ჩადენაში მას ედება ბრალი;

ბ) ბრალდებული სრულად აცნობიერებს იმ დანაშაულისათვის გათვალისწინებულ სასჯელს, რომლის ჩადენასაც ის აღიარებს;

გ) ბრალდებულისათვის ცნობილია საპროცესო შეთანხმებასთან დაკავ-

ველის საპროცესო კოდექსის ზოგადსამართლებრივი პრინციპი, სისხლის სამართლის პროცესის უშუალობის და (რომლის სასამართლო გადაწყვეტილებას საფუძვლად უდევს მხოლოდ ის მტკიცებულებები, რომლებიც გამოკვლეული იყო სასამართლო სხდომაზე მხარეთა მონაწილეობით) საქმის არსებითი განხილვის შესახებ პირდაპირ არის უგულებელყოფილი პროკურორის მიერ სასამართლოში წარმოდგენილი საპროცესო შეთანხმების შუამდგომლობის განხილვისას. ამდენად, სასამართლო გადაწყვეტილებას იღებს საქმის არსებითი განხილვის გარეშე. ყოველივე გამართლებულია ამავე მუხლის მე-2 ნაწილის მიხედვით, რომ კოდექსით დადგენილ ვადებში განხორციელებული სწრაფი მართლმსაჯულება ბრალდებულის უფლებაა და ამ უფლების გამოუყენებლობაც მისი გადასაწყვეტია.

[13] აღნიშნული ნოვაცია საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტს ამსგავსებს შეკვეცილი სასამართლო წარმოების ქართულ ვარიანტს, რომელიც 1998 წლის სსსკ-ის 473-ე მუხლით იყო დადგენილი და განსასჯელის მიერ ბრალის აღიარება ედებოდა საფუძვლად. საპროცესო შეთანხმება განსაკუთრებით ბრალზე გარიგების საფუძვლით, თითქმის არ განსხვავდება შეკვეცილი სასამართლო წარმოებისაგან, რომელიც დღეს მოქმედი საპროცესო კოდექსიდან ამოღებულია.

შირებული კანონით გათვალისწინებული ყველა მოთხოვნა ბრალის აღიარების შესახებ;

დ) ბრალდებული აცნობიერებს, რომ თუ სასამართლომ არ დაამტკიცა საპროცესო შეთანხმება, დაუშვებელია მომავალში მის წინააღმდეგ გამოყენებულ იქნეს ნებისმიერი ინფორმაცია, რომელსაც იგი მიაწვდის სასამართლოს საპროცესო შეთანხმების განხილვისას;

ე) ბრალდებული აცნობიერებს, რომ მას აქვს შემდეგი კონსტიტუციური უფლებები: დაცვის უფლება, ბრალის აღიარების შეთანხმებაზე უარის თქმის უფლება; საქმის არსებითი განხილვის მოთხოვნის უფლება;

ვ) საპროცესო შეთანხმება არ არის შედეგი ბრალდებულის (განსასჯელის) იძულების, დაშინების ან ისეთი დაპირებისა, რომელიც სცილდება საპროცესო შეთანხმების ფარგლებს;

ზ) ბრალდებული (განსასჯელი) ეთანხმება საპროცესო შეთანხმების ფაქტობრივ საფუძველს;

თ) ბრალდებულსა და პროკურორს შორის შეთანხმების ყველა პირობა ასახულია წერილობით საპროცესო შეთანხმებაში;

ი) ბრალდებული და მისი დამცველი სრულად იცნობენ საქმის მასალებს.

განსჯადი სასამართლოს მიერ შესამოწმებელ ზემოთ მითითებულ საკითხთა შორის საყურადღებოა ბრალდებულისათვის საპროცესო შეთანხმებასთან დაკავშირებული კანონით გათვალისწინებული ყველა იმ მოთხოვნის გაცნობა, რომელიც უკავშირდება ბრალის აღიარებას. აღნიშნული საკითხის გადამოწმება ხდება ბრალზე შეთანხმების საფუძვლით დადებულ წერილობით შეთანხმებაში და უპირველესად, მოითხოვს მოსამართლისაგან იმ საკითხის შემოწმებას, რაც ამ მუხლის პირველ ნაწილშია მითითებული, კერძოდ, სასამართლოს დარწმუნება იმაში, რომ საპროცესო შეთანხმება, ანუ ბრალის აღიარება მოხდა წამების, არაადამიანური ან დამამცირებელი მოპყრობის გარეშე და ნებაყოფლობით.

კანონით გათვალისწინებული სხვა მოთხოვნა მხოლოდ საპროცესო შეთანხმების ნორმებს გულისხმობს და აღნიშნული მუხლის პირველ ნაწილშია მითითებული. კერძოდ, ეს მოთხოვნაა, რომ შეთანხმება დაიდოს ძალადობის, დაშინების, მოტყუების ან სხვა რაიმე უკანონო დაპირების გარეშე, კვალიფიციური იურიდიული დახმარების მიღების გზით. კანონმდებელი სსსკ-ის 213-ე მუხლის მე-7 ნაწილში აკონკრეტებს ბრალდებულის უფლებას სასამართლოს მიერ საქმის განხილვის დროს განაჩენის გამოტანამდე საპროცესო შეთანხმებაზე უარის თქმის შესახებ.

კონსტიტუციურ უფლებათა ჩამონათვალშია საქმის არსებითი განხილვის მოთხოვნის უფლება ბრალდებულის მიერ.[14] ეს უფლება უკავშირდება ბრალდებულის (განსასჯელის) მიერ სასამართლოში საქმის განხილვის დროს,

[14] საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 8 ოქტომბრის №181 ბრძანება სისხლის სამართლის პოლიტიკის სახელმძღვანელო პრინციპების ზოგადი ნაწილის დამტკიცების შესახებ. სსსკ-ის 213-ე მუხ. მე-7 ნაწ.

განაჩენის გამოსატანად სათათბირო ოთახში გასვლამდე, ნებისმიერ ეტაპზე, საპროცესო შეთანხმებაზე უარის თქმის უფლებას. ისევე, როგორც სისხლის-სამართლებრივი დევნისას, ასევე პროკურორის მიერ საპროცესო შეთანხმების შესახებ წერილობითი შუამდგომლობის მომზადებისა და მისი სასამართლოში შეტანის, სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვის ნებისმიერ ეტაპზე განაჩენის გამოტანამდე ბრალდებულს (განსასჯელს) შეუძლია მოითხოვოს საპროცესო შეთანხმების უარყოფა და სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვა. ბრალდებულის მიერ განაჩენის გამოტანამდე საპროცესო შეთანხმებაზე უარს დამცველის თანხმობა არ სჭირდება.

3. საპროცესო შეთანხმების დამტკიცება და სასამართლოს გადაწყვეტილება

სსსკ-ის 213-ე მუხლში ჩამოთვლილია ის გადაწყვეტილებები, რომლებიც საპროცესო შეთანხმების შესახებ შუამდგომლობის განხილვისას შეიძლება მიიღოს სასამართლომ, კერძოდ:

ა) საქმის არსებითი განხილვის გარეშე გამამტყუნებელი განაჩენი;

ბ) სისხლის სამართლის საქმის პროკურორისათვის დაბრუნება;

გ) გადაწყვეტილება საქმის არსებითი განხილვის თაობაზე.

4. პროკურორი

პროკურორის უფლება ბრალდებულისათვის საპროცესო შეთანხმების შეთავაზების შესახებ (ახალი საპროცესო კოდექსის 166-ე მუხლით დადგენილ სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყებისა და განხორციელების დისკრეციულ უფლებამოსილებასთან ერთად) მოითხოვს სისხლის სამართლის პოლიტიკის პრინციპების ზუსტად დაცვასა და საჯარო ინტერესის დაბალანსებულ გათვალისწინებას პირად კანონიერ ინტერესებთან მიმართებაში (სსსკ-ის მე-12 მუხ. მე-4 ნაწ).

რაც შეეხება სასამართლო პროცესზე პროკურორის მონაწილეობის საკითხს, სასამართლო განხილვაში ის მხარს უჭერს საპროცესო შეთანხმების შესახებ შედგენილ შუამდგომლობას და ამასთან, წარმოადგენს იმ მტკიცებულებებს, რომლებიც საკმარისია დასაბუთებული ვარაუდისათვის, რომ აღნიშნული დანაშაული ამ პირმა ჩაიდინა. პროკურორი გამოთქვამს აზრს სასამართლოს გადასაწყვეტ ყველა საკითხზე. კერძოდ, იმაზე, რომ წარმოდგენილია უტყუარი მტკიცებულებები პირის ბრალის დასადასტურებლად და მოთხოვნილი სასჯელი კანონიერი და სამართლიანია.

5. დაზარალებული

სსსკ-ის 217-ე მუხლის შესაბამისად, დაზარალებულის სასამართლო განხილვაში მონაწილეობის უფლება საპროცესო შეთანხმების შესახებ პროკურორის შუამდგომლობის განხილვისას უგულებელყოფილია. დაზარალებულს, რომელთანაც პროკურორი გადის კონსულტაციას, ატყობინებს მას საპროცესო შეთანხმების დადების შესახებ უკვე მიღებულ გადაწყვეტილებას. დაზარალებულის მოტივირებული პოზიციის მიუხედავად, არ გაფორმდეს შეთანხმება ბრალდებულთან, ის ვერ მონაწილეობს სასამართლო განხილვაში და ვერ ასაჩივრებს საპროცესო შეთანხმების დამტკიცების შესახებ სასამართლოს გადაწყვეტილებას. ასევე, უგულებელყოფილია სასამართლო განხილვაში მისი, როგორც სამოქალაქო მოსარჩელის მონაწილეობა. ამავე დროს, საპროცესო შეთანხმება დაზარალებულს არ ართმევს სარჩელის უფლებას სამოქალაქო სამართალწარმოების წესით.

6. სასამართლო განხილვა და მისი დისკრეციის ფარგლები

სასამართლოს დისკრეცია სასამართლოს ხელისუფლების პრეროგატივაა – მიიღოს გადაწყვეტილება საკუთარი შეხედულების შესაბამისად. ხელისუფლების დანაწილების დოქტრინის მიხედვით, სასამართლოს დისკრეცია მოიაზრება როგორც სასამართლოს დამოუკიდებლობის ერთ-ერთი ასპექტი[15]. ამასთან, სასამართლო დისკრეცია უნდა განხორციელდეს არსებული სამართლის ნორმების ფარგლებში, წინააღმდეგ შემთხვევაში ადგილი ექნება დისკრეციის ბოროტად გამოყენებას.

სასამართლოს დისკრეცია, როგორც სასამართლოს საქმიანობის აუცილებელი კომპონენტი, სასამართლოს უმრავლეს შემთხვევაში აძლევს არჩევანს გაითვალისწინოს საქმის სამართლებრივი გადაწყვეტის რამდენიმე ვარიანტიდან ერთ-ერთი. თუ კანონმდებელი მეტისმეტად შეუზღუდავს სასამართლოს დისკრეციას, ის უკვე ჩაერევა სასამართლოს ფუნქციებში და დაარღვევს ხელისუფლებათა დანაწილების ფუნდამენტურ პრინციპს[16].

სასამართლო განხილვა საპროცესო კოდექსის მე-10 მუხლის მოთხოვნის შესაბამისად, როგორც წესი, ტარდება საჯაროდ და ზეპირად. აღნიშნულს ადასტურებს თვით საპროცესო შეთანხმების თავში არსებული დათქმა 211-ე მუხლის მე-6 ნაწილის სახით, რაც საპროცესო შეთანხმების შესახებ პროკურორის მიერ შედგენილი შუამდგომლობის საჯაროობაზე მიუთითებს. კანონ-

---

[15] Fairlex disctionary – Judicial Discretion - http://encyclopedia.thefreedictionary.com/judicial+discretion.

[16] Kieran Riley, Trial legislature – Why Statutory Mandatory Minimum Sentences Violate The Separation of Powers Doctrine, http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/pilj/vol19no2/documents/19-2RileyNote.pdf.

მდებლობით გამონაკლისია გათვალისწინებული შუამდგომლობის იმ ნაწილთან მიმართებაში, სადაც მითითებულია ბრალდებულის მიერ გამოძიებისათვის მიწოდებული ინფორმაცია. აღნიშნული ინფორმაციის გაცნობის უფლება აქვს შეთანხმებაზე ხელმომწერ მხარეებსა და სასამართლოს, რაც პროცესუალურად დახურული (ნაწილობრივ დახურული) სასამართლო სხდომის პროცედურას ითვალისწინებს.

სასამართლოში საქმე განიხილება საპროცესო შეთანხმების შესახებ პროკურორის მიერ წარმოდგენილ შუამდგომლობაში მითითებული ბრალდების ფარგლებში. სსსკ-ის 213-ე მუხლის მე-6 ნაწილის შესაბამისად, სასამართლო განხილვისას, მოსამართლეს შეუძლია შესთავაზოს მხარეებს საპროცესო შეთანხმების პირობების შეცვლა და, მათი თანხმობს შემთხვევაში, ცვლილებები შეიტანოს შეთანხმებაში.[17]

სასამართლო წარმოებისას საპროცესო კანონმდებლობის წესები შეზღუდულად გამოიყენება საპროცესო შეთანხმების შესახებ პროკურორის შუამდგომლობის განხილვისას. სასამართლო სხდომაზე პროკურორი წარმოადგენს საპროცესო შეთანხმების შესახებ შუამდგომლობას, ან მის არეზოლუციო ნაწილს, რა დროსაც მოსამართლე არკვევს, რომ ბრალდებულსა და პროკურორს შორის არსებული შეთანხმების ყველა პირობა ასახულია წერილობით საპროცესო შეთანხმებაში. სასამართლო ეკითხება ბრალდებულს, ეთანხმება თუ არა საპროცესო შეთანხმებას და აძლევს განმარტებას, რომ უფლება აქვს სასამართლოს მიერ განაჩენის გამოტანამდე, ნებისმიერ მომენტში, უარი თქვას საპროცესო შეთანხმებაზე და რომ მომავალში მის წინააღმდეგ შეუძლებელია გამოყენებულ იქნეს ნებისმიერი ინფორმაცია, რომელსაც იგი მიაწვდის სასამართლოს საპროცესო შეთანხმების განხილვისას[18]. სასამართლო ეკითხება ბრალდებულს, საპროცესო შეთანხმება იყო თუ არა ნებაყოფლობითი, კვალიფიციური იურიდიული დახმარების გაწევის შედეგი; ასევე სამართალდამცავი ორგანოს წარმომადგენლების მხრიდან არ ყოფილა წამება, არაადამიანური ან დამამცირებელი მოპყრობა.

სასამართლო ბრალდებულს განუმარტავს მისთვის წაყენებული ბრალდების არსს, რათა სსსკ-ის 212-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „ა" ქვეპუნქტის შესაბამისად, დარწმუნდეს, რომ ბრალდებული სრულად აცნობიერებს იმ დანაშაულის ხასიათს, რომლის ჩადენაშიც მას ედება ბრალი. იმ შემთხვევაში, თუ საპროცესო შეთანხმების საფუძველია ბრალზე შეთანხმება, მოსამართლე ამოწმებს, რომ ბრალდებული ეთანხმება ბრალის აღიარების შესახებ საპროცესო შეთანხმების ფაქტობრივ საფუძველს და სრულად აცნობიერებს იმ დანაშაულისათვის გათვალისწინებულ სასჯელს, რომლის ჩადენასაც ის აღიარებს. სასამართლო ამოწ-

[17] 2006. 09. 12 კანონი საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში ცვლილებებისა და დამატებების შეტანის შესახებ.

[18] სსსკ-ის 214-მუხ. იხ. შტეფან ტრექსელი, ადამიანის უფლებები სისხლის სამართლის პროცესში 2009, გვ. 141; www.alpe.ge.

მებს ჩადენილი დანაშაულისათვის გათვალისწინებული სასჯელის სიმძიმეს და შუამდგომლობაში პროკურორის მიერ მოთხოვნილ სასჯელს. კანონმდებლის მოთხოვნა 213-ე მუხლის მე-4 ნაწილში, მოსამართლის მიერ პროკურორის მოთხოვნილი სასჯელის კანონიერებისა და სამართლიანობის შემოწმებაზე, ერთ-ერთი მცდელობაა მოსამართლის დისკრეციული უფლებამოსილებების რეალურობისა – გადაწყვეტილების მიღებისას იყოს დამოუკიდებელი და ფორმალურად არ დაადასტუროს საპროცესო შეთანხმებაში მოთხოვნილი სასჯელი. სასამართლოს მიერ სავალდებულოა ბრალდებულის საბოლოო პოზიციის შემოწმება[19] გადაწყვეტილების მისაღებად.

სსსკ-ის 213-ე მუხლის მე-5 ნაწილის საფუძველზე, საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანის თაობაზე პროკურორის შუამდგომლობის განხილვისას, შეიძლება გამოტანილ იქნეს გამამტყუნებელი განაჩენი, რომელიც შეიცავს სასამართლოს გადაწყვეტილებას ბრალდებულის დამნაშავედ ცნობის შესახებ. საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენი დგინდება და ცხადდება საქართველოს სახელით. სასჯელისაგან გათავისუფლების შემთხვევა უნდა აღინიშნოს განაჩენის სარეზოლუციო ნაწილში.

საპროცესო კოდექსი საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანისას არ აკეთებს სპეციალურ დათქმას 259-ე მუხლის პირველი ნაწილის იმპერატიულ დებულებასთან მიმართებაში – განაჩენის კანონიერების, დასაბუთებულობისა და სამართლიანობის სავალდებულოობის კუთხით. ნათელია, რომ აღნიშნული დებულება არ არის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის ზოგადი ნაწილს ნორმა, მაგრამ ვფიქრობთ, სასამართლოსთვის განაჩენის დადგენისას ზოგადი და იმპერატიული მოთხოვნაა. თანაც, საპროცესო შეთანხმების თავში კანონმდებელმა, სსსკ-ის 212-ე მუხლის მე-4 ნაწილში, სასამართლო დაავალდებულა განაჩენის დადგენისას საპროცესო შეთანხმებაში მოთხოვნილი სასჯელის კანონიერებისა და სამართლიანობის შემოწმებაში. ვფიქრობთ, ამ საგამონაკლისო შემთხვევაში კანონმდებელი სასჯელის კანონიერებისა და სამართლიანობის შეზღუდულ განმარტებას გვერდს ვერ აუვლის და დანიშნული სასჯელის მსჯავრდებულის პიროვნებასთან და მის მიერ ჩადენილი დანაშაულის სიმძიმესთან შესაბამისობის კრიტერიუმს მოიაზრებს.

საქმის არსებითი განხილვის გარეშე სასამართლო გადაწყვეტილების მეორე სახეა – საქმის დაბრუნება პროკურატურისათვის. საქმეში ბრალდების დამადასტურებელი საკმარისი მტკიცებულებების არარსებობა არის ერთ-ერთი საფუძველი პროკურორის წარმოდგენილ შუამდგომლობაზე სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანის თაობაზე უარის თქმისათვის. საქმის პროკურორისთვის უკან დაბრუნება, ვფიქრობთ, არ ართმევს მხარეებს უფლებას სხვა საფუძვლითა და ახალი პირობებით ხელახლა მიაღ-

---

[19] სსსკ-ის 213-ე მუხლის მე-7 ნაწილით გათვალისწინებული საპროცესო შეთანხმებაზე უარის თქმის უფლება.

წიონ საპროცესო შეთანხმებას.

საპროცესო შეთანხმების დასადებად საკმარისი არ არის მხოლოდ მხარეთა (ბრალდებული, მისი დამცველი და ბრალმდებელი) შორის შეთანხმება, იქნება ეს ბრალზე თუ სასჯელზე გარიგებით, ან სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლების მოთხოვნით. ამასთან, საქმეში უნდა არსებობდეს ბრალდების დამადასტურებელი უტყუარი/საკმარისი მტკიცებულებანი. ასეთის არარსებობის შემთხვევაში სასამართლო წარმოდგენილ შეთანხმებას კანონის მოთხოვნათა დარღვევით მიღებულად ჩათვლის. მაგრამ თუ კანონის დარღვეული მოთხოვნები (მაგ., უსამართლო, ზედმეტად მკაცრი ან მსუბუქი სასჯელი) შეიძლება მხარეთა მიერ საპროცესო შეთანხმების პირობების შეცვლით აღმოიფხვრას, სასამართლო ამ შესაძლებლობას გამოიყენებს და შეცვლილი პირობებით დაამტკიცებს შეთანხმებას. წინააღმდეგ შემთხვევაში იგი საქმეს უბრუნებს პროკურორს (სსსკ-ის 213-ე მუხ. მე-5 ნაწილი). რაც შეეხება საპროცესო გადაწყვეტილების სახეს, ან ფორმას პროკურატურისათვის საქმის უკან დაბრუნების თაობაზე, ამის შესახებ საპროცესო კოდექსის სპეციალურ თავში არაფერია მითითებული. სსს კოდექსის 213-ე მუხლში 2011 წლის კანონით შეტანილი ცვლილება, რომლითაც შეიქმნა შესაძლებლობა მოსამართლემ საპროცესო შეთანხმების დამტკიცებაზე უარის შემთხვევაში საქმე არსებითი განხილვისათვის წარიმართოს – კანონით დადგენილი წესით – სიახლეა და პროკურორისათვის საქმის დაბრუნების რისკს ამცირებს.

7. საქმის არსებითი განხილვის გარეშე სასამართლოს მიერ გამოტანილი განაჩენის გასაჩივრება

საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში, 2005 წლის 25 მარტის საკანონმდებლო ცვლილებით შესაძლებელი გახდა საპროცესო შეთანხმების დამტკიცების შესახებ სასამართლო განაჩენის გასაჩივრება.[20] მიუხედავად ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის შესახებ ევროპული კონვენციის მე-7 ოქმის[21] მე-2 მუხლის მოთხოვნისა, რომ დანაშაულის ჩადენისათვის მსჯავრდებულს აქვს უფლება მსჯავრდება ან მისთვის დანიშნული სასჯელი გადასინჯოს ზემდგომი ინსტანციის სასამართლომ, კანონმდებელმა განაჩენის გასაჩივრების საერთო წესზე უარი თქვა და დააწესა შეზღუდვები საქმის არსებითი განხილვის გარეშე საპროცესო შეთანხმების დამტკიცების შესახებ განაჩენის გასაჩივრებისათვის. კერძოდ, სსსკ-ის 215-ე მუხლის მესამე ნაწილით, საპროცესო შეთანხმების დამტკიცების შესახებ განაჩენი შეიძლება

[20] სსსკ-ის 679[6]-ე მუხლი-2009 წლის 9 ოქტომბრის საპროცესო კოდექსის ამოქმედებამდე არსებული რედაქციით. იხ. „საერთაშორისო გამჭვირვალობა“ საქართველოს პროექტი „საპროცესო შეთანხმება“ 2010 წ.

[21] Protocol №7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

გასაჩივრდეს, თუ: საპროცესო შეთანხმება დაიდო მოტყუებით; ბრალდებულს შეეზღუდა დაცვის უფლება; შეთანხმება დაიდო იძულებით, ძალადობით, მუქარით ან დაშინებით; საქმის განმხილველმა სასამართლომ უგულებელყო ამ თავით გათვალისწინებული არსებითი მოთხოვნა. აღნიშნული საფუძვლებით განაჩენის გასაჩივრების უფლება აქვს მხოლოდ მსჯავრდებულს. რაც შეეხება პროკურორს, მას უფლება აქვს ზემდგომ სასამართლო ინსტანციაში წარადგინოს საჩივარი საპროცესო შეთანხმების დამტკიცების შესახებ სასამართლოს განაჩენის გაუქმების თაობაზე მხოლოდ მაშინ, თუ მსჯავრდებულმა დაარღვია საპროცესო შეთანხმებაში ასახული პირობა.[22] როგორც მსჯავრდებულის, ასევე პროკურორის საჩივრის დაკმაყოფილების შემთხვევაში, განაჩენი უქმდება და სისხლის სამართლის საქმე უბრუნდება პროკურორს.[23]

სასამართლოს მიერ საპროცესო შეთანხმების დამტკიცების შესახებ განაჩენის გაუქმების შემთხვევაში, ბრალდებულის მიერ მიცემული ჩვენების მის საწინააღმდეგოდ გამოყენება დაუშვებელია. აღნიშნული ნორმა მყარი გარანტიაა ბრალდებულისათვის არა მხოლოდ სასამართლოს მიერ განაჩენის გაუქმებისას, არამედ ზოგადად საპროცესო შეთანხმებაზე უარის განცხადებისას (სსსკ-ის 214-ე მუხ.).

8. ბრალდებულის სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლება

სსსკ-ის 218-ე მუხლის სახით შემოტანილი დათქმა (ბრალდებულის სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლება) საპროცესო კანონმდებლობაში 2005 წლის 25 მარტის კანონით დამკვიდრდა. მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული ნორმა საპროცესო შეთანხმების თავში მოიაზრება, აშკარად ჩანს, რომ საპროცესო შეთანხმების როგორც ბრალზე, ისე სასჯელზე შეთანხმების შემთხვევისგან განსხვავებულ მოდელზე – ბრალდებულსა და ბრალმდებელს შორის სპეციალურ საპროცესო ურთიერთობასთან გვაქვს საქმე.[24]

მითითებული დებულების გაანალიზებით მივდივართ დასკვნამდე, რომ საპ-

[22] სსსკ-ის 215-ე მუხლის მე-4 ნაწილი.

[23] რაც შეეხება სსსკ-ის 215-ე მუხლის მე-4 ნაწილით პროკურორის მიერ განაჩენის გასაჩივრების უფლებას, თუ მსჯავრდებულმა დაარღვია საპროცესო შეთანხმებაში ასახული პირობა, შეეხება სსსკ-ის 218-ე მუხლით გათვალისწინებულ ერთადერთ, განსაკუთრებულ შემთხვევას, როცა ბრალდებული საგამოძიებო ორგანოებთან თანამშრომლობს და ბრალდებასა და ბრალდებულს შორის რაიმე პირობაზეა შეთანხმება. სხვა მხრივ, ბოლო საკანონმდებლო ცვლილებით საპროცესო შეთანხმების მიღწევას როგორც ბრალზე, ისე სასჯელზე შეთანხმებისას კანონმდებლობით გათვალისწინებული არავითარი პირობის დათქმა არ სჭირდება, რომლის შემდგომი შეუსრულებლობა განაჩენის გაუქმების საკითხს წამოჭრიდა.

[24] კერძოდ: „განსაკუთრებულ შემთხვევებში, როდესაც ბრალდებულის საგამოძიებო ორგანოებთან თანამშრომლობის შედეგად გამოვლინდა თანამდებობის პირის ან/და განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის ჩამდენი პირის ვინაობა და მისი უშუალო ხელშეწყობით შეიქმნა ამ დანაშაულის გახსნისათვის არსებითი პირობები, საქართველოს მთავარი პროკურორის შუამდგომლობით, სასამართლოს შეუძლია პირი გაათავისუფლოს სასჯელისაგან“.

როცესო შეთანხმებაში იგულისხმება თანამშრომლობის (რა დროსაც ბრალდებულის/მსჯავრდებულის საგამოძიებო ორგანოებთან თანამშრომლობის დროს გაირკვა დანაშაულის ჩამდენი თანამდებობის პირის ან/მძიმე ან განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის ჩამდენი პირის ვინაობა და მისი უშუალო ხელშეწყობით იქმნება ამ დანაშაულის გახსნისათვის არსებითი პირობები) განსაკუთრებული შემთხვევა, რასაც არც ბრალზე და არც სასჯელზე შეთანხმების დღევანდელი კანონის რედაქცია არ მოითხოვს და პროკურორი მიიღებს გადაწყვეტილებას ბრალდებულის სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლების შესახებ, შეთანხმებით სასამართლოსათვის მიმართვის თაობაზე. სსსკ-ის 218-ე მუხლის შესაბამისად, ბრალდებულის პასუხისმგებლობისაგან ან სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლების შესახებ შეთანხმებას მთავარი პროკურორი დასამტკიცებლად წარუდგენს სასამართლოს.

ბრალდებულის პასუხისმგებლობისაგან ან სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლების შესახებ სსს კოდექსის 218-ე მუხლის მე-3 ნაწილით შეთანხმების პირობებია: საჯარო ინტერესი, ბრალდებულისა/ მსჯავრდებულის მიერ ჩადენილი ქმედების სიმძიმე და ბრალეულობის ხარისხი. შეთანხმების დადება მხოლოდ იმ შემთხვევაშია შესაძლებელი, როდესაც თანამშრომლობის არსებობისას დანაშაულის გახსნის საჯარო ინტერესი აღემატება პირის პასუხისგებაში მიცემის ან მისთვის სასჯელის დაკისრების, ან მის მიერ სასჯელის მოხდის ინტერესს. საჯარო ინტერესის ტესტის ასახსნელად უნდა დავეყრდნოთ სისხლის სამართლის პოლიტიკის სახელმძღვანელო პრინციპების ზოგად ნაწილს, რომელიც პროკურორის დისკრეციული უფლებამოსილების ფარგლებს განმარტავს კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტის სახით.[25]

IV. საქართველოს ახალი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი და საპროცესო შეთანხმება

2009 წლის 9 ოქტომბერს საქართველოს პარლამენტის მიერ მიღებული ახალი სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობა, რომელიც 2010 წლის 1 ოქტომბერს ამოქმედდა, სამართლიანი პროცესისა და სწრაფი მართლმსაჯულების პრინციპს ბრალდებულის მთავარ და თანაბარ უფლებათა რანგში წარმოაჩენს. სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-8 მუხლის შესაბამისად, ბრალდებულს აქვს სამართლიანი პროცესის უფლება და ასევე, ბრალდებულს აქვს სწრაფი მართლმსაჯულების უფლება.

ახალი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი საბოლოოდ ადასტურებს რომანულ-გერმანული და საერთო სამართლის სისტემების დაახლოების ტენ-

[25] საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 8 ოქტომბრის №181 ბრძანება სისხლის სამართლის პოლიტიკის სახელმძღვანელო პრინციპების ზოგადი ნაწილის დამტკიცების შესახებ.

დენციას, ამერიკული საპროცესო კანონმდებლობის მოდელის ძლიერ გავლენას და საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტს ამერიკული საპროცესო სამართლის ორი მახასიათებლის გათვალისწინებით წარმოადგენს. კერძოდ, ძირითადი სასამართლო სხდომის დაწყებამდე წინასწარ სხდომაზე ბრალდებულის წარდგენა, სადაც მას დამნაშავედ ცნობის შემთხვევაში „arrangement"-ს სთავაზობენ, რაც აღიარებულ ბრალდებათა აღნუსხვას ნიშნავს, ან ბოლო „nolo contendere-ს" დამტკიცებას, რაც ნიშნავს, რომ ბრალდებული არ ეწინააღმდეგება წაყენებულ ბრალდებას და სასჯელის შემსუბუქებით გამამტყუნებელი განაჩენის გამოტანას.[26]

სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობა, რომელიც ითვალისწინებს დაკავებული ბრალდებულის პირველ წარდგენას 48 საათში მაგისტრატ მოსამართლესთან[27], იმპერატიულად ითხოვს მოსამართლისაგან საპროცესო შეთანხმების დადების შესაძლებლობის საკითხის გარკვევას და, მხარეთა თანხმობის შემთხვევაში, გადაწყვეტილების მიღებას. ამ ეტაპზე საპროცესო შეთანხმების შესახებ გადაწყვეტილების მიუღებლობა მხარეებს არ ართმევს უფლებას საქმის სასამართლოში განხილვის ეტაპზე, სასამართლო კამათის დაწყებამდე გამოიყენოს საპროცესო შეთანხმება.

ახალი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით გათვალისწინებული საპროცესო შეთანხმების XXI თავი საპროცესო შეთანხმების არსს არ ცვლის, თუმცა მას მოქმედებისათვის შეუზღუდავ გარემოს სთავაზობს. კერძოდ, დაზარალებულს ართმევს სისხლის სამართალწარმოებაში სამოქალაქო სარჩელის უფლებას და საპროცესო შეთანხმების შესახებ მხოლოდ შეტყობინებას აძლევს.

ამასთანავე, სიახლეს წარმოადგენს ის, რომ პროკურორი წინასწარ, საპროცესო შეთანხმების დადებამდე, კონსულტაციას გადის დაზარალებულთან, თუმცა აღნიშნული კონსულტაციის შედეგები პროკურორს გადაწყვეტილების შეცვლას არ ავალდებულებს.

ასევე, ახალი საპროცესო კოდექსი არ იხსენიებს მანამდე მოქმედი საპროცესო კანონმდებლობით გათვალისწინებულ სასამართლო გამოძიების გაუქმების ან შეკვეცის კონტინენტურ მოდელს.[28] ახალი კოდექსით, ბრალდებულის მიერ ბრალეულად თავის ცნობის შედეგია „plea bargaining" (საპროცესო შეთანხმება). ბრალდებული ცალმხრივად, საკუთარი დანაშაულის აღიარების სანაცვლოდ (სასჯელის შემცირების მიზნით), უთანხმდება პროკურატურას ბრალდების მოცულობის თაობაზე.[29]

---

[26] ჟან პრადელი შედარებითი სისხლის სამართალი, მოკლე კურსი მეც. რედაქტორი თ. ნინიძე, გამომცემლობა „სანი", 1999, გვ. 141, 397.

[27] სსსკ-ის 197-ე მუხლი.

[28] 2010 წლის 1 ოქტომბრამდე მოქმედი სსს კოდექსის 473-ე მუხლი.

[29] საპროცესო შეთანხმება, ახალი საპროცესო კოდექსით, შეგვიძლია განვიხილოთ ყოველგვარ შეთანხმებად, რომლის შედეგად ბრალდებული თანხმდება ბრალის აღიარებას, ხოლო ბრალმ-

მნიშვნელოვანია ის გარემოება, რომ ახალი საპროცესო კანონმდებლობით, 2010 წლის 1 ოქტომბრიდან ამოქმედებულია ნაფიც მსაჯულთა სასამართლო. კანონით საპროცესო შეთანხმების არსებობის შესახებ ნაფიცი მსაჯულების ინფორმირება სავალდებულოა.[30] ივარაუდება, რომ შეერთებული შტატების მსგავსად, საპროცესო გარიგება უნდა გამოიყენებოდეს ნაფიც მსაჯულთა სასამართლო განხილვის თავიდან ასაცილებლად. თუმცა, ის ფაქტი, რომ 2004 წლიდან საქართველოში ზედმეტად ეფექტურად ამოქმედებული „გარიგების" ინსტიტუტი მაღალი პროცენტული მაჩვენებლებით (სავარაუდოდ, საქმეთა 90% მეტი) მიიჩნევა ბრალდებულის მიერ გავლენის ქვეშ მიღებულ გადაწყვეტილებად, დადოს საპროცესო შეთანხმება, რომელიც გამომდინარეობს მსჯავრდებების მაღალი რიცხვიდან და სასამართლოს მიმართ არსებული ნაკლები ნდობით, რომ სახეზე იქნება სამართლიანი განხილვა,[31] ნამდვილად ვერ აქცევს ამ ინსტიტუტს ნაფიც მსაჯულთა სასამართლოს საპირწონედ.[32]

დებელი ან თანხმდება შეთანხმების ბრალდებულისეულ პირობას ან ცვლის მას. პრაქტიკული თვალსაზრისით შეთანხმება შეეხება: 1. ბრალდებას (კვალიფიკაციის შეცვლა, გარკვეულ ბრალდებათა გამორიცხვა ან პირობას, არ მოხდეს არსებითი სასამართლო განხილვა დანაშაულისათვის, რომლის თაობაზე სამხილების მოპოვება შესაძლებელია, ან დაპირება, არ აღიძრას საქმე ბრალდებულის მეგობრების ან ოჯახის წინააღმდეგ); 2. განაჩენს (ბრალმდებლის დაპირება, არ დაუპირისპირდეს დაცვის მიერ შემოთავაზებულ გადაწყვეტილებას, წარუდგინოს ბრალდებული მოსამართლეს); 3. დანაშაულის შემადგენელ ქმედებებს (დაპირება სხდომის დროს იმ ფაქტების გაუმჟღავნებლობისა, რომლებიც მოსამართლემ შესაძლოა დამამძიმებელ გარემოებად ჩათვალოს, მაგალითად, არ მოხდეს წარსული ნასამართლობის ფაქტის გამხელა.

[30] plea bargaining-ის პრინციპის კრიტიკისას საერთო სამართალში ხშირად მიუღებელ გარიგებად მოიხსენიებენ. რამდენადაც უმეტეს შემთხვევაში ბრალდებული ბრალს აღიარებს და თავს დამნაშავედ ცნობს გარკვეული უპირატესობის მიღების მიზნით. ვაჭრობის შედეგები იცვლება მხარეთა მოხერხებულობის მიხედვით. 1998 წელს მიღებული საპროცესო კოდექსით გათვალისწინებული (სსსკ-ის 473-ე მუხ.) შეკვეცილი სამართალწარმოების მოდელის უარყოფა ახალ საპროცესო კანონმდებლობასა და მატერიალურ სისხლის სამართალში არსებული (სსკ-ის 45-ე მუხლი სასჯელის დანიშვნა შემამსუბუქებელ გარემოებათა არსებობისას) წამახალისებელი ნორმების გამოუყენებლობა თუ კონკურენტუნარობა – საპროცესო შეთანხმების ამერიკულ მოდელს გამოყენების დიდ შანსს აძლევს. დღეს შეიძლება ითქვას, რომ ჩრდილოეთ ამერიკის მსგავსად, საქართველოს სამართალწარმოება ვერ იარსებებს ამ პრაქტიკის გარეშე. უეჭველია, რომ გამამტყუნებელ განაჩენთა დაახლოებით 80% საპროცესო შეთანხმების შედეგი იქნება.

[31] Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee) Honouring of obligations and commitments by Georgia 2011.

[32] შტეფან ტრექსელი, ადამიანის უფლებები სისხლის სამართლის პროცესში, თბილისი, 2009, გვ. 141.

V. დასკვნები ახალ საპროცესო კოდექსში საპროცესო შეთანხმებასთან დაკავშირებით

სამართლებრივი ეფექტები, რაც საპროცესო შეთანხმების, ე.ი. ბრალმდებელსა და ბრალდებულს შორის მოლაპარაკების ქართულ მოდელს უნდა ახასიათებდეს, სამართლიანი პროცესის იდეის სწრაფი მართლმსაჯულების გზით უზრუნველყოფას გულისხმობს საჯარო ინტერესის გათვალისწინებით. საკანონმდებლო ანალიზის შედეგად შეიძლება დავასკვნათ, რომ საპროცესო შეთანხმების შესახებ კანონის როგორც ძველი, ისე ახალი რედაქცია ერთმანეთისაგან არსებითად არ განსხვავებდება.

ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლი – სამართლიანი სასამართლო განხილვის შემადგენელი შეჯიბრებითი პროცესის უფლებას, მხარეთა თანასწორობასა და სამართლიანობის სხვა პრობლემურ ასპექტებს შორის (Nullum judicium sine lege, დანაშაულის პროვოცირების, არასასამართლო ხელისუფლების ჩარევის და ა.შ.) მხარეთა მორიგების „იძულების" პრობლემას გამოყოფს.

საპროცესო შეთანხმება საქართველოს საპროცესო კანონმდებლობაში 2004 წლის 13 თებერვლის კანონით დამკვიდრდა და სამართალწარმოებაში მანამდე არსებულ გამარტივებულ, ანუ შეკვეცილ წარმოებას (1998 წლის სსსკ-ის 473-ე მუხ.) სერიოზული კონკურენცია გაუწია.

მოქმედი საპროცესო კანონმდებლობა სამართლიანი პროცესისა და სწრაფი მართლმსაჯულების პრინციპის დაცვით (სსსკ მე-8 მუხ.) აღიარებს ბრალდებულის უფლებას სწრაფ მართლმსაჯულებაზე. ქართული სისხლის სამართლის კანონმდებლობა არ შეიცავს რაიმე შეზღუდვას დამნაშავის ან/და დანაშაულის კატეგორიების მიხედვით და საპროცესო შეთანხმების გამოყენებას გამარტივებული სამართალწარმოების ფორმით გვთავაზობს როგორც ნაკლებად მძიმე ისე, მძიმე და განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის ჩამდენი სრულწლოვანი და არასრულწლოვანი ბრალდებულისა და მსჯავრდებულის მიმართ.

საპროცესო შეთანხმება საქართველოს საპროცესო კანონმდებლობაში 2004 წლის 13 თებერვლის კანონით დამკვიდრდა და სამართალწარმოებაში მანამდე არსებულ გამარტივებულ, ანუ შეკვეცილ წარმოებას (1998 წლის სსსკ-ის 473-ე მუხ.) სერიოზული კონკურენცია გაუწია.

სტრასბურგის სასამართლოს პრეცედენტული გადაწყვეტილებების შესაბამისად, სასამართლო მიიჩნევს, რომ შეკვეცილი სამართალწარმოება ევროპულ კონვენციის მე-6 მუხლთან შესაბამისობაშია, თუ მორიგებაზე დათანხმება უფლებაზე უარის თქმის ტოლფასია. მაგრამ ასეთი პროცედურები ხშირია ნაკლებად მძიმე დანაშაულებთან მიმართებაში და მათ ბრალდებულისათვის სარგებლის მოტანაც შეუძლია. თუმცა, მნიშვნელოვანია, რომ უფლებაზე უარის თქმა ნებაყოფლობით განხორციელდეს, რაც გულისხმობს ბრალდებულზე/მსჯავრდებულზე არაჯეროვანი ზეწოლის დაუშვებლობას საპროცესო შეთანხმებაზე მისი დათანხმების მიზნით.

საპროცესო შეთანხმების ქართული მოდელის გაუმჭვირვალე პროცესი სისხლისსამართლებრივი დევნის ეტაპზე ბრალდმდებელსა და ბრალდებულს შორის მორიგების მთელი პერიოდის განმავლობაში ბრალდებულისათვის სარგებლის მოტანას, საჯარო ინტერესის დაკმაყოფილების გზით – ვერ უზრუნველყოფს.

ახალი საპროცესო კანონმდებლობა ზოგადსაპროცესო პრინციპების გათვალისწინებით უფრო მეტად თავსებადია საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტთან, თუმცა უხარვეზო მაინც არ არის.

გამოიკვეთა რამდენიმე სერიოზული ხარვეზი მოქმედი საპროცესო შეთანხმების ნორმების პრაქტიკაში არასწორი ინტერპრეტაციის შესახებ, რაც, უდავოდ, მოითხოვს საკანონმდებლო ცვლილებებს ახალ საპროცესო კოდექსში. კერძოდ, მხარეთა თანასწორობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპიდან გადახვევისას, ანუ საპროცესო შეთანხმებით სწრაფი მართლმსაჯულების განხორციელებისას სამართლიანი პროცესის უზრუნველსაყოფად, კანონმდებლობაში მეტი გარანტიები უნდა იყოს შემოთავაზებული. ახალი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-8 მუხლი[33] (სამართლიანი პროცესი და სწრაფი მართლმსაჯულება) შეზღუდულად განმარტავს შეკვეცილი წარმოებისას სამართლიანი პროცესის უფლებას, რაც უნდა დაზუსტდეს და შეივსოს ამავე კოდექსის XXI თავში (საპროცესო შეთანხმება) მოცემულ დებულებებთან შესაბამისობაში.

საპროცესო კოდექსის 211-ე მუხლის (სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანის თაობაზე შუამდგომლობის ფორმა) I ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტში[34] მითითებული დასაბუთებული ვარაუდი, რომელიც მტკიცებულებით სტანდარტს წარმოადგენს სისხლისსამართლებრივი დევნის ეტაპზე საპროცესო შეთანხმების დასამტკიცებლად და ასევე, 213-ე მუხლის მე-4 ნაწილით[35] გათვალისწინებული ბრალის დამადასტურებელი უტყუარ მტ-

---

[33] საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი (2010 წლის 9 ოქტომბრის რედაქცია) მუხლი მე-8 (სამართლიანი პროცესი და სწრაფი მართლმსაჯულება): „1. ბრალდებულს (მსჯავრდებულს, გამართლებულს) აქვს სამართლიანი პროცესის უფლება. 2. ბრალდებულს აქვს უფლება სწრაფი მართლმსაჯულებისა ამ კოდექსით დადგენილ ვადებში. პირს უფლება აქვს, უარი განაცხადოს ამ უფლებაზე, თუ ეს აუცილებელია დაცვის სათანადოდ მომზადებისთვის.“

[34] საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი (2010 წლის 9 ოქტომბრის რედაქცია) მუხლი 211-ე (სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანის თაობაზე შუამდგომლობის ფორმა), I ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტი: „მტკიცებულებები, რომლებიც საკმარისია დასაბუთებული ვარაუდისათვის, რომ აღნიშნული დანაშაული ამ პირმა ჩაიდინა“.

[35] საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი (2010 წლის 9 ოქტომბრის რედაქცია) მუხლი 213-ე (სასამართლოს გადაწყვეტილება სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანის თაობაზე), მე-4 ნაწილი: „თუ სასამართლო მიიჩნევს, რომ წარმოდგენილია უტყუარი მტკიცებულებანი პირის ბრალის დასადასტურებლად, ხოლო მოთხოვნილი სასჯელი კანონიერი და სამართლიანია, მას გამოაქვს განაჩენი სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვის გარეშე“.

კიცებულებათა სტანდარტი, არ არის შესაბამისობაში ამავე კოდექსის მე-3 მუხლის მე-12 (ალბათობის მაღალი ხარისხი) და მე-13 (გონივრულ ეჭვს მიღმა) ნაწილებით გათვალისწინებულ სტანდარტთან.[36]

საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტმა ეჭვქვეშ დააყენა მოსამართლის დისკრეციულ უფლებამოსილება – დანიშნოს სასჯელი სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილის შესაბამისი მუხლით დადგენილ ფარგლებში და ამავე კოდექსის ზოგადი ნაწილის დებულებათა გათვალისწინებით. პროკურატურის უფლებამოსილება – საპროცესო შეთანხმებისას მოითხოვოს სასჯელის შემცირება (სსსკ-ის 210-ე მუხ. II ნაწ.), ფართოდ განიმარტა სასამართლო პრაქტიკაში და პროკურორმა შეძლო მოსამართლის დისკრეციის შეზღუდვა იმგვარად, რომ არ შემოიფარგლა სასჯელის შემცირებაზე ზოგადი მოთხოვნით, ანუ რეკომენდაციით. პირიქით, დამკვიდრდა მცდარი პრაქტიკა შუამდგომლობაში სასჯელის ზომის შემცირების სასურველი კომბინაციის მოთხოვნის შესახებ (მაგ., ვადიანი თავისუფლების აღკვეთის კონკრეტული ზომა, დანიშნული სასჯელის მთლიანად ან ნაწილობრივ პირობით ჩათვლა და/ან დამატებით სასჯელად ფულადი ჯარიმის სოლიდური ოდენობა). საპროცესო კოდექსის 213-ე მუხლის მე-3 ნაწილში არსებული დებულების მიუხედავად, რაც მოსამართლეს ავალდებულებს დისკრეციული უფლებამოსილების ფარგლებში შეამოწმოს შუამდგომობაში მითითებული სასჯელის სამართლიანობა და კანონიერება, დღემდე დაუძლეველია და ფორმალურ ჩანაწერად რჩება.

საპროცესო კოდექსის 211-ე მუხლის მე-4 ნაწილი ითვალისწინებს სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანის თაობაზე შუამდგომლობაში პირდაპირ მითითებას სასჯელის სახედ საზოგადოებისათვის სასარგებლო შრომის გამოყენების შესახებ, რა დროსაც მითითება საზოგადოებისათვის სასარგებლო შრომის მთლიანი ვადა. სსსკ-ის 213-ე მუხლის მე-4 ნაწილის დებულება პროკურორის მიერ საპროცესო შეთანხმების შესახებ შუამდგომლობაში მოთხოვნილი სასჯელის კანონიერებასა და სამართლიანობის შემოწმებაზე შეუძლებელია, ვინაიდან მოსამართლე ვერ ერევა საპროცესო შეთანხმების პირობების შეცვლაში და მხოლოდ სთავაზობს მხარეებს საპროცესო შეთანხმების პირობების შეცვლას, რაც ზემდგომ პროკურორთან შეთანხმების შედეგად წყდება. მოსამართლე სასჯელის ინდივიდუ-

---

[36] საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი (2010 წლის 9 ოქტომბრის რედაქცია) მუხლი მე-3 (ძირითად ტერმინთა განმარტება ამ კოდექსის მიზნებისთვის), მე-12 ნაწილი: „ალბათობის მაღალი ხარისხი – წინასასამართლო სხდომაზე წარმოდგენილ მტკიცებულებათა ერთობლიობა, რომელიც დამაკმაყოფილებელია სხდომის მოსამართლისათვის, რათა ვარაუდის მაღალი ხარისხით იქნეს გამოტანილი გამამტყუნებელი განაჩენი", მე-13 ნაწილი: „გონივრულ ეჭვს მიღმა – სასამართლოს მიერ გამამტყუნებელი განაჩენის გამოტანისათვის საჭირო მტკიცებულებათა ერთობლიობა, რომელიც ობიექტურ პირს დაარწმუნებდა პირის ბრალეულობაში".

ალიზაციის ფორმალური უფლებით ვერ უზრუნველყოფს სასჯელის სამართლიანობას და საქმეს უბრუნებს პროკურორს, ნაცვლად თავისი დისკრეციული უფლებამოსილების განხორციელებისა – დანიშნოს სასჯელი სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილის შესაბამისი მუხლით დადგენილ ფარგლებში და სისხლის სამართლის კოდექსის ზოგადი ნაწილის დებულებათა გათვალისწინებით.

ამასთან, სასამართლოს მიერ „უტყუარი მტკიცებულებითი სტანდარტი" პირის ბრალის დასადასტურებლად არ ეთანხმება „გონივრულ ეჭვს მიღმა" მტკიცებულებით სტანდარტს, რაც გამამტყუნებელი განაჩენის დადგენის საპროცესო სტანდარტია. ამდენად, სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანისას ბრალის დამადასტურებელი „უტყუარი მტკიცებულებითი" სტანდარტით, რომლის განმარტება კანონმდებლობაში არ არსებობს, დამაფიქრებელია და მოსამართლის დისკრეციასთან წინააღმდეგობაშია. ვფიქრობთ, საპროცესო კანონმდებლობის ზოგიერთი დებულების სწორი საკანონმდებლო ფორმულირება მოგვცემს შესაძლებლობას შევცვალოთ არსებული სასამართლო პრაქტიკა.

გამარტივებული, ანუ შეკვეცილი სამართალწარმოება მოსამართლის დისკრეციულ უფლებამოსილებას არ ეწინააღმდეგება. თუმცა, საპროცესო შეთანხმების ქართული მოდელი, ანუ „მორიგების" იძულება სასამართლოს ფორმალურად აძლევს დისკრეციას პროკურორის მიერ შედგენილი საპროცესო შეთანხმების შუამდგომლობა დაადასტუროს ან უარყოს და არსებითად ვერ მიიღოს მონაწილეობა საპროცესო შეთანხმების პირობების განსაზღვრისას. ასევე, ვერ შეამოწმოს დეტალურად, რომ ბრალდებულის მიერ სამართლიან სასამართლო უფლებაზე უარის თქმა ნებაყოფლობით განხორციელდა[37] და რომ ამ გზით საჯარო ინტერესი დაკმაყოფილდა. ამერიკული კონვენცია მკაფიოდ აწესრიგებს საპროცესო შეთანხმების პროცედურას, როდესაც აცხადებს, რომ „ბრალდებულის მიერ ბრალის აღიარება ნამდვილია მხოლოდ მაშინ, თუ ის არ წარმოადგენს იძულების შედეგს (ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონცენცია მე-8 (3) მუხლი). საქართველოში საპროცესო შეთანხმება ხშირად იდებოდა იმის გამო, რომ ბრალდებულს ეშინოდა უსამართლო მსჯავრდებისა და მკაცრი სასჯელისა. ცხადია, რომ იძულების სხვადასხვა ხარისხი ფიქსირდებოდა დანაშაულის სიმძიმისა და კატეგორიების მიხედვით.[38]

საქართველოს საპროცესო კანონმდებლობამ უნდა განსაზღვროს კონკრეტულად რომელი კატეგორიის დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაშია შესაძლებელი ბრალდებულთან საპროცესო შეთანხმების დადება.[39] ასევე უნდა და-

---

[37] შტეფან ტრექსელი ადამიანის უფლებები სისხლის სამართლის პროცესში, 2009, გვ. 142, 192 www.alpe.ge.

[38] ევროსაბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების გამარტივების შესახებ (1987).

[39] საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის (2010 წლის 9 ოქტომბრის

კონკრეტდეს საპროცესო შეთანხმების დადების უფლება თანამონაწილეობით და ჯგუფურ დანაშაულებში მონაწილე ბრალდებულთა მიმართ.[40] აღნიშნული საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტის საქართველოში დამკვიდრების მოტივაციას (ბრძოლა ორგანიზებული დანაშაულის წინააღმდეგ, სწრაფი და ეკონომიური მართლმსაჯულება) უფრო დამაჯერებელს გახდის.

მოქმედი საპროცესო კოდექსის 209-ე მუხლის შესაბამისად, საპროცესო შეთანხმების (ბრალზე ან სასჯელზე შეთანხმების) დადებისას, პროკურორს უფლება აქვს მოითხოვოს როგორც სრულწლოვანი, ისევე არასრულწლოვანი ბრალდებულისათვის სასჯელის შემცირება, ან დანაშაულთა ერთობლიობისას მიიღოს გადაწყვეტილება მისთვის ბრალდების შემსუბუქების ან ნაწილობრივი მოხსნის თაობაზე. აღნიშნული ნორმა როგორც ბრალზე, ისე სასჯელზე შეთანხმების შემთხვევაში, ადგენს ანალოგიურ შეღავათებს, რაც საპროცესო შეთანხმების ამ ორ საფუძველს (ბრალზე, ან სასჯელზე შეთანხმებას) შორის რაიმე განსხვავებას აღარ ტოვებს.[41]

საპროცესო კანონმდებლობის მიერ მხარეთა თანასწორობისა და სრული შეჯიბრებითობის სისხლის სამართლის პროცესის მთავარ პრინციპებად აღიარება საპროცესო შეთანხმებას ვერაფერს აკლებს და იგი კვლავ რჩება ე.წ. „დამოუკიდებელ კუნძულად" საპროცესო ურთიერთობებში. კოდექსით შემოთავაზებული ახალი საპროცესო კანონმდებლობა მხოლოდ სპეციალურ

რედაქცია) XXI თავში არ არის დაკონკრეტებული თუ რომელი კატეგორიის დანაშაულის შემთხვევაშია დაშვებული საპროცესო შეთანხმების დადება.

[40] ნ. გოგუა, „ლიბერალი", 11 იანვარი, 2010 წ: „რაც შეეხება ჯგუფურ კანონდარღვევას, საპროცესო კოდექსის მიხედვით, იდენტური ბრალის მქონე ორგანიზებული ჯგუფის წევრებს შორის პროკურატურამ შეიძლება ერთთან გააფორმოს შეთანხმება, მეორესთან – არა. 19 ნოემბერს მუხროვანის ამბოხის პროცესზე, 28 განსასჯელიდან შვიდმა აღიარა დამოურჩილებლობაში წაყენებული ბრალი და შვიდივე მათგანთან პროკურატურამ საპროცესო გარიგება გააფორმა. სწორედ აღიარებითი ჩვენებისა და არა დამატებით მიღებული ინფორმაციით ახსნა პროკურორმა საპროცესო შეთანხმების გაფორმების მოტივი. სასამართლო პროცესში კვლავ რჩება იმავე კატეგორიის დანაშაულის ჩადენაში ბრალდებული 12 სამხედრო მოხელე".

[41] სასჯელზე შეთანხმების შემთხვევაში, როცა ბრალდებული არ ეწინააღმდეგება წაყენებულ ბრალდებას, თუმცა უფლება აქვს დაეთანხმოს პროკურორს, სასჯელის ზომას – სადავოს ხდის საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტის არსსა და მის მიზანს. განსხვავებულია მოქმედი სსსკ-ის 209-ე მუხლის ამავე ნაწილის დებულება სასჯელზე შეთანხმების საფუძვლით საპროცესო შეთანხმების დადებისას ბრალდებულის სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლების შესახებ, რომელიც მხოლოდ სსსკ-ის 218-ე მუხლით გათვალისწინებული პირობების არსებობისას მოქმედებს. ბრალდებულის სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლების სპეციალური მუხლი კი საერთოდ არ უთითებს მხოლოდ სასჯელზე შეთანხმების საფუძველს. აღნიშნული მუხლი არ აკეთებს დათქმას იმის თაობაზე, რომ მთავარ პროკურორსა და ბრალდებულს შორის საპროცესო შეთანხმება კანონით დადგენილი განსაკუთრებული შემთხვევების არსებობისას იდება მხოლოდ სასჯელზე შეთანხმების საფუძვლით. აღნიშნული არ გამორიცხავს ბრალზე გარიგების საფუძვლით დადებული საპროცესო შეთანხმებისას მთავარი პროკურორის უფლებას, სასამართლოს წინაშე იშუამდგომლოს ბრალდებულის სასჯელისაგან სრულად გათავისუფლების შესახებ.

XXI თავს უძღვნის საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტს კოდექსის კერძო ნაწილში. საპროცესო კოდექსი არაფერს ამბობს ამ ინსტიტუტის თავისებურებებსა და თავსებადობაზე საპროცესო კანონმდებლობის სხვა პრინციპებთან (მაგალითად, უდანაშაულობისა და თავისუფლების პრეზუმფცია (მე-5 მუხ.), კანონიერება და სასამართლოს დამოუკიდებლობა (მე-12 მუხ.), მტკიცებულება (მე-13 მუხ.), მტკიცებულებათა უშუალოდ და ზეპირად გამოკვლევა (მე-14 მუხ.), არასრულწლოვნის ღირსების დაცვა (316-ე მუხ.), არასრულწლოვნის პროცესის ზოგადი პრინციპები (317-ე მუხ.) და კოდექსის ზოგად ნაწილში პრინციპად გამოტანილი (მე-8 მუხ.) სამართლიანი პროცესისა და სწრაფი მართლმსაჯულების უფლებაზე აპელირებით ამართლებს საპროცესო შეთანხმების ეფექტურობას არასრულწლოვან დამნაშავესთან მიმართებითაც.

ახალი საპროცესო კანონმდებლობით, სისხლისსამართლებრივი დევნის დისკრეციულობის პრინციპად გამოცხადებამ (სსსკ-ის მე-16 მუხ.), საჯარო ინტერესის გათვალისწინებით, ფორმალურად შექმნა კონკურენტული გარემო და გააჩინა საპროცესო შეთანხმებისაგან განსხვავებული და ლიბერალური ალტერნატივები, დანაშაულის ჩამდენი არასრულწლოვნის მიმართ განრიდების ან განრიდება/მედიაციის გამოყენების გზით სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გასათავისუფლებლად, მაგრამ საერთო სურათი მკვეთრად ვერ შეცვალა. სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყებისა და შეწყვეტის შესახებ პროკურატურისათვის მინიჭებულმა უსაზღვრო დისკრეციულმა უფლებამოსილებამ უალტერნატივო გახადა სისხლისსამართლებრივი დევნის ორგანო და თვით სასამართლოს მხრიდან კონტროლის მექანიზმებიც კი გამორიცხა, რაც გამოძიებისა ან/და სისხლისსამართლებრივი დევნის შეწყვეტის შესახებ პროკურორის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების სასამართლოში გასაჩივრების აკრძალვით გამოიხატა (სსსკ-ის 106-ე მუხ. I ნაწ.).

სისხლისსამართლებრივი დევნის ორგანო, საპროცესო კოდექსის 105-ე მუხლის მე-3 ნაწილით გათვალისწინებული სისხლის სამართლის პოლიტიკის სახელმძღვანელო პრინციპების ზოგადი ნაწილის შესაბამისად, აბსტრაქტულად აღიჭურვა დისკრეციული უფლებამოსილებით და საპროცესო კანონმდებლობით პირდაპირ გათვალისწინებული გამოძიების შეწყვეტის ან/და სისხლისსამართლებრივი დევნის არდაწყების ან შეწყვეტის საფუძვლების გაუთვალისწინებლად, დამატებით იტვირთა დევნის არდაწყებისა და შეწყვეტის პასუხისმგებლობა, რომელიც ვერ გაკონტროლდება სასამართლოს მიერ. კანონით მინიჭებული უფლებამოსილება პროკურატურას, საჯარო ინტერესის გათვალისწინებით, აძლევს ე.წ. **ბალანსის შენარჩუნების შესაძლებლობას** ნაკლებად მძიმე და მძიმე დანაშაულის ჩამდენი როგორც სრულწლოვანი, ასევე არასრულწლოვანი პირის მიმართ, სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყებით საპროცესო შეთანხმებამდე მისვლის ან ალტერნატივის სახით სისხლისსამართლებრივი დევნის არდაწყების ან შეწყვეტის გზით განრიდების, ან

განრიდება და მედიაციის პროცესის წარმოებისა. ამგვარი მსჯელობის საშუალებას იძლევა ის კანონქვემდებარე საკანონმდებლო აქტები (საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 8 ოქტომბრის №181 ბრძანება „სისხლის სამართლის პოლიტიკის სახელმძღვანელო პრინციპების ზოგადი ნაწილის შესახებ“ და 2010 წლის 12 ნოემბრის №216 ბრძანება „განრიდებისა და მედიაციის შესახებ პროკურორებისათვის სახელმძღვანელო მითითებებისა და მხარეებს შორის გასაფორმებელი ხელშეკრულების ძირითადი პირობების დამტკიცების შესახებ“), რომლებიც სსსკ-ის 105-ე მუხლის მე-3, მე-4, მე-5, მე-6 ნაწილების შესაბამისად, იძლევიან შანსს, მკაცრი სისხლის სამართლის პოლიტიკა ლიბერალიზაციის გზით წავიდეს და პასუხისმგებლობის ალტერნატიული მექანიზმებით ჩაანაცვლოს გამამტყუნებელი განაჩენით დამტკიცებული საპროცესო შეთანხმება.

სისხლის სამართლის პოლიტიკა, არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების ლიბერალიზაციის კუთხით, არ მოიხსენიებს საპროცესო შეთანხმების პრობლემას არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებაში, არ განასხვავებს სპეციალური საკანონმდებლო რეგულაციებით სრულწლოვანთა საპროცესო შეთანხმების მარეგულირებელი ნორმებისაგან და არ იძლევა სტატისტიკას ნაკლებად მძიმე და მძიმე დანაშაულის ჩამდენი არასრულწლოვნების მიმართ საპროცესო შეთანხმების დამტკიცებით მიღებული გამამტყუნებელი განაჩენების თაობაზე. უზენაესი სასამართლოს მიერ გამოქვეყნებული სტატისტიკური მონაცემები 2010-2011 წლებში ეხება საქართველოს I ინსტანციის სასამართლოებში საპროცესო შეთანხმებით განხილულ საქმეები როგორც სრულწლოვანი, ისე არასრულწლოვანი პირების მიერ ნაკლებად მძიმე, მძიმე და განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში. 2010 წელს პირველ ინსტანციაში განხილულ 13345, ანუ (80,2%) საქმიდან, რომლებიც საპროცესო შეთანხმების დამტკიცებით გადაწყდა და 2011 წლის 12718 (87,5%) საქმიდან, გაურკვეველია არასრულწლოვან დამნაშავეთა რაოდენობა.[42]

ვფიქრობთ, საპროცესო შეთანხმების დადება უნდა გამოირიცხოს იმ არასრულწლოვან დამნაშავეთა მიმართ, რომელებმაც დანაშაული ჩაიდინეს 14-დან 16-წლამდე, და უნდა შეიზღუდოს 16-დან 18-წლამდე დანაშაულის ჩამდენი არასრულწლოვნების მიმართ, ახლად ამოქმედებული განრიდებისა და მედიაციის ინსტიტუტის სასარგებლოდ.

სტრასბურგის სასამართლოს პრეცედენტული გადაწყვეტილებების შესაბამისად, სასამართლო მიიჩნევს, რომ შეკვეცილი სამართალწარმოება ევროპულ კონვენციის მე-6 მუხლთან შესაბამისობაშია, თუ მორიგებაზე დათანხმება უფლებაზე უარის თქმის ტოლფასია. მაგრამ ასეთი პროცედურები ხშირია ნაკლებად მძიმე დანაშაულებთან მიმართებაში და მათ ბრალდებულისათვის სარგებლის მოტანაც შეუძლია. თუმცა, მნიშვნელოვანია, რომ უფლებაზე უარის

[42] supremecourt.geსაერთო სასამართლოების ძირითადი სტატისტიკური მონაცემები, 2011 წ.

თქმა ნებაყოფლობით განხორციელდეს, რაც გულისხმობს ბრალდებულზე/მსჯავრდებულზე არაჯეროვანი ზეწოლის დაუშვებლობას საპროცესო შეთანხმებაზე მისი დათანხმების მიზნით.

საპროცესო შეთანხმების ქართული მოდელის გაუმჭვირვალე პროცესი სისხლისსამართლებრივი დევნის ეტაპზე ბრალდმდებელსა და ბრალდებულს შორის მორიგების მთელი პერიოდის განმავლობაში ბრალდებულისათვის სარგებლის მოტანას, საჯარო ინტერესის დაკმაყოფილების გზით – ვერ უზრუნველყოფს. შემოთავაზებული რეკომენდაციით, კერძოდ, საპროცესო შეთანხმების დადების სრული პროცესი, სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანის თაობაზე პროკურორის მიერ შუამდგომლობის მომზადებამდე, უნდა დაფიქსირდეს ოქმში, რაც შესაძლებელს გახდის პროცესის კონტროლს. მორიგების პროცესის საოქმო წარმოება გამჭვირვალეს გახდის მთელ ზეპირ მოლაპარაკებას და მოგვცემს მხარეთა მოქმედების კანონიერებისა და მართებულობის შეფასების შესაძლებლობას. აქვე, გასათვალისწინებელია ოქმზე შენიშვნების წარმოდგენისა და მათი განხილვის სასამართლო წესიც.

ცალკე ნორმად უნდა რეგულირდებოდეს სასამართლოს უფლებამოსილება, მხარეებს შესთავაზოს საპროცესო შეთანხმების დადება როგორც ბრალდებულის პირველი წარდგენისას სასამართლოში, ისე წინასასამართლო სხდომაზე და შემდგომ სამართალწარმოების ყველა ეტაპზე. ამავდროულად, გასათვალისწინებელია მოსამართლესთან კომუნიკაციის სავალდებულოობა შეთანხმების პროცესის განმავლობაში, რაც არის რეალური წინაპირობა დასაბუთებული ბრალდებისა და კანონიერი და სამართლიანი გადაწყვეტილების გამოტანისა.

რეალური რომ იყოს საპროცესო შეთანხმების კანონით გათვალისწინებული საფუძვლებით (გარიგება ბრალზე ან სასჯელზე) ბრალდებულის/მსჯავრდებულის მდგომარეობის გაუმჯობესება, გარიგების პროცესში უნდა გამოირიცხოს დამატებით სასჯელად ფულად ჯარიმაზე ვაჭრობა. ამისათვის, გარიგების პროცესში სასჯელის შემსუბუქება მხოლოდ სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილის შესაბამისი მუხლით გათვალისწინებული ქმედების შემადგენლობისთვის გათვალისწინებული სანქციის ფარგლებში უნდა მოხდეს, სისხლის სამართლის კოდექსის ზოგადი ნაწილის შესაბამის ნორმებზე მითითებით, მაგრამ სსკ-ის 42-ე მუხლის მოქმედი რედაქციის მე-5 ნაწილით, პროკურორისათვის მინიჭებული დამატებით სასჯელად ჯარიმის გადახდის მოთხოვნისა და სასამართლოს მიერ მისი გამოყენების უფლების გარეშე.

აღნიშნული გარდუვალია იმ საკანონმდებლო ხარვეზის ფონზე, რაც მატერიალური სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში სასჯელის სახედ გათვალისწინებული ფულადი ჯარიმის მაქსიმალური ოდენობის განუსაზღვრელობის

პრობლებას უკავშირდება. საკანონმდებლო ხარვეზი იმთავითვე ბრალდებულის/ მსჯავრდებულის უფლებების ხელყოფას ისახავს მიზნად და მისი გამოყენება საპროცესო გარიგების დამტკიცებისას გამოტანილ გადაწყვეტილებას უსამართლოს ხდის. აღნიშნული პოზიციის გაზიარება რეალურს და ეფექტურს გახდის საპროცესო შეთანხმების მიღწევისას დაზარალებულის უფლებას, მოითხოვოს მიყენებული ზიანის მატერიალური ანაზღაურება და სამოქალაქო წარმოებით მიღებული გადაწყვეტილების აღსრულებას დროულად უზრუნველყოფს.

პროფ. დოქტორი, ნინო გვენეტაძე

საქართველოს ახალი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი და საპროცესო შეთანხმება

რეზიუმე

2009 წლის 9 ოქტომბერს საქართველოს პარლამენტის მიერ მიღებული ახალი სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობა, რომელიც 2010 წლის 1 ოქტომბერს ამოქმედდა, სამართლიანი პროცესისა და სწრაფი მართლმსაჯულების პრინციპს ბრალდებულის მთავარ და თანაბარ უფლებათა რანგში წარმოაჩენს. სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-8 მუხლის შესაბამისად, ბრალდებულს აქვს სამართლიანი პროცესის უფლება და ასევე ბრალდებულს აქვს სწრაფი მართლმსაჯულების უფლება.

ახალი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი საბოლოოდ ადასტურებს რომანულ-გერმანული და საერთო სამართლის სისტემების დაახლოების ტენდენციას, ამერიკული საპროცესო კანონმდებლობის მოდელის ძლიერ გავლენას და საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტს ამერიკული საპროცესო სამართლის ორი მახასიათებელის გათვალისწინებით წარმოადგენს. კერძოდ, ძირითადი სასამართლო სხდომის დაწყებამდე წინასწარ სხდომაზე ბრალდებულის წარდგენა, სადაც მას დამნაშავედ ცნობის შემთხვევაში „arrangement"-ს სთავაზობენ, რაც აღიარებულ ბრალდებათა აღნუსხვას ნიშნავს, ან ბოლო contendere-ს დამტკიცებას, რაც ნიშნავს, რომ ბრალდებული არ ეწინააღმდეგება წაყენებულ ბრალდებასა და სასჯელის შემსუბუქებით გამამტყუნებელი განაჩენის გამოტანას.

სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობა, რომელიც ითვალისწინებს დაკავებული ბრალდებულის პირველ წარდგენას 48 საათში მაგისტრატ მოსამართლესთან, იმპერატიულად ითხოვს მოსამართლისაგან საპროცესო შეთანხმების დადების შესაძლებლობის საკითხის გარკვევას და, მხარეთა თანხმობის შემთხვევაში, გადაწყვეტილების მიღებას.

საპროცესო შეთანხმების შესახებ გადაწყვეტილების მიუღებლობა მხარეებს არ ართმევს უფლებას საქმის სასამართლოში განხილვის ეტაპზე, სასამართლო კამათის დაწყებამდე გამოიყენოს საპროცესო შეთანხმება.

ახალი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით გათვალისწინებული საპროცესო შეთანხმების XXI თავი საპროცესო შეთანხმების არსს არ ცვლის, თუმცა მას მოქმედებისათვის შეუზღუდავ გარემოს სთავაზობს. კერძოდ, დაზარალებულს ართმევს სისხლის სამართალწარმოებაში სამოქალაქო სარჩელის უფლებას და საპროცესო შეთანხმების შესახებ მხოლოდ შეტყობინებას აძლევს. პროკურორი წინასწარ, საპროცესო შეთანხმების

დადებამდე, კონსულტაციას გადის დაზარალებულთან, თუმცა აღნიშნული კონსულტაციის შედეგები პროკურორს გადაწყვეტილების შეცვლას არ ავალდებულებს.

საპროცესო კოდექსი არ იხსენიებს მანამდე მოქმედი საპროცესო კანონმდებლობით გათვალისწინებულ სასამართლო გამოძიების გაუქმების ან შეკვეცის კონტინენტურ მოდელს. ახალი კოდექსით ბრალდებულის მიერ ბრალეულად თავის ცნობის შედეგია „plea bargaining" (საპროცესო შეთანხმება). ბრალდებული ცალმხრივად საკუთარი დანაშაულის აღიარების სანაცვლოდ (სასჯელის შემცირების მიზნით), უთანხმდება პროკურატურას ბრალდების მოცულობის თაობაზე.

სამართლებრივი ეფექტები, რაც საპროცესო შეთანხმების ე.ი. ბრალმდებელსა და ბრალდებულს შორის მოლაპარაკების ქართულ მოდელს უნდა ახასიათებდეს, სამართლიანი პროცესის იდეის სწრაფი მართლმსაჯულების გზით უზრუნველყოფას გულისხმობს საჯარო ინტერესის გათვალისწინებით.

სერიოზული ხარვეზი მოქმედი საპროცესო შეთანხმების, ნორმების პრაქტიკაში არასწორი ინტერპრეტაციის შესახებ, რაც, უდავოდ, მოითხოვს საკანონმდებლო ცვლილებებს ახალ საპროცესო კოდექსში. კერძოდ, მხარეთა თანასწორობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპიდან გადახვევისას, ანუ საპროცესო შეთანხმებით სწრაფი მართლმსაჯულების განხორციელებისას სამართლიანი პროცესის უზრუნველსაყოფად, კანონმდებლობაში მეტი გარანტიები უნდა იყოს შემოთავაზებული. ახალი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-8 მუხლი (სამართლიანი პროცესი და სწრაფი მართლმსაჯულება) შეზღუდულად განმარტავს შეკვეცილი წარმოებისას სამართლიანი პროცესის უფლებას, რაც უნდა დაზუსტდეს და შეივსოს ამავე კოდექსის XXI თავში (საპროცესო შეთანხმება) მოცემულ დებულებებთან შესაბამისობაში.

საპროცესო კოდექსის 211-ე მუხლის (სასამართლოს მიერ საქმის არსებითი განხილვის გარეშე განაჩენის გამოტანის თაობაზე შუამდგომლობის ფორმა) I ნაწილის „გ" ქვეპუნქტში მითითებული დასაბუთებული ვარაუდი, რომელიც მტკიცებულებით სტანდარტს წარმოადგენს სისხლისსამართლებრივი დევნის ეტაპზე საპროცესო შეთანხმების დასამტკიცებლად და ასევე, 215-ე მუხლის მე-4 ნაწილით გათვალისწინებული ბრალის დამადასტურებელი უტყუარ მტკიცებულებათა სტანდარტი არ არის შესაბამისობაში ამავე კოდექსის მე-3 მუხლის მე-12 (ალბათობის მაღალი ხარისხი) და მე-13 (გონივრულ ეჭვს მიღმა) ნაწილებით.

საქართველოს საპროცესო კანონმდებლობამ უნდა განსაზღვროს კონკრეტულად რომელი კატეგორიის ან დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაშია შესაძლებელი ბრალდებულთან საპროცესო შეთანხმების დადება.

ასევე უნდა დაკონკრეტდეს საპროცესო შეთანხმების დადების უფლება თანამონაწილეობით და ჯგუფურ დანაშაულებში მონაწილე ბრალდებულთა მიმართ. აღნიშნული საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტის საქართველოში დამკვიდრების მოტივაციას (ბრძოლა ორგანიზებული დანაშაულის წინააღმდეგ, სწრაფი და ეკონომიური მართლმსაჯულება) უფრო დამაჯერებელს გახდის.

Prof. Dr. Nino Gvenetadze
Georgian-American University

Abstract: Die neue georgische Strafprozessordnung und „plea bargaining"

Am 09.10.2009 hat das georgische Parlament eine neue Prozessgesetzgebung im Strafrecht verabschiedet. Die am 01.10.2010 in Kraft getretene neue StPO spiegelt den Grundsatz des „fairen" und schnellen Verfahrens im Lichte der Rechtstellung des Beschuldigten wider. Im Sinne des Artikels 8 der georgischen StPO hat der Beschuldigte das Recht auf ein faires Verfahren und auf die schnelle Rechtspflege.

Die neue georgische StPO bestätigt endgültig Annäherungsversuche der beiden Rechtssysteme – der kontinental-europäischen und anglo-sächsischen – eine starke Einflussnahme der US-amerikanischen Prozessgesetzgebung und das Institut „plea bargaining" unter Beachtung der zwei Merkmale des US-amerikanischen Prozessrechts. Und zwar wird der Beschuldigte vor Beginn der mündlichen Verhandlung angeklagt und ihm – sein Eingeständnis vorausgesetzt – ein Arrangement, also eine Eintragung von eingestandenen Anschuldigungen angeboten. Schließlich wird ein Contendere beschlossen, d.h. der Beschuldigte widerspricht nicht der Anklage und dem Schuldspruch unter mildernden Umständen.

Die Strafprozessgesetzgebung, die die 1. Vorführung vom festgenommenen Angeklagten beim Magistratsrichter innerhalb von 48 Stunden vorsieht, fordert zwingend vom Richter, die Frage der Beschließung von „plea bargaining" zu klären und – im Falle der Zustimmung der Parteien – eine Entscheidung zu treffen.

Können sich die Parteien nicht auf „plea bargaining" einigen, so können diese dennoch während der mündlichen Verhandlung vor Beginn der Parteivorträge „plea bargaining" geltend machen.

Der im Sinne der neuen georgischen StPO vorgesehene Abschnitt 21 verändert nicht den Inhalt von „plea bargaining", wobei dieser uneingeschränkte Handlungsspielräume einräumt. Und zwar entzieht diese neue Regelung dem Geschädigten das Recht, eine Zivilklage im Rahmen eines Strafverfahrens erheben zu können und benachrichtigt lediglich den Geschädigten über den Abschluss von „plea bargaining". Der Staatsanwalt führt Beratungen mit dem Geschädigten über den Abschluss von „plea bargaining". Wobei die Beratungsergebnisse den Staatsanwalt nicht dazu verpflichten, seine Entscheidung verändern zu müssen.

Die neue StPO sieht den in der früheren Fassung geltenden kontinental-europäischen Ansatz der Aufhebung oder Kürzung der gerichtlichen Ermittlung nicht mehr vor. Nach der neuen StPO gilt „plea bargaining" als Ergebnis des Eingeständnisses des Beschuldigten. Der Beschuldigte einigt sich einseitig – sein

Eingeständnis vorausgesetzt – mit der Staatsanwaltschaft zur Reduzierung der Strafe auf den Umfang der Anklage.

Die rechtlichen Effekte, die das georgische Verhandlungsmodell von „plea bargaining" zwischen Staatsanwalt und Beschuldigten kennzeichnen sollten, bedeuten eine Gewährung einer schnellen Rechtspflege unter Beachtung von öffentlichen Belangen.

Ernsthafte Lücken gibt es in der Praxis der Normen von „plea bargaining" bezüglich der unrichtigen Auslegung. Hier bedarf es der gesetzlichen Änderungen in der neuen StPO. Und zwar bei der Abweichung vom Gleichheits- und Verhandlungsgebot, d.h. zur Sicherstellung vom fairen Verfahren bei der Durchführung einer schnellen Rechtspflege als „plea bargaining" sollten mehr Garantien in der Gesetzgebung bestehen. Artikel 8 der neuen StPO – „faires Verfahren" und schnelle Rechtspflege – erläutert beschränkt ein „faires Prozessrecht" bei reduzierten Verfahren, die zu präzisieren und auszufüllen im Sinne der Bestimmungen des 21. Abschnitts – „plea bargaining" – sind.

Artikel 211 Absatz 1 lit. c der neuen StPO – Antragsvordruck/-form auf Urteilsfindung ohne gründliche Erörterung – gibt einen begründeten Zweifel, der ein Beweisstandard ist bei der Strafverfolgung zur Beschließung von „plea bargaining" während der Strafverfolgung, und auch der Standard im Sinne des Artikels 215 des Absatzes 4 über die unstreitigen Beweismittel zur Bestätigung der Schuld entspricht nicht Art. 3 Abs. 12 – hohe Wahrscheinlichkeitsquote – und 13 – außerhalb der angemessenen Zweifel.

Die georgische Strafprozessgesetzgebung hat konkret zu bestimmen, bei welchen genauen Straftaten „plea bargaining" Anwendung findet. Außerdem ist das Recht auf Beschließung von „plea bargaining" gegenüber Beschuldigten bei Mitbeteiligung und Gruppendelikten zu konkretisieren. Das würde die Motivation der Durchsetzung in Georgien des Instituts „plea bargaining" – Bekämpfung der Organisierten Kriminalität sowie schnelle und effiziente Rechtspflege – viel glaubwürdiger machen.

ირაკლი დვალიძე
სამართლის დოქტორი,
ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის
პროფესორი

აუცილებელი მოგერიება და „უვარგისი ობიექტი“

I. შესავალი

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის პირველივე მუხლით დასტურდება, რომ სისხლის სამართლის ლეგიტიმაციას, ანუ სისხლის სამართლის არსებობის გამართლებას საფუძვლად უდევს ის, რომ სისხლის სამართალს მართლწესრიგის დამყარებაში საკუთარი წვლილი შეაქვს. სისხლის სამართლის გარდა, სამართლის ვერც ერთი დარგი და საზოგადოებრივი საქმიანობის ვერც ერთი სფერო ვერ უზრუნველყოფს იმ მიზნების მიღწევას დანაშაულთა თავიდან აცილების სფეროში, რომელიც სისხლის სამართალის წინაშე დგას. გარკვეულ შემთხვევაში, სწორედ სისხლის სამართალი იძლევა ისეთი შეუნაცვლებადი სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფის შესაძლებლობას, როგორიცაა, მაგალითად, სიცოცხლე, ჯანმრთელობა და ა.შ. აღნიშნული სამართლებრივი სიკეთეები შეიძლება დაზიანდეს, მაგალითად, აუცილებელი მოგერიებისას.

ვინაიდან სისხლის სამართალი განიხილება, როგორც ultima ratio, სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფისა და პასუხისმგებლობის საკითხის განსაზღვრისას, უპირველეს ყოვლისა, უნდა დადგინდეს – **მოცემულ სიტუაციაში** არის თუ არა **დაცვის ღირსი** კონკრეტული სამართლებრივი სიკეთე.

დანაშაულებრივი ქმედების წინააღმდეგ სახელმწიფოს მხრიდან დადგენილი სამართლებრივი შედეგები (სასჯელი, აღმზრდელობითი ხასიათის იძულებითი ღონისძიება) და მართლსაწინააღმდეგო ქმედების მიმართ ნებადართული ქმედებები (მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებანი) **თანაზომიერების პრინციპს** უნდა შეესაბამებოდეს.

სამართლებრივ სახელმწიფოში სისხლისამართლებრივი პასუხისმგებლობა წარმოუდგენელია ობიექტურად განხორციელებული ქმედებისა და ბრალის გარეშე. სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებული კონკრეტული დანაშაულის შემადგენლობის ნიშნების შემცველი ფაქტობრივად დამდგარი შედეგის **ობიექტურად შერაცხვა** ბევრადაა დამოკიდებული შემდეგ საკითხზე: ხომ არაა გასული სისხლისსამართლებრივი დაცვის სფეროდან სამართლებრივი სიკეთე, ანუ სამართლებრივი სიკეთე, შექმნილი ვითარებიდან გამომდინარე, „უვარგის ობიექტად“ ხომ არაა ქცეული.

წინამდებარე კვლევის საგანი ობიექტურად არსებული, მაგრამ სუბიექტურად შეუცნობელი აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობაში სამართლებრივი სიკ-

ეთის დაზიანებისთვის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის განსაზღვრის პრობლემა იქნება.

II. აუცილებელი მოგერიების ვითარება და მისი სუბიექტური შემადგენლობა

საზოგადოდ, სისხლის სამართლის მეცნიერებასა და სასამართლო პრაქტიკაში, ზოგიერთი გამონაკლისის გარდა, არასოდეს ქცეულა სადავოდ ის საკითხი, რომ ქმედება მხოლოდ მაშინ გამართლდება, როდესაც აუცილებელი მოგერიების ვითარება ობიექტურად არსებობს და სუბიექტურადაც პირს გაცნობიერებული აქვს ეს მდგომარეობა და იგი სამართლებრივი სიკეთის დაცვის მიზნით მოქმედებს.

ქართულ სისხლის სამართალში გაბატონებულია შეხედულება, რომ თუ პირს შეცნობილი არა აქვს აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობა, იგი არ მოქმედებს სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის მიზნით და სამართლებრივ სიკეთეს დაზიანებს, ქმედება ყოველთვის დამთავრებულ დანაშაულად უნდა შეფასდეს.[1] გერმანულ იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომლის მიხედვითაც, თუ ობიექტურად არსებობს აუცილებელი მოგერიების ვითარება და ეს საფრთხეში არსებული სამართლებრივი სიკეთის მატარებლისთვის შეუცნობელია, **შედეგის შერაცხვა უნდა გამოირიცხოს** და ქმედების სამართლებრივი შეფასებისთვის მცდელობის ანალოგია უნდა იყოს გამოყენებული (ე.წ. მცდელობის თეორია).[2] ამ მოსაზრებას ის უნდა დაემატოს, რომ ამგვარ სიტუაციაში შედეგის შერაცხვის შეუძლებლობა უნდა განხორციელდეს მართლწინააღმდეგობის და არა ქმედების შემადგენლობის ეტაპზე, სადაც მთლიანი აქცენტი **ქმედების უღირსობაზე** და არა შედეგის უღირსობაზე გაკეთდება.

1. აუცილებელი მოგერიების ვითარებათა კლასიფიკაცია

საკითხის უკეთესად გარკვევისთვის აუცილებელია იმ შემთხვევათა კლასიფიკაცია, როდესაც პირს **გაცნობიერებული არა აქვს** ობიექტურად აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობა და აზიანებს სამართლებრივ სიკეთეს:

1) შემთხვევეთა პირველ ჯგუფში უნდა გავაერთიანოთ სიტუაციები, როდესაც პირი ობიექტურად აუცილებელი მოგერიების ვითარებაში იმყოფება, მაგრამ გაცნობიერებული არა აქვს ეს ვითარება და ასეთ ვითარებაში მყოფი პირის ქმედება განზრახ მიმართულია **მცდარად წარმოსახული კონკრეტული სამართლებრივი სიკეთის წინააღმდეგ**, მაგრამ შედეგი სცილდება პირის განზრახვას. აქ იგულისხმება პირის არასწორი წარმოდგენა სამართლებრივ სიკეთეზე, რაც სამართლებრივად ობიექტში შეცდომად (error in objecto) მოიხსენიება. მაგალითად, სანადიროდ

---

[1] შეად.: *თ. შავგულიძე, ლ. სურგულაძე*, საზოგადოებრივი საშიშროების გამომრიცხველი გარემოებანი სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში, თბ., 1988, გვ. 102-106; *მ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, მერვე გამოცემა, თბ., 2010, გვ. 193; *ი. ბერხეულიძე*, აუცილებელი მოგერიება ქართულსა და საერთო (ანგლოსაქსური ტიპის) სამართალში, თბ., 2010, გვ. 23, 64.

[2] იხ. *მ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 336.

წასულ ა-ს ჰგონია, რომ დათვს ესვრის და რეალურად იმ ადამიანს კლავს, რომელსაც მისი დაუყოვნებლივ მოკვლა აქვს განზრახული;

2) შემთხვევათა მეორე ჯგუფიც ასევე უკავშირდება წინდახედულობის ნორმის დარღვევას: — პირი ობიექტურად აუცილებელი მოგერიების ვითარებაში იმყოფება, მაგრამ გაცნობიერებული არა აქვს ეს ვითარება, თუმცა ადამიანის გამიზნული საქმიანობა მიმართული **არ არის რომელიმე სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებისკენ**. მაგალითად, ა-ს იარაღის გაწმენდისას გაუვარდება ტყვია და გაუფრთხილებლობით იმ მანიაკს მოკლავს, რომელიც მასზე თავდასხმას აპირებდა.

3) მესამე კატეგორიაში ისეთი შემთხვევები ერთიანდება, როდესაც **დანაშაულებრივი განზრახვით** მოქმედი პირი თავს ესხმის სამართლებრივ სიკეთეს და აღნიშნული სამართლებრივი სიკეთის მატარებელი, თავის მხრივ, რეალურად ცდილობდა მასზე თავდასხმას. მაგალითად, ა. შურისძიებით კლავს ბ-ს, რომელიც ა-ზე დაუყოვნებლივ დავდასხმას აპირებდა.

წარმოდგენილი შემთხვევები უნდა განვასხვაოთ ისეთი სიტუაციებისგან, როდესაც პირს **გაცნობიერებული აქვს** აუცილებელი მოგერიების ვითარება და თავდაცვის მიზნით მოქმედებს, თუმცა თავდამსხმელისთვის მიყენებული ზიანი დგება არა განზრახ, არამედ გაუფრთხილებლობით. მაგალითად, ა. თავდამსხმელის მოგერიების მიზნით ბლაგვი საგნის სახით ჩაარტყამს მომარჯვებულ რევოლვერს, რომელიც უეცრად გაისვრის და თავდამსხმელს დააზიანებს. ასეთ სიტუაციაში თავდამსხმელის გაუფრთხილებლობით დაზიანების აუცილებელ მოგერიებად შეფასების არანაირი პრობლემა არ დგას, ვინაიდან პირს გაცნობიერებული აქვს აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობა, სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის მიზნით მოქმედებს და **ლოგიკურად შეუძლებელია** პირის გაუფრთხილებლობისთვის პასუხი ვაგებინოთ, როდესაც შედეგის განზრახ გამოწვევა პირს ამართლებს.[3]

ასევე უნდა გამართლდეს აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობაში ჩადენილი ქმედება, როდესაც მომგერიებლის ქმედება ბრალის ორმაგი ფორმით გამოირჩევა. თუმცა აქ საჭიროა, შემდეგი დათქმა: თუ თანამდევი მძიმე შედეგი არ იწვევს აუცილებელი მოგერიების ფარგლების გადაცილებას, მაშინ ქმედების მართლზომიერება ეჭვქვეშ არ უნდა დადგეს.

2. დაცვის ღირსი სამართლებრივი სიკეთე

ზემოთ დასახელებული სამი შემთხვევისთვის (ანუ როდესაც პირს **გაცნობიერებული არა აქვს** აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობა) საერთოა ის, რომ ზიანს განიცდის დანაშაულებრივი განზრახვის მქონე პირი, რომელიც დაუყოვნებლივ განახორციელებდა თავდასხმას იმ ობიექტზე, რომლისგანაც ზიანი განიცადა. ნათელია, რომ დაზიანებული სამართლებრივი სიკეთის დაცვა მის დაზიანებამდე ეჭვქვეშ დგება, ვინაიდან სისხლის სამართლის მიზანია დანაშაულებრივი ხელყოფისგან დაიცვას

[3] შად. *ი. ვესელსი, ვ. ბოილკე*, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაული და მისი აგებულება, მთარგმნელი *ზ. არსენიშვილი*, სამეცნიერო რედაქტორი *ი. დვალიძე*, თბ., 2011, გვ. 184-185.

მხოლოდ ის სამართლებრივი სიკეთე, რომელიც **საფრთხის წყაროს არ წარმოადგენს** და არსებული მართლწესრიგის დარღვევას არ გამოიწვევს. მაშასადამე, აქ საუბარია პოზიტიურ სისხლისსამართლებრივ ურთიერთობაზე, როდესაც დანაშაულთა თავიდან აცილების სფეროში არსებული ურთიერთობის ფარგლებში სახელმწიფოს წინაშე სისხლის სამართლის სუბიექტი პასუხისმგებლობით ასრულებს დაკისრებულ მოვალეობას. მართებულად მიუთითებს *გ. ნაჭყებია*, რომ დანაშაულის ჩადენით სისხლის სამართლის სუბიექტი გადის დანაშაულის ჩადენამდე არსებული სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობიდან.[4] ეს მოსაზრება მნიშვნელოვანი დასკვნის საფუძველს გვაძლევს. კერძოდ, თუ სამართლებრივი სიკეთის „მატარებელი", თავისი მართლსაწინააღმდეგო ქცევით, უპასუხისმგებლოდ ეკიდება დასკირებულ მოვალეობას და ამით საფრთხეს უქმნის სამართლით დაცულ სიკეთეს, მაშინ საფრთხის შემქმნელი სამართლებრივი სიკეთე ფორმალურად არის დაცვის ღირსი, მაგრამ შექმნილ სიტუაციაში, საერთო მართლწესრიგის გადმოსახედიდან, დაცვის ღირსი აღარ არის.

ზემოთ დასახელებულ შემთხვევათა პირველ და მეორე ჯგუფშიც ე.წ. „უვარგისი ობიექტის" არსებობის გამო განხორციელებული ქმედებით გამოწვეული შედეგი პირს არ შეერაცხება, რადგან სამართლებრივი სიკეთე **დაცვის ღირსი აღარ არის** მართლწინააღმდეგობის ეტაპზე. ამასთან, ვინაიდან გაუფრთხილებლობით მცდელობა დაუშვებელია, ამიტომ პირი უნდა გათავისუფლდეს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან.

საინტერესოა, *მ. ტურავას* მოსაზრება გაუფრთხილებლობით სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენასთან დაკავშირებით. იგი მიუთითებს: „გაუფრთხილებლობით ჩადენილ დელიქტებში გამართლების სუბიექტური ელემენტების არსებობასთან დაკავშირებით არსებობს აზრთა სხვადასხვაობა, კერძოდ, თუ რამდენად აუცილებელია ზოგადად მისი არსებობის მოთხოვნა. ასეთ შემთხვევაში ზოგიერთი ავტორი ზოგადად აღიარებს გამართლების სუბიექტური მხარის არსებობას[5], სხვები კი, პირის გამართლებისთვის საკმარისად მიიჩნევენ გამართლების ობიექტურ წინაპირობებს[6]. ყოველ შემთხვევაში, გაუფრთხილებლობით მოქმედებებში იგი ნაკლები ხარისხით არის გამოკვეთილი, ვიდრე განზრახვისას. ამასთან, ერთმანეთისგან უნდა განვასხვაოთ თვითიმედოვნებისა და დაუდევრობის შემთხვევები. დაუდევრობისგან განსხვავებით, თვითიმედოვნების დროს შესაძლებელია სუსტად გამოკვეთილი გამართლების სუბიექტური მხარის არსებობის მოთხოვნა. ლიტერატურაში გამოთქმული თვალსაზრისის მიხედვით, თვითიმედოვნების დროს

---

[4] იხ. *გ. ნაჭყებია*, სისხლის სამართალი, სახელმძღვანელო, ზოგადი ნაწილი, თბ., 2011, გვ. 20; სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობისა და სისხლის სამართლის საგნის პრობლემატიკაზე დაწვრილებით იხ. *გ. ნაჭყებია*, სისხლის სამართლის საგანი, თბ., 1997.

[5] იხ.: *H. Welzel:* Das Deutsche Strafrecht, მე-11 გამოცემა, 1969, გვ. 97; *H. Alwart:* Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht, GA 1983, გვ. 455. ციტირებულია წიგნიდან: *მ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 583.

[6] იხ.: *F. Schaffstein:* Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, წიგნში: FS für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, გვ. 573-574; *J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch:* Strafrecht, AT, მე-11 გამოცემა, 2003, გვ. 542. ციტირებულია წიგნიდან: *მ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 583.

დამნაშავეს არ მოეთხოვება, მაგალითად, თავდაცვის მიზანი, მაგრამ უნდა ჰქონდეს მინიმუმ სუსტად გამოკვეთილი შეგნება იმისა, რომ სამართლებრივ სიკეთეს საფრთხე ემუქრება.[7] გაბატონებული შეხედულებით, საკმარისია, რომ თვითმოქმედების დროს მოქმედება სუბიექტურად ჩადენილი იყოს გამამართლებელი სიტუაციის მხოლოდ ცოდნით."[8]

„არის შემთხვევები, როცა გაუფრთხილებლობით მოქმედების ჩამდენი ობიექტურად თავდაცვის მდგომარეობაში იმყოფება ისე, რომ საერთოდ არ იცის ამის შესახებ. ის ავტორები, რომლებიც გაუფრთხილებლობით დელიქტებში მთლიანად უარყოფენ გამართლების სუბიექტური ელემენტის საჭიროებას, საკმარისად მიიჩნევენ გამამართლებელი გარემოებების ობიექტურად არსებობას და სუბიექტური ელემენტის არარსებობის მიუხედავად, დამდგარ შედეგს არ მიიჩნევენ პირის მიერ ჩადენილ უმართლობად[9]. ასეთ შემთხვევებში პირის მოქმედება არ მიიჩნევა გამართლებულად, მაგრამ რადგან განხორციელებული ქმედების შემადგენლობა ობიექტურად ნებადართულია, შედეგის უმართლობა არ მიიჩნევა შესრულებულად, არამედ მხოლოდ ქმედების უმართლობა. გაუფრთხილებლობითი დანაშაული შედეგის გარეშე კი, იშვიათი გამონაკლისის გარდა, როგორც წესი, არ ისჯება."[10]

„ზემოთ წარმოდგენილი თვალსაზრისი შეესაბამება ასევე გაბატონებულ შეხედულებას[11]. სწორია ისეთი მიდგომა, რომ დაუდევრობის ფორმით გაუფრთხილებლობის ჩამდენი პირის დაუსჯელობისთვის გამართლების სუბიექტური ელემენტების არსებობა არ არის აუცილებელი. ცოტა განსხვავებული დასაბუთებით უდგება პრობლემას, მაგალითად, *როქსინი*. იგი ასეთ შემთხვევას არ მიიჩნევს მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ ვითარებად, მაგრამ, საბოლოო ჯამში, შედეგის უმართლობის არარსებობის გამო, მაინც უარყოფს ობიექტურად მართლზომიერად

---

[7] იხ.: *B. Schünemann:* Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, გვ. 787; *W. Mitsch:* Fahrlässigkeit und Straftatsystem, JuS 2001, გვ. 105. იხ. ასევე, *C. Momsen* წიგნში: *H. Satzger, B. Schmitt, G. Widmaier* (Hrsg.): Strafgesetzbuch. Kommentar, 2009, გვ. 140. ციტირებულია წიგნიდან: *ჰ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 584.

[8] შად.: *C. Roxin* (2006), იქვე, გვ. 1099-1100; *R. Rengier:* Strafrecht, AT, მე-2 გამოცემა, 2010, გვ. 493. ციტირებულია წიგნიდან: *ჰ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 584.

[9] შად. *H.-H. Jescheck, T. Weigend:* Lehrbuch des Strafrechts, AT, მე-5 გამოცემა, 1996, გვ. 589. იგი განზრახვის შემთხვევაში გამართლების სუბიექტური ნების არარსებობისას პირის მცდელობისთვის დასჯადობას მოითხოვს, რადგან მიაჩნია, რომ შედეგი დადგა, მაგრამ გამართლების ობიექტური მხარის განხორციელების გამო, შედეგის უმართლობა არ არსებობს. იხ. იქვე, გვ. 330. ციტირებულია წიგნიდან: *ჰ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 584.

[10] იხ. *ჰ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 584.

11 იხ.: *G. Jakobs:* Strafrecht, Allgemeiner Teil, მე-2 გამოცემა, 1993, გვ. 364-366; *G. Stratenwerth, L. Kuhlen:* Strafrecht, AT, მე-6 გამოცემა, 2011, გვ. 315-316; *W. Gropp:* Strafrecht, AT, მე-3 გამოცემა, 2005, გვ. 470-472. ციტირებულია წიგნიდან: *ჰ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 584.

მოქმედი პირის დასჯადობას."[12]

შეიძლება ითქვას, რომ თუკი ობიექტურად არსებობს აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობა, მაგრამ შედეგი გაუფრთხილებლობით დგება, შემთხვევათა დაყოფას თვითიმედოვნებისა და დაუდევრობის მიხედვით, კვალიფიკაციის თვალსაზრისით, არაფერს ცვლის, რადგან პირი მაინც უნდა გათავისუფლდეს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან.

რაც შეეხება შემთხვევათა მესამე ჯგუფს, კერძოდ, თუ პირი დანაშაულებრივი განზრახვით აზიანებს შერჩეულ ობიექტს, რომელიც, თავის მხრივ, დაუყოვნებელ საფრთხეს უქმნიდა ობიექტს, მაშინ განხორციელებული ქმედება, სისხლის სამართლის კოდექსით გათვალისწინებული დანაშაულებრივი შედეგის დადგომის მიუხედავად, მცდელობად უნდა შეფასდეს.[13]

მოცემულ სიტუაციებში შედეგის შერაცხვის (არა ობიექტურად შერაცხვის, არამედ **შედეგის უღირსობის** გამო) შეუძლებლობას კიდევ ის არგუმენტი ამყარებს, რომ ობიექტურად შექმნილია აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობა, პირს საშუალება აქვს **გამოიყენოს** აუცილებელი მოგერიების უფლება და დააზიანოს სამართლებრივი სიკეთე. თუკი ობიექტურად აუცილებელი მოგერიების უფლება არსებობს და ეს თავისთავად იმასაც ნიშნავს, რომ ობიექტურად სახელმწიფოსგან ნებადართულია სამართლებრივი სიკეთის დაზიანება, მაშინ დამდგარი შედეგისთვის **სამართლებრივი და სოციალურ-ეთიკური გაკიცხვის ობიექტური საფუძველიც იკარგება.**

მ. ტურავა მართებულად ეთანხმება *ლაშა-გიორგი კუტალიას*: „როგორც სწორად მიუთითებს *ლ.-გ. კუტალია*, ასეთ შემთხვევაში ის გარემოება, რომ აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობაში მყოფი პირისათვის დახმარების აღმოჩენა მართლსაწინააღმდეგო ქცევის მხოლოდ შემთხვევით შედეგს წარმოადგენდა და სუბიექტს სულაც არ სურდა სხვა პირისთვის ასეთი დახმარების აღმოჩენა, შედეგის მართლზომიერებაზე ვერავითარ უარყოფით ზეგავლენას ვერ მოახდენს. ამდენად, ასეთ შემთხვევებში, ქმედების მართლწინააღმდეგობის პირობებში შედეგის მართლზომიერებაზე საუბარი სისხლისსამართლებრივად სავსებით შესაძლებელია."[14]

III. აუცილებელი მოგერიება და სამართლებრივი გარანტის მდგომარეობის წარმოშობის წყარო

იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომლის მიხედვითაც აუცილებელი მოგერიების შემდეგ სამართლებრივი გარანტის ფუნქცია არ უნდა

---

[12] შეად. *C. Roxin:* Strafrecht, AT I, მე-4 გამოცემა, 2006, გვ. 1100. ციტირებულია წიგნიდან: *მ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 585.

[13] შეად. ი. ვესელსი, ვ. ბოილკე, დასახ. ნაშრ., გვ. 155-156.

[14] შეად. *ლ.-გ. კუტალია:* ბრალი სისხლის სამართალში, 2000, გვ. 115-116. ციტირებულია წიგნიდან: *მ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 585-586.

წარმოეშვას აუცილებელი მოგერიების გამომყენებელს და პასუხისმგებლობა მხოლოდ დაუხმარებლობისთვის (სსკ-ის 129-ე მუხლი) უნდა დაეკისროს.[15]

როგორი კვალიფიკაცია უნდა მიეცეს ქმედებას, თუ ობიექტურად აუცილებელი მოგერიების ვითარებაში მყოფი პირი საფრთხის წყაროს გაუფრთხილებლობით ან დანაშაულებრივი განზრახვით აზიანებს და ამით სამართლებრივ სიკეთეს იცავს, ანუ პასუხისმგებლობა სამართლებრივი გარანტის ფუნქციის შეუსრულებლობისთვის უნდა დაეკისროს მას თუ დაუხმარებლობისთვის? ეს პრობლემა ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში შესწავლილი არ არის, რის გამოც ესეც შეიძლება ცალკე მსჯელობის საგანი გახდეს.

საკითხის რაციონალური განხილვისთვის, ყოველ შემთხვევაში პრობლემის გადასაჭრელად სამუშაო ჰიპოთეზის წამოსაყენებლად, აუცილებელია შემთხვევათა დიფირენცირება სუბიექტური შემადგენლობის მიხედვით:

1) თუ პირი ობიექტურად აუცილებელი მოგერიების ვითარებაში საფრთხის წყაროს გაუფრთხილებლობით ან დანაშაულებრივი განზრახვით დააზიანებს და შემდეგ გააცნობიერებს, რომ იგი აუცილებელი მოგერიების ვითარებაში იმყოფებოდა და სამართლებრივ სიკეთეს განზრახ არ აღმოუჩენს დახმარებას, მაშინ მას პასუხისმგებლობა მხოლოდ დაუხმარებლობისთვის უნდა დაეკისროს (სსკ-ის 129-ე მუხლი), ვინაიდან ამგვარ სიტუაციაში გარანტორული მდგომარეობა ნიშნავს იმას, რომ კანონმდებელს სიმართლებრივი სიკეთის ხელმყოფი წინარე მოქმედების განმახორციელებლისგან შეუძლია მხოლოდ იმ შემთხვევაში მოითხოვოს **შედეგის ულირსობის** აცილება, როდესაც ამგვარი შედეგის არდადგომა თვითონ უმოქმედების განმახოციელებელს არ შეუქმნის საფრთხეს და სამართლებრივი სიკეთე ზრუნვას იმსახურებს. მოცემულ სიტუაციაში კი, ობიექტურად დაცვის ღირსი სამართლებრივი სიკეთე არ არსებობდა მატერიალური მართლწინააღმდეგობის გადმოსახედიდან;

2) თუ პირი ობიექტურად აუცილებელი მოგერიების ვითარებაში საფრთხის წყაროს გაუფრთხილებლობით ან დანაშაულებრივი განზრახვით დააზიანებს და შემდეგაც ვერ გააცნობიერებს, რომ იგი აუცილებელი მოგერიების ვითარებაში იმყოფებოდა და განზრახ არაფერს აკეთებს სამართლებრივი სიკეთის გადასარჩენად, მაშინ პასუხისმგებლობა, შედეგის დადგომის მიუხედავად, მხოლოდ მკვლელობის მცდელობისთვის უნდა დადგეს. აქაც, ბუნებრივია, ისმის კითხვა: ა) რატომ მკვლელობისთვის? ბ) რატომ მკვლელობის მცდელობისთვის? მკვლელობისთვის იმიტომ, რომ პირის ბოროტი ნება მიმართული იყო **პირის წარმოდგენაში დაცვის ღირსი სამართლებრივი სიკეთის** მიმართ. რაც შეეხება დამთავრებული მკვლელობისთვის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის გამორიცხვას და უმოქმედობის მკვლელობის მცდელობად კვალიფიკაციას, აქ საკითხი ნათელია, რადგან, როგორც ზემოთ აღინიშნა, არ შეიძლება პირს ისეთი შედეგის აცილება მოეთხოვს, რაც თვითონ მას უქმნიდა საფრთხეს და რის გამოც ეს სამართლებრივი სიკეთე დაცვის ღირსი აღარ არის და უმოქმედობის განმახორციელებლის **გაკიცხვის** საფუძველი მხოლოდ **სუბიექტურად დაცვის ღირსი**

[15] შეად. *მ. ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-8 გამოცემა, თბ., 2010, გვ. 173.

სამართლებრივი სიკეთისკენ მიმართულ იმ ქმედებაში უნდა უნდა ვეძიოთ, რომელიც ბოროტი ნებითაა წარმართული.

IV. აუცილებელი მოგერიების ვითარების ობიექტურად არსებობა და თანამონაწილეობა

საინტერესოა ასევე სიტუაცია, როდესაც პირს გაცნობიერებული არა აქვს აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობა და დანაშაულებრივი განზრახვით მოქმედებს, ხოლო იარაღის მიმწოდებელს (დამხმარეს) გაცნობიერებული აქვს აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობა და სამართლებრივი სიკეთის გადარჩენის მიზნით მიაწვდის იარაღს. ასეთ ვითარებაში განხორციელებული მკვლელობისას იარაღის მსროლელს პასუხისმგებლობა მკვლელობის მცდელობისთვის უნდა დაეკისროს, ხოლო იარაღის მიმწოდებელი უნდა გათავისუფლდეს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან. რატომ მოხდა ამგვარი კვალიფიკაცია? ასეთი კვალიფიკაცია განპირობებულია იმით, რომ ობიექტურად არსებობს მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოება და ადგილი აღარ რჩება თანამონაწილეობის აქსცესორულობას. იქ, სადაც ქმედების უღირსობა მხოლოდ სუბიექტური მომენტით განისაზღვრება, შეუძლებელია თანამონაწილეობა დაფუძნდეს, რადგან ლიმიტირებულ აქცესორობას ობიექტური უმართლობა ესაჭიროება.

V. დასკვნა

წარმოდგენილ ნაშრომში მოცემული იყო ობიექტურად არსებული, მაგრამ სუბიექტურად შეუცნობელი აუცილებელი მოგერიების ვითარების მართებული სამართლებრივი კვალიფიკაციის მცდელობა. მსგავს სიტუაციაში სამართლებრივი სიკეთის რეალურად დაზიანება საკმარისი არ არის განხორციელებული ქმედების დამთავრებულ დანაშაულად შეფასებისთვის. აქ გადამწყვეტია თვით დაზიანებული, მაგრამ საფრთხის შემქმნელი სამართლებრივი სიკეთის „სტატუსი." ვინაიდან სახელმწიფო მხოლოდ ისეთ სამართლებრივ სიკეთეს იცავს, რომელიც მართლზომიერ სამართლებრივ ურთიერთობაში იმყოფება და როგორც კი ეს სამართლებრივი სიკეთე ისეთ საფრთხეს უქმნის სხვა სამართლით დაცულ სიკეთეს, რომ აუცილებელი მოგერიების ვითარება წარმოიშობა, მაშინ საფრთხის შემქმნელი სამართლებრივი სიკეთე **დაცვის ღირსი** აღარ არის მატერიალური მართლწინააღმდეგობის გადმოსახედიდან, რადგან „იკარგება" **შედეგის ულირსობა**, იმის მიუხედავად, რომ შედეგის ობიექტური შერაცხვა განხორციელებულია. თუ ასეთ სიტუაციაში ეს სამართლებრივი სიკეთე დაზიანდება იმ პირის მიერ, ვისაც გაცნობიერებული არა აქვს აუცილებელი მოგერიების ვითარება, მაშინ მისი მოქმედება მცდელობად უნდა შეფასდეს, რადგან მისი ბოროტი ნება მიმართული იყო „უვარგის ობიექტზე." ამგვარი მიდგომა ერთგვარ გავლენას ახდენს შერეული უმოქმედობისა და თანამონაწილეობის არასებობის თუ არარსებობის და სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საკითხების განსაზღვრაზე.

პროფ. დოქტორი, ირაკლი დვალიძე

აუცილებელი მოგერიება და „უვარგისი ობიექტი“

რეზიუმე

ნაშრომში გამოკვლეულია ობიექტურად არსებული, მაგრამ სუბიექტურად შეუცნობელი აუცილებელი მოგერიების ვითარების მართებული სამართლებრივი კვალიფიკაციის საკითხი. იმის მიუხედავად, რომ ასეთ ვითარებაში სამართლებრივი სიკეთე რეალურად დაზიანებულია, ნორმატიული თვალსაზრისით, საკმარისი არ არის განხორციელებული ქმედება დამთავრებულ დანაშაულად შეფასდეს. აქ გადამწყვეტია თვით დაზიანებული, მაგრამ საფრთხის შემქმნელი სამართლებრივი სიკეთის „სტატუსი.“ სამართალი მხოლოდ ისეთ სამართლებრივ სიკეთეს იცავს, რომელიც მართლზომიერ სამართლებრივ ურთიერთობაში იმყოფება, ხოლო როგორც კი ეს სამართლებრივი სიკეთე ისეთ საფრთხეს უქმნის სხვა სამართლით დაცულ სიკეთეს, რომ აუცილებელი მოგერიების ვითარება წარმოიშობა, მაშინ საფრთხის შემქმნელი სამართლებრივი სიკეთე დაცვის ღირსი აღარ არის მატერიალური მართლწინააღმდეგობის გადმოსახედიდან, რადგან „იკარგება“ შედეგის ულირსობა, იმის მიუხედავად, რომ შედეგის ობიექტური შერაცხვა განხორციელებულია. თუ ასეთ სიტუაციაში ეს სამართლებრივი სიკეთე დაზიანდება იმ პირის მიერ, ვისაც გაცნობიერებული არა აქვს აუცილებელი მოგერიების ვითარება, მაშინ მისი მოქმედება მცდელობად უნდა შეფასდეს, რადგან მისი ბოროტი ნება მიმართული იყო „უვარგის ობიექტზე.“ შედეგის ულირსობისა და მომგერიებლის მხრიდან განხორციელებული ქმედების სუბიექტური ფაქტორების გათვალისწინებით, ნაშრომში სხვა მნიშვნელოვანი დასკვნებიც არის გაკეთებული შერეულ უმოქმედობასა და თანამონაწილეობასთან დაკავშირებით.

Prof. Dr. Irakli Dvalidze
Ivane Javakhishvili Staatliche Universität Tbilissi

Abstract: Notwehr und untaugliches Objekt

Der Beitrag erforscht die Frage der strafrechtlichen Behandlung der objektiv vorhandenen, aber subjektiv unbewussten Notwehr. Obwohl unter gegebenen Umständen das Rechtsgut real beschädigt ist, ist es in normativer Hinsicht nicht ausreichend, eine ausgeübte Tat als vollendete Straftat zu bezeichnen. Hier ist der Status des beschädigten und gefährdeten Rechtsgutes entscheidend. Das Recht schützt nur solche Rechtsgüter, die sich in rechtmäßigen Rechtsverhältnissen befinden. Sobald ein Rechtsgut einem weiteren Rechtsgut eine Gefahr bereitet, so dass eine Notwehrsituation entsteht, ist ein gefährdetes Rechtsgut nicht mehr schutzwürdig ausgehend von der materiellen Rechtswidrigkeit, denn die Unwürdigkeit der Folgen geht verloren ungeachtet dessen, ob die objektive Zurechnung der Folgen eingetreten ist. Wird unter gegebenen Umständen dieses Rechtsgut durch eine Person beschädigt, die sich der Notwehrsituation bewusst ist, so ist diese Tat als Versuch zu subsumieren, wenn der böse Wille gegen das untaugliche Objekt gerichtet war. Unter Beachtung der Unwürdigkeit der Folgen und der subjektiven Faktoren der Taten der Notwehrleistenden gibt es wichtige Schlussfolgerungen bezüglich der gemischten Unterlassung und Mitbeteiligung.

გიორგი თუმანიშვილი
სამართლის დოქტორი,
ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტის
პროფესორი

აღდგენითი (რესტორაციული) მართლმსაჯულება და მისი განვითარების პერსპექტივა საქართველოში

1. შესავალი

უკანასკნელი წლების განმავლობაში დანაშაულის მსხვერპლის საკითხმა განსაკუთრებული კრიმინალურ-პოლიტიკური მნიშვნელობა შეიძინა. კრიტიკის საგანი გახდა ის, რომ სისხლის სამართლის პროცესი ცენტრირებულია მხოლოდ ბრალდებულზე და იგი დანაშაულის მსხვერპლს, მის ინტერესებსა და საჭიროებებს ნაკლებად უთმობს ადგილს. დანაშაულის მსხვერპლის პროცესუალური მდგომარეობის გაუმჯობესების აუცილებლობის კრიმინალურ-პოლიტიკურ დისკუსიასთან პარალელურად, აქტიურად მიმდინარეობდა მსჯელობა დაკავშირებული ტრადიციული სისხლის სამართლის პროცესის ალტერნატიული საშუალებების განვითარებაზე, რომელიც უფრო ეფექტური და ეკონომიური უნდა ყოფილიყო. აღნიშნული მისწრაფების რეალიზაციის საშუალებად მიჩნეულ იქნა „აღდგენითი (რესტორაციული) მართლმსაჯულების" დანერგვა, რომელიც არაერთ ქვეყანაში, მათ შორის საქართველოშიც, სისხლის სამართლის საქმეებზე ე.წ. „მედიაციის" ინსტიტუტის შემოღებით განხორციელდა.

აღდგენითი მართლმსაჯულების განვითარების აუცილებლობაზე იმსჯელა აგრეთვე ევროპის საბჭომ და გაერომ, რომლებმაც მიიღეს სისხლის სამართლის სფეროში მედიაციასთან დაკავშირებული საერთაშორისო რეგულაციები და ამით აღდგენით მართლმსაჯულებასთან დაკავშირებით შექმნეს საერთაშორისო სტანდარტები[1].

„აღდგენითი მართლმსაჯულება" მულტიდისციპლინური კატეგორიაა და მას სისხლის სამართლის მეცნიერების გარდა, განიხილავს ასევე კრიმინოლოგია, ვიქტიმოლოგია, სოციოლოგია, სოციალურ-პედაგოგიკა, სოციალური და სამართლის ანთროპოლოგია. მისი ფუძემდებლური იდეა რესტიტუციაში მდგომარეობს, რომელსაც რეპრესიის საპირისპირო გაგება აქვს. აღდგენითი მართლმსაჯულების ფარგლებში „რესტიტუციას" ზოგადად „პირვანდელი მდგომარეო-

[1] იხ. *ევროსაბჭოს მინისტრთა კომიტეტი:* რეკომენდაცია №R (99)19 სისხლის სამართლის საქმებზე მედიაციის თაობაზე; *ეკონომიკური და სოციალური საბჭო*, 2002/12: სისხლის სამართლის საქმებზე აღდგენითი მართლმსაჯულების პროგრამების გამოყენების ძირითადი პრინციპები; *ევროსაბჭოს მინისტრთა კომიტეტი:* რეკომენდაცია Rec. (2006)8 დანაშაულის მსხვერპლთა დახმარების თაობაზე.

ბის აღდგენის“ მნიშვნელობა ენიჭება, რაც, ერთი მხრივ, დანაშაულის ჩამდენსა და დანაშაულის მსხვერპლს შორის „დარღვეული სოციალური ურთიერთობების“ აღდგენას და მეორე მხრივ, დანაშაულის შედეგად გამოწვეული ზიანის ანაზღაურებას გულისხმობს. აქედან გამომდინარე, წინამდებარე სტატიაში აღდგენითი მართლმსაჯულების საკითხი განხილულ იქნება როგორც სისხლისსამართლებრივი, ისე კრიმინოლოგიური, სოციოლოგიური და სოციალურ-პედაგოგიური თვალთახედვით. ამავე დროს, განსაკუთრებული ყურადღება დაეთმობა იმის გარკვევას, თუ რამდენად ტოვებს ტრადიციული სისხლისსამართლებრივი მართლმსაჯულება ადგილს მის პარალელურად აღდგენითი მართლმსაჯულების განვითარებისათვის.

2. აღდგენითი (რესტორაციული) მართლმსაჯულება, როგორც ტრადიციული სისხლისსამართლებრივი მართლმსაჯულების ალტერნატივა

ტრადიციული სისხლისსამართლებრივი მართლმსაჯულება ეფუძნება დანაშაულის დასჯის სახელმწიფო მონოპოლიის პრინციპს. ამ პრინციპის მიხედვით, დანაშაულის მსხვერპლსა და სამართალდამრღვევს შორის წარმოშობილი „კონფლიქტის“ მოგვარება სახელმწიფოს ამოცანაა. „სახელმწიფო იუსტიცია“ აქტიურად ერევა ზემოაღნიშნულ კონფლიქტში და სჯის დამნაშავეს სამართლიანობისა და დარღვეული სამართლებრივი წესრიგის აღსადგენად, რაც როგორც დანაშაულის მსხვერპლის, ისე საზოგადოების ინტერესებში ხორციელდება. ვინაიდან, დანაშაულის დასჯის პასუხისმგებლობას სახელმწიფო კისრულობს, მხოლოდ პროკურორს აქვს სახელმწიფოს სახელით სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყებისა და განხორციელების შესახებ გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილება და არა ცალკეულ მოქალაქეებს. სახელმწიფო დანაშაულის დასჯის მონოპოლიას ახორციელებს „ex officio“ და არა დაზარალებულისა და სხვა პირების სურვილის შესაბამისად. სახელმწიფო რეაგირებას ახდენს ყველა კატეგორიის დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში, მაშინაც კი, როცა დაზარალებულს სხვადასხვა მიზეზის გამო არ სურს მის მიმართ ჩადენილი დანაშაულის დასჯა. დაზარალებულს უფლება აქვს დანაშაულის შესახებ განცხადებით მიმართოს სამართალდამცავ ორგანოებს ან გამოვიდეს სისხლის სამართლის პროცესში მოწმედ. სხვა მხრივ მას არავითარი ზეგავლენის მოხდენა არ შეუძლია სისხლის სამართლის პროცესის დაწყებასა და დასრულებაზე. აღნიშნული დებულება გამომდინარეობს საჯარო ინტერესიდანაც, რომ ჩადენილი დანაშაულები არ დარჩეს რეაგირების გარეშე. ამრიგად, სისხლისსამართლებრივი მართლმსაჯულების განხორციელების პროცესში ერთმანეთს უპირისპირდებიან სახელმწიფო და სამართალდამრღვევი. სისხლის სამარ-

თლის პროცესში სახელმწიფო ცდილობს დაადგინოს: დაარღვია თუ არა პირმა მატერიალური სისხლის სამართლის ნორმა, და თუ კანონის დარღვევას დაადგენს, წყვეტს მისთვის სასჯელის დაკისრების საკითხს.

ზემოაღნიშნულისგან განსხვავებით, აღდგენითი (რესტორაციული) მართლმსაჯულების ფარგლებში დანაშაულებრივ ქმედებას განსხვავებული მნიშვნელობა ენიჭება. დანაშაული, როგორც სახელმწიფოს მიერ დადგენილი სისხლისსამართლებრივი ნორმის დარღვევა, მხოლოდ მეორეხარისხოვნად არის დანახული. დანაშაული, პირველ რიგში, განიხილება, როგორც ინდივიდებს შორის არსებული კონფლიქტი, რომელიც ზიანს აყენებს დანაშაულის მსხვერპლს, საზოგადოებასა და თავად სამართალდამრღვევს. აქედან გამომდინარე, აღდგენითი მართლმსაჯულება ეფუძნება მოსაზრებას, რომ მხარეებს შორის არსებული კონფლიქტის გადაწყვეტაში სახელმწიფოს არ უნდა ეკავოს დომინირებული მდგომარეობა და სისხლის სამართლის პროცესი კონფლიქტის გადაწყვეტისას უნდა იძლეოდეს დაზარალებულის, სამართალდამრღვევისა და საზოგადოების აქტიური მონაწილეობის შესაძლებლობას. მართლმსაჯულების სისტემის უპირველესი ამოცანა არა დამნაშავის დასჯაში, არამედ მხარეების შერიგებასა და დამნაშავის მიერ დაშვებული შეცდომის გამოსწორების ხელშეწყობაში უნდა მდგომარეობდეს. შესაბამისად, სისხლის სამართლის პროცესი უნდა იყოს იქითკენ მიმართული, რომ დაზარალებულმა და სამართალდამრღვევმა მიაღწიონ გარკვეულ შეთანხმებას, რაც შეიძლება ასევე ამ უკანასკნელის მიერ დაზარალებულისთვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურებასაც ითვალისწინებდეს. დაზარალებულისა და სამართალდამრღვევის მიერ კონფლიქტის ურთიერთშეთანხმების გზით გადაწყვეტის საკითხს, როგორც წესი, ტრადიციულ სისხლის სამართლის პროცესში არ ექცევა სათანადოდ ყურადღება და იგი სამოქალაქო პროცესისთვის არის დათმობილი. სისხლისსამართლებრივი მართლმსაჯულების მნიშვნელოვან პრობლემად მიჩნეულია ის, რომ დამნაშავე წარმოადგენს სასჯელის პასიურ ადრესატს, რომელსაც სახელმწიფო სასჯელს „დამსჯელი ორგანოების" მეშვეობით აკისრებს. აღნიშნულ სასჯელს არ ძალუძს დანაშაულის შედეგად დამდგარი ზიანის გამოსწორება, არამედ იგი იწვევს დამატებით ზიანს. საბოლოო ჯამში, დანაშაულის მსხვერპლიცა და დამნაშავეც ზიანდებიან. ამიტომ სახელმწიფომ კონფლიქტში მონაწილეობით მაქსიმალურად უნდა შეიტანოს თავისი წვლილი დანაშაულის შედეგების გამოსასწორებლად[2].

აღდგენითი მართლმსაჯულების მოდელის მიხედვით, სახელმწიფო უნდა იყოს სამართლებრივი წესრიგის დამკვიდრებაზე პასუხისმგებელი, ხოლო საზოგადოება – საზოგადოების წევრებს შორის სტაბილური და მშვიდობიანი ურთიერთობის შენარჩუნებაზე. სახელმწიფოს დაზარალებულთან და

---

[2] შად.: *Kilchling, M.*, Opferinteressen und Strafverfolgung, 1995, 15; *Sessar, K./Beurskens, A./ Boers, K.*, Wiedergutmachung als Konfliktregelungsparadigma? ჟურნალში: Kriminologisches Jurnal, 1986, 86-104.

სამართალდამრღვევთან უნდა გააჩნდეს იმგვარი დამოკიდებულება, რომ სამართლებრივი წესრიგის აღდგენა „რეპარაციის" მეშვეობით იყოს შესაძლებელი. ასეთი მიდგომა ხელს უწყობს რესტიტუციისა და კომპენსაციის გამარტივებას და ამავდროულად, იძლევა დანაშაულის ჩამდენის მიმართ სამართლიანი მოპყრობის გარანტიას. საზოგადოების ჩართულობა მიმართული უნდა იყოს დანაშაულის მსხვერპლსა და სამართალდამრღვევს შორის დარღვეული მშვიდობიანობის აღდგენისაკენ. საზოგადოების წევრები კონფლიქტში მონაწილეობისას არწმუნებენ დანაშაულის ჩამდენს, რომ მან თავის თავზე აიღოს მთელი პასუხისმგებლობა დანაშაულის შედეგების გამოსწორებაზე და ასევე ხელს უწყობენ მის პიროვნებაში პროსოციალური ფასეულობების გამომუშავებას. საზოგადოების აქტიური მონაწილეობა მართლმსაჯულების განხორციელების პროცესში აძლიერებს თავად საზოგადოებას და ამყარებს მის ფასეულობებს (მაგალითად, საზოგადოების სხვა წევრების პატივისცემა), რაც სამართალდამრღვევის საზოგადოებაში რეინტეგრაციის უმნიშვნელოვანეს წინაპირობას წარმოადგენს. მაშასადამე, რესტორაციული მართლმსაჯულების მოდელი ცდილობს დანაშაულის მსხვერპლის, დანაშაულის ჩამდენის, საზოგადოებისა და სახელმწიფოს უფლებებისა და პასუხისმგებლობის დაბალანსებას, რამაც უნდა მისცეს დაზარალებულსა და დამნაშავეს შერიგების და მათ შორის არსებული კონფლიქტის მშვიდობიანი მოგვარების საშუალება.

ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, შესაძლებელია ითქვას, რომ აღდგენითი მართლმსაჯულების მოდელი დანაშაულს ადამიანებისა და მათი ურთიერთდამოკიდებულების ხელყოფად მიიჩნევს, რაც შექმნილი სიტუაციის გამოსწორების და პირვანდელი მდგომარეობის აღდგენის ვალდებულებას წარმოშობს. ჭეშმარიტი სამართლიანობა გულისხმობს დამნაშავის, დანაშაულის მსხვეპლისა და საზოგადოების აქტივობას გამოსავლის საპოვნელად, დანაშაულის შედეგების გამოსწორების, შერიგებისა და უსაფრთხოების მისაღწევად. აღდგენითი მართლმსაჯულება ფუნდამენტურად სოციალური ურთიერთობების აღდგენის ირგელივ ტრიალებს. მისი მიზანია აგრეთვე ისეთი სოციალურად თანასწორი ურთიერთობების დამკვიდრება, სადაც ნებისმიერი ინდივიდის უფლებები და ღირსება თანაბრად იქნება დაცული. აღდგენითი მართლმსაჯულების მოდელი ორიენტირებულია არა მხოლოდ სამართალდამრღვაზე, არამედ დანაშაულის მსხვერპლზეც და ამ უკანასკნელისთვის მიყენებულ ზიანს განსაკუთრებული ყურადღების ცენტრში აქცევს. დანაშაულებრივ ქმედებაზე რეაქციის მიზანია დამდგარი ზიანის აღმოფხვრა, გამოსწორება და ასევე დაზარალებულისა და დანაშაულის ჩამდენის რეაბილიტაცია, რაც მათი საზოგადოებაში რეინტეგრაციისა და სოციალური ურთიერთობების აღდგენის უმნიშვნელოვანეს წინაპირობას წარმოადგენს.

3. მედიაცია სისხლის სამართლის საქმეებზე

როგორც უკვე აღინიშნა, არაერთ ქვეყნაში აღდგენითი მართლმსაჯულება ხორციელდება ე.წ. „მედიაციის"[3] გზით. მედიაციის ინსტიტუტი, როგორც სისხლისსამართლებრივი დევნის ალტერნატიული მექანიზმი, წარმატებით ფუნქციონირებს ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და დასავლეთ ევროპის მრავალ ქვეყანაში. „მედიაცია" ზოგადად შემდეგნაირად არის განმარტებული: იგი წარმოადგენს პირდაპირი ან არაპირდაპირი ტრიადული ინტერაქციული ფორმით წარმოებული კონფლიქტის გადაჭრის პროცესს, რომელიც მიმართულია კონფლიქტის მხარეებს შორის (ე.წ მედიანტები) კონსენსუსის მიღწევის გზით გამოსავლის პოვნისაკენ; იგი ხორციელდება ნეიტრალური მესამე პირის (მედიატორი) პროცესში ჩართვით, რომელსაც გადაწყვეტილების მიღების კომპეტენცია არ გააჩნია, თუმცა უფლებამოსილია აწარმოოს მხარეებს შორის მოლაპარაკება[4]. უფრო კონკრეტულად კი მედიაცია (იგივე შუამავლობა) არის სასამართლოს ფარგლებს გარეთ, არასაქვეყნო დავის გადაწყვეტის კონსტრუქციული და განსაკუთრებული ფორმის პროცესი,რომლის დროსაც მოდავე მხარეები ნებაყოფლობით მესამე პირის, მედიატორის დახმარებით თავისი ინტერესებისა და მოთხოვნილებების შესაბამის ერთსულოვან გადაწყვეტილებას აღწევენ. როდესაც მედიაცია სისხლის სამართლის ფარგლებში ხორციელდება, კონფლიქტის საგანს სისხლისსამართლებრივად რელევანტური საქმის გარემოებათა კომპლექსი წარმოადგენს, ხოლო მედიანტებად დანაშაულის მსხვერპლი და დანაშაულის ჩამდენი გვევლინებიან[5].

სისხლის სამართლის საქმეებზე მედიაცია საერთაშორისო კონტექსტში იწოდება როგორც „დანაშაულის მსხვერპლსა და დანაშაულის ჩამდენს შორის მედიაცია" (victim-offender mediation). საყურადღებოა ის გარემოება, რომ საერთაშორისო კონტექსტში მედიაციის დროს პირველ ადგილზე დაზარალებული სახელდება. ამით ხაზია გასმული სისხლის სამართლის

---

[3] ცნება „მედიაცია" წარმოდგება ლათინური სიტყვიდან „medius" და ნიშნავს ორ განსხვავებულ შეხედულებას ან მხარეს შორის შუალედური პოზიციის დაცვას, ნეიტრალურობას, მიუკერძოებლობას, იხ. *Wesel, U.*, Risiko Rechtsanwalt, 2001, 196-დან.

[4] შეად.: *Koch, K.-F.*, Konfliktmanagement und Rechtsanthropologie: Ein Modell und seine Anwendung in einer ethnologischen Vergleichsanalyse, კრებულში: Zugang zum Recht, 1978, 85; *Breidenbach, S.*, Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, 1995, 135; *Eidenmüller, H.*, Verhandlungsmanagement durch Mediation, წიგნში: Mediation in der Anwaltspraxis, მე-2 გამოცემა, 2004, 33; *Eisele, J.*, Außergerichtliche Streitbeilegung und Mediation, ჟურნალში: Jura 2003, 656-659; *Hafi, F.*, Verhandlung und Mediation, მე-2 გამოცემა, 2000,244; *Zartmann, S.*, Mediation im Arbeitsrecht, 2003, 2.

[5] შეად.: *Arnaud, A.-J.*, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 1993, 13; *Faget, J.*, La mediation, Essai de politique pénale, Ramonville Saint-Agne, 1997, 13; *Jung, H.*, Mediation: Paradigmawechsel in der Konfliktregelung? წიგნში: Festschrift für Hans Joachim Schneider zum 70. Geburtstag am 14. November 1998. Kriminologie an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, 1998, 916.

პროცესში დაზარალებულის ინტერესების გათვალისწინების მნიშვნელობასა და აუცილებლობაზე[6]. ამავე სახელით არის აღნიშნული ინსტიტუტი ცნობილი, მაგალითად, აშშ-ში, კანადასა და გაერთიანებულ სამეფოში. გერმანიაში მას „დანაშაულის ჩამდენსა და დაზარალებულს შორის შეთანხმების" (Täter-Opfer-Ausgleich) სახელით მოიხსენიებენ, ხოლო ნორვეგიაში მას „კონფლიქტი და მედიაციას" (Konflict and Mediation) უწოდებენ. საფრანგეთში აღნიშნული ინსტიტუტი მოხსენიებულია, როგორც „მედიაცია სისხლის სამართლის პროცესში" (médiation dans le cadre d'une procedure pénale, შემოკლებით „médiation pénale", არასრულწლოვნების სისხლის სამართლის საქმეებზე კი „réparation")[7].

კრიმინოლოგიურ და სოციალურ-პედაგოგიურ ლიტერატურაში ხშირად საუბრობენ მედიაციის სისხლის სამართლის პროცესის ფარგლებში განვითარების აუცილებლობაზე და ყურადღებას ამახვილებენ მის დადებით მხარეებზე. მედიაციის ინსტიტუტის სასარგებლოდ აღინიშნება, რომ იგი:

ხელს უწყობს დაზარალებულსა და დამნაშავეს შორის ადამიანური ურთიერთობების აღდგენას;

– ეხმარება დაზარალებულს ემოციურ, მორალურ და მატერიალურ რესტიტუციაში;

– ხელს უწყობს დამნაშავის რესოციალიზაციასა და მის პიროვნულ მომწიფებას;

– აუმჯობესებს დანაშაულის მსხვერპლის სისხლის სამართლის პროცესში აქტიური მონაწილეობისა და ჩართულობის შესაძლებლობებს;

– ხელს უწყობს „იუსტიციის აპარატის" განტვირთვას, ხდის პროცესს უფრო ეკონომიურს და ამით აუმჯობესებს „იუსტიციის აპარატის" მუშაობას;

– დანაშაულის ჩამდენს თავიდან არიდებს ნასამართლობას და ამით სისხლის სამართალს ხდის კიდევ უფრო ლიბერალურსა და ჰუმანურს[8].

---

[6] შეად. *Weitekamp, E. G. M.*, Mediation in Europe: Paradoxes and Promises, კრებულში: Restorative Justice For Juveniles: Conferencing, Mediation, and Circles, 2001, 146; ამის საწინააღმდეგოდ გამოთქმულია შეხედულება, რომ „მედიაცია" ნეიტრალურობის პრინციპზეა დაფუძნებული და მესამე პირებს მოდავე მხარეების მიმართ თანასწორი დამოკიდებულება უნდა გააჩნდეთ; შესაბამისად, დისკუსია იმის შესახებ, თუ რომელი მედიანტი დასახელდება პირველ ადგილზე, საფუძველმოკლებულია, იხ. *Tränkle, S.*, Im Schatten des Strafrechts. Eine Untersuchung der Mediation in Strafsachen am Beispiel des deutschen Täter-Opfer-Ausgleichs und der französischen médiation pénale auf der Grundlage von Interaktions- und Kontextanalysen, 2007, 7.

[7] იხ. *Tränkle, S.*, იქვე.

[8] შეად.: *Delattre, G.*, TOA in Deutschland, კრებულში: Fachtage Herbstein 2001, 11, Berufsbegleitender Lehrgang zum Konfliktberater/zur Konfliktberaterin im Arbeitsfeld Täter-Opfer-Ausgleich, 2001, 25; *Rössner, D.*, Wiedergutmachung statt Übelvergelten, კრებულში: Täter-Opfer-Ausgleich. Vom zwischenmenschlichen Weg zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens, 1989, 41; *Bauer, Y.*, Täter-Opfer-Ausgleich in der Kritik, 1997, 9; *Schild, W.*, Täter-Opfer-Ausgleich als Strafe, წიგნში: Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, 1995, 171.

კონფლიქტის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმების მიმართ არც ქართველი კანონმდებელი დარჩა გულგრილი და 1998 წლის 20 თებერვლის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში, 2010 წლის 21 ივლისს შეტანილი ცვლილებების შედეგად, არასრულწლოვანთა სისხლის სამართლის საქმეებზე დანერგა მედიაციისა[9] და განრიდების ინსტიტუტი. განრიდებისა და მედიაციის პროგრამას, როგორც სისხლისსამართლებრივი დევნის ალტერნატიულ მექანიზმს ითვალისწინებს აგრეთვე დღეს მოქმედი ახალი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი. კერძოდ, სსსკ-ის 105-ე მუხლის მე-4, მე-5 ნაწილები, დასაბუთებული ვარაუდის არსებობის შემთხვევაში, რომ არასრულწლოვანმა ჩაიდინა ნაკლებად მძიმე ან მძიმე დანაშაული, ანიჭებენ პროკურორს უფლებამოსილებას, უარი თქვას სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყებაზე, ასევე დაწყებული სისხლისსამართლებრივი დევნის გაგრძელებაზე და გააფორმოს არასრულწლოვანთან ხელშეკრულება განრიდების ან მედიაციის შესახებ. ამავე მუხლის მე-6 ნაწილის შესაბამისად, თუ არასრულწლოვანი არაჯეროვნად ასრულებს მასთან გაფორმებულ განრიდების ან მედიაციის შესახებ ხელშეკრულებას, პროკურორი უფლებამოსილია გააუქმოს გადაწყვეტილება სისხლისსამართლებრივი დევნის არდაწყების ან უკვე დაწყებული სისხლისსამარლებრივი დევნის შეწყვეტის შესახებ და დაიწყოს ან განააახლოს სისხლისსამართლებრივი დევნა. მაშასადამე, ზემოაღნიშნული საკანონმდებლო სიახლე, რომელიც ეფუძნება აღდგენითი მართლმსაჯულების იდეას, საშუალებას აძლევს პროკურორს, არ დაიწყოს ან შეწყვიტოს სისხლისსამართლებრივი დევნა ცალკეული კატეგორიის დანაშაულებზე სისხლისსამართლებრივი დევნის საჯარო ინტერესის არარსებობის პირობებში და ამავე დროს, არ დატოვოს დანაშაულის ფაქტი და დაზარალებულის ინტერესი რეაგირების გარეშე. განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის წარმატებით განხორციელების შემთხვევაში არასრულწლოვანი განრიდებულ იქნება სისხლის სამართლის კრიმინალურ სისტემასა და ნასამართლობისგან, თავიდან იქნება აცილებული რეციდივი და ხელი შეეწყობა არასრულწლოვნის გამოსწორებასა და მის კანონმორჩილ პიროვნებად ჩამოყალიბებას[10]. აღ-

[9] ქართული საკანონმდებლო აქტები მედიაციას განმარტავენ, როგორც არასრულწლოვანსა და დაზარალებულს შორის დიალოგის პროცესს, რომელსაც უძღვება მედიატორი და რომლის მიზანია არასრულწლოვნისა და დაზარალებულის შერიგება და მათ შორის კონფლიქტის გადაწყვეტა, ასევე დანაშაულით გამოწვეული ემოციური თუ მატერიალური შედეგების გამოსწორება და სამართლიანობის აღდგენა; იხ. საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 12 ნოემბრის №216 ბრძანებით დამტკიცებული „სახელმძღვანელო მითითებები პროკურორებისთვის განრიდებისა და მედიაციის შესახებ და მხარეებს შორის გასაფორმებელი ხელშეკრულების ძირითადი პირობები", ტერმინთა განმარტება; ასევე საქართველოს სპორტისა და ახალგაზრდობის საქმეთა მინისტრის 2010 წლის 7 დეკემბრის №94 ბრძანებით დამტკიცებული „განრიდებისა და მედიაციის შესახებ სახელმძღვანელო მითითებები მედიატორებისათვის", ზოგადი დებულებანი და ტერმინთა განმარტება.

[10] იხ. საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 12 ნოემბრის №216 ბრძანებით დამტ-

სანიშნავია, რომ განრიდების პროგრამა შეიძლება განხორციელდეს როგორც დამოუკიდებლად, მედიაციის გარეშე, ისე მედიაციასთან ერთად. განრიდების შემთხვევაში არასრულწლოვანთან ფორმდება სამოქალაქო ხელშეკრულება, რომლის მხარეებიც არიან არასრულწლოვანი, მისი კანონიერი წარმომადგენელი, პროკურორი და სოციალური მუშაკი და რომელიც ითვალისწინებს არასრულწლოვნის ქცევის შეზღუდვასა და სხვა უფლება-მოვალეობებს. თუ დაზარალებულიც გამოთქვამს აღნიშნულ პროცესში მონაწილეობის სურვილს, მაშინ ხორციელდება მედიაციის პროცედურები და საბოლოოდ იდება განრიდებისა და მედიაციის ხელშეკრულება, რომელშიც დამატებით მონაწილეობენ დაზარალებული და მედიატორი[11].

აღსანიშნავია, რომ კანონმდებელმა სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში 2011 წლის 21 ივნისს შეტანილი ცვლილებით კიდევ უფრო ფართოდ გაუღო კარი სისხლის სამართლის საქმეებზე ინტერვენციის არატრადიციულ მეთოდებს. თუკი მანამდე კონფლიქტის გადაჭრის ალტერნატიული გზები მხოლოდ არასრულწლოვანთა საქმეებზე იყო გათვალისწინებული, ახლა უკვე სრულწლოვანიც შესაძლებელია ნაკლებად მძიმე ან მძიმე დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში განრიდებულ იქნეს სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას გარკვეული პირობების შესრულების სანაცვლოდ (სსსკ-ის 168[1]-168[2]-ე მუხლები). აღდგენითი მართლმსაჯულების კუთხით ძალზე მნიშვნელოვანია, რომ კანონმდებელმა განრიდების ერთ-ერთ პირობად განრიდების სუბიექტის მიერ დაზარალებულისთვის მიყენებული ზიანის სრულად ან ნაწილობრივ ანაზღაურება გაითვალისწინა (სსსკ-ის 168[1]-ე მუხლის პირველი ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტი). როგორც არასრულწლოვნების შემთხვევაში, სრულწლოვანის განრიდების სუბიექტსა და დაზარალებულს შორის შეთანხმება, დანაშაულებრივი ქმედებით გამოწვეული შედეგების გამოსწორებასთან დაკავშირებით, პრაქტიკაში ხორციელდება ასევე მედიაციის გზით.

ურთიერთკავშირი მედიაციასა და სისხლის სამართალს შორის ერთი შეხედვით, ნაკლებად არის გასაგები. საკითხავია, სისხლის სამართალი, რომელიც კლასიკური გაგებით პირის სახელმწიფო ხელისუფლებისადმი დაქვემდებარებულ ურთიერთობებს გულისხმობს[12], რამდენად ტოვებს ადგილს დაზარალებულის და სამართალდამრღვევის მიერ კონფლიქტის ნებაყოფლობით და არაფორმალური მოლაპარაკების გზით გადაწყვეტისათვის[13]. ვი-

---

კიცებული „სახელმძღვანელო მითითებები პროკურორებისთვის განრიდებისა და მედიაციის შესახებ და მხარეებს შორის გასაფორმებელი ხელშეკრულების ძირითადი პირობების“ ზოგადი დებულებანი.

[11] იხ. იქვე, ტერმინთა განმარტება.

[12] იხ. *ავტორთა კოლექტივი*, სისხლის სამართალის ზოგადი ნაწილი, რედაქტორები: *გ. ნაჭყებია, ი. დვალიძე*, 2007, 7-8.

[13] იხ. ასევე, *Kaspar, J.*, Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht. Rechtliche Grundlagen und Ergebnisse eines Modellprojekts zur anwaltlichen Schlichtung, 2004, 146-147.

ნაიდან, სისხლისსამართლებრივად რელევანტური კონფლიქტის გადაწყვეტაზე სახელმწიფოს აქვს მონოპოლია, განსაკუთრებულ დასაბუთებას საჭიროებს სახელმწიფო იუსტიციის ორგანოების გვერდით მედიაციის, როგორც პარალელური პროცესის ინსტიტუციონალიზება. მედიაციის ლეგიტიმაციისათვის მნიშვნელოვანი წინაპირობაა, რომ მისი მეშვეობით შესაძლებელი უნდა იყოს ტრადიციული სისხლის სამართლის პროცესის ანალოგიური ან მასზე უკეთესი შედეგების მიღწევა, მას უნდა შეეძლოს იმ ფუნქციის შესრულება, რასაც სისხლის სამართალი ასრულებს[14]. საყურადღებოა, რომ მედიაცია არსობრივად განსხვავდება დასჯისგან. სასჯელი განიმარტება, როგორც სახელმწიფოს ცალმხრივი რეაქცია ჩადენილ დანაშაულზე და იძულების განსაკუთრებული ღონისძიება[15]. განსხვავებით ამისგან, მედიაცია ეფუძნება კონცეფციას, რაც კონფლიქტის მხარეთა აქტიურ მონაწილეობას და კონსენსუსს გულისხმობს[16]. მიუხედავად იმ განსხვავებისა, რაც კონფლიქტის გადაჭრის ამ ორ სტრატეგიას შორის არსებობს, გამოთქმულია მოსაზრება, რომ მედიაციის მეშვეობითაც შესაძლოა მიღწეულ იქნეს ის მიზნები, რომლებიც სასჯელის მეშვეობით ხორციელდება[17]. ზემოაღნიშნულ კითხვებზე პასუხის გასაცემად, მნიშვნელოვანია იმის გარკვევა, თუ რამდენადაა შესაძლებელი სისხლის სამართლის საქმეებზე მედიაციის პროცესის წარმატებით განხორციელების შემთხვევაში სასჯელის მიზნების მიღწევა.

4. მედიაცია და სასჯელის მიზნების რეალიზება

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 39-ე მუხლი აყალიბებს სასჯელის მიზნებს. აღნიშნული მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, ეს მიზნებია: სამართლიანობის აღდგენა, ახალი დანაშაულის თავიდან აცილება და დამნაშავის რესოციალიზაცია. ამით კანონმდებელი სასჯელის მიზნებს განსაზღვრავს აბსოლუტურ და პრევენციულ თეორიათა სინთეზირების გზით. თუ აბსოლუტური თეორია სასჯელის მიზნად სამართლიანობის აღდგენას მოიაზრებს, პრევენციული თეორია ახალი დანაშაულის აცილებასა და დამნაშავის რესოციალიზაციაზეა ორიენტირებული (ზოგადი და სპეციალური პრევენცია)[18]. ზოგადი პრევენციის დებულება მოცემულია ასევე სსკ-ის 39-ე მუხლის მე-2 ნაწილში, კერძოდ, ნორმის ადრესატების მიერ კანონისა და სამართლისადმი პა-

---

[14] შეად. *Tränkle, S.*, დასახ. ნაშრ., 14.

[15] იხ. *ავტორთა კოლექტივი*, დასახ. ნაშრ., 349.

[16] შეად. *Trenczek, T.*, Täter-Opfer-Ausgleich - Grundgedanken und Mindeststandards, ჟურნალში: ZRP 1992, 104, 107.

[17] იხ. *Zirn, V.*, Mediation im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2007, 76.

[18] იხ. *ტურავა, მ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-8 გამოცემა, 2010, 287; იხ. ასევე: *ავტორთა კოლექტივი*, დასახ. ნაშრ., 354; *ტურავა, მ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, 41.

ტივისცემის გრძნობის გამომუშავება, რაც ხელს უწყობს დანაშაულის თავიდან აცილებას[19].

ქვემოთ განვიხილოთ სასჯელის ცალკეული მიზნები და თეორიები მედიაციასთან ურთიერთკავშირში.

ა) აბსოლუტური თეორია

სასჯელის აბსოლუტური თეორია, რომელიც ასევე „სამართლიანობის აღდგენის" ან „სამაგიეროს მიზღვის თეორიის" სახელითაც არის ცნობილი, სასჯელს განიხილავს, როგორც სახელმწიფოს რეპრესიული ხასიათის რეაქციას პირის მიერ ჩადენილ დანაშაულზე[20]; სასჯელმა დამსახურებულად უნდა მოუტანოს პიროვნებას მისთვის ზოგადად არასასურველი, უსიამოვნო შედეგი. *იმანუელ კანტი* და *გეორგ ვილჰელმ ჰეგელი*, როგორც სასჯელის აბსოლუტური თეორიის ფუძემდებლები, სასჯელის რეპრესიულ ფუნქციას იმით ასაბუთებდნენ, რომ უმართლობას დროის, სიმძიმის, ფორმისა და ფასის მიხედვით, თანაბარმნიშვნელოვანი სასჯელი უნდა მოჰყოლოდა, რათა აღდგენილიყო სამართლიანობა[21].

დღესდღეობით სასჯელის რეპრესიული ფუნქცია არა სამაგიეროს მიზღვაში, არამედ დანაშაულის გამოსყიდვაშია დანახული[22]. ე.წ. „დანაშაულის გამოსყიდვის თეორიას" საფუძვლად უდევს მოსაზრება, რომ დამნაშავე მის მიერ ჩადენილი ქმედების გამო კვლავ გამოისყიდის დანაშაულს მართლწესრიგის წინაშე და ამ გზით შეურიგდება მას[23]. თუკი სამაგიეროს მიზღვა სახელმწიფოს იძულებითი ხასიათის რეაქციაში გამოიხატება, დანაშაულის გამოსყიდვა თავად დამნაშავის აქტიურ მონაწილეობას გულისხმობს[24]. დანაშაულის გამოსყიდვის შემთხვევაში პირი მისთვის შეფარდებულ სასჯელს არა მარტო ითმენს, არამედ მას, საკუთარი მორალური პრინციპებიდან გამომდინარე, სამართლიანად მიიჩ-

---

[19] იხ. *ტურავა, მ.*, 2010, იქვე; *ტურავა, მ.*, 2011, იქვე.

[20] იხ.: *ტურავა, მ.*, დასახ. ნაშრ., 2010, 288; *ტურავა, მ.*, დასახ. ნაშრ., 2011, 43.

[21] იხ. *გესელსი, ი., ბოილკე, ვ.*, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი. დანაშაული და მისი აგებულება, 38-ე გადამუშავებული გამოცემა, *დვალიძე, ი.* (რედ.), 2010, 6.

[22] იხ.: *Zirn, V.*, დასახ. ნაშრ., 77; *Bruns, H.-J.*, Strafzumessungsrecht – Gesamtdarstellung, მე-2 გამოცემა, 1974, 203.

[23] *გესელსი, ი., ბოილკე, ვ.*, იქვე. იხ. აგრეთვე გერმანიის ფედერალური უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებების 24-ე ტომი, 132, 134; 29-ე ტომი, 319-320; მეცნიერთა ერთი ნაწილი, უარყოფს დანაშაულის გამოსყიდვის თეორიას იმ მიზეზით, რომ გამოსყიდვის, იგივე შერიგების პირობა, ამ აქტის ნებაყოფლობით განხორციელებაა, სასჯელი კი პირის არასასურველ გარემოში იძულებით მოთავსებას გულისხმობს და ამის გამო მონანიებას სასჯელის აქტთან დაკავშირებას არასწორად მიიჩნევს. იხ. *Heinrich, B.*, Strafrecht – Allgemeiner Teil I, Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt, 2005, ველის ნომ. 15.

[24] იხ. *Bruns, H.-J.*, დასახ. ნაშრ. 200.

ნევს და ამ გზით იგი დანაშაულს გამოისყიდის[25]. ზემოაღნიშნული თეორიის მიმდევრები მიუთითებენ იმაზე, რომ დანაშაულის გამოსყიდვა არ წარმოადგენს იძულებით აქტს, არამედ იგი უმეტესწილად დამნაშავის მიერ ნებაყოფლობით სრულდება; დამნაშავე თავის თავზე იღებს დანაშაულის ჩადენის გამო პასუხისმგებლობას და მთელი სერიოზულობით ცდილობს მიაღწიოს დაზარალებულთან მშვიდობისმყოფელი რესტიტუცია, რაც ამ უკანასკნელს დააკმაყოფილებდა[26].

თუ ამ უკანასკნელ თეორიას გავიზიარებთ, მაშინ ცალსახად შეიძლება ითქვას, რომ დანაშაულის გამოსყიდვა მედიაციის გზითაც არის შესაძლებელი, ვინაიდან სამართლიანობის აღსადგენად სავალდებულო არ არის ყოველთვის რეპრესიული ღონისძიებების გატარება. მედიაცია იძლევა დანაშაულით გამოწვეული შედეგების სამართალდამრღვევის ნებაყოფლობითი მოქმედებებით გამოსწორებისა და კონფლიქტის კონსენსუალური გადაწყვეტით სამართლიანობის აღდგენის შესაძლებლობას. შესაბამისად, მედიაციის ფარგლებში კონფლიქტის გადაჭრა არ მოდის წინააღმდეგობაში სასჯელის აბსოლუტურ თეორიასთან.

ბ) სპეციალური პრევენციის თეორია

სასჯელის სპეციალური პრევენცის თეორია უკავშირდება მომავალი დანაშაულის აღკვეთას. ამ თეორიის მიხედვით სასჯელის მიზანია თავად დამნაშავის პიროვნებაში „დანაშაულის დამარცხება", რაც დამნაშავეზე ზემოქმედებით მიიღწევა[27]. ამრიგად, სასჯელის მიზანია დამნაშავის პიროვნების გამოსწორება, მისი რესოციალიზაცია (ე.წ. **პოზიტიური სპეციალური პრევენცია**) და საზოგადოების დაცვა მისგან დამნაშავის იზოლაციით (ე.წ. **ნეგატიური სპეციალური პრევენცია**)[28].

თუკი *პოზიტიური სპეციალური პრევენცია* სასჯელის მიზანს დამნაშავის რესოციალიზაციაში ხედავს, მაშინ, ამ მხრივ, მედიაციას დამნაშავის პიროვნებაზე განსაკუთრებული პოზიტიური ეფექტის მოხდენა შეუძლია. მედიაციის შედეგად მხარეებს შორის მიღწეული შეთანხმება მისაღებია არა მარტო დაზარალებულისა და სისხლისსამართლებრივი დევნის ორგანოსთვის, ასევე თავად სამართალდამრღვევისთვისაც, რაც არათუ ხელს უწყობს მის რესოციალიზაციას, არამედ თავიდან აგვარიდებს ამ უკანასკნელის მომავალ

---

[25] იხ. გერმანიის ფედერალური უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებების მე-19 ტომი, 201, 206.

[26] იხ. გერმანიის ფედერალური უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებების 48-ე ტომი, 134, 141; ასევე ჟურნალში: StV 2002, 649, 651.

[27] იხ. *Schmidhäuser, E.*, Vom Sinn der Strafe, 1-ლი გამოცემა, 1963, 53.

[28] იხ.: *ტურავა, მ.*, 2011, 44; *Meier, B.-D.*, Strafrechtliche Sanktionen, 2001, 25; *ვესელსი, ი., ბოილკე, ვ.*, დასახ. ნაშრ., 6-7.

ასოციალურ ქმედებებსაც[29]. როგორც წესი, ბრალდებული სისხლის სამართლის საქმის სასამართლოში განხილვის დროს ხშირად უარყობს დანაშაულს, ან ცდილობს მოახდინოს ჩადენილი ქმედების მარგინალიზაცია და ნეიტრალიზაცია. ამისგან განსხვავებით, მედიაციის ფარგლებში სამართალდამრღვევს უწევს მის მიერ ჩადენილ ქმედებასთან კონფრონტაცია, იგი ჩადენილი ქმედებისთვის იღებს პასუხისმგებლობას თავის თავზე, აღიარებს და პატივს სცემს სამომავლოდ სხვის უფლებებს, რასაც აქვს მნიშვნელოვანი აღმზრდელობითი ეფექტი და რაც აადვილებს მის რეინტეგრაციას საზოგადოებაში და ამასთან, გამოუმუშავებს მას სამართალმორჩილების უნარს[30]. მედიაცია აძლევს სამართალდამრღვევს შესაძლებლობას საკუთარი პოზიტიური საქციელით აქტიურად შეუწყოს ხელი ჩადენილი ქმედების შედეგების გამოსწორებას და არ იყოს სასამართლოს მიერ შეფარდებული სასჯელის პასიური ადრესატი, რომლის კავშირი და პროპორციულობა ჩადენილ ქმედებასთან ხშირად მსჯავრდებულისთვის გაუგებარი და მიუღებელია ხოლმე[31]. სამართალდამრღვევს ე.წ. „აქტივობის პრინციპი“[32] ეხმარება აღნიშნული ლეთარგიისა და გაურკვევლობის დაძლევაში და იგი ხედავს, რომ მის პოზიტიურ ინიციატივებს სახელმწიფოს მხრიდანაც პოზიტიური რეაქცია მოჰყვება[33]. იმავეს ადასტურებს აგრეთვე პედაგოგიური ფსიქოლოგიის კვლევის შედეგებიც, რომლის თანახმადაც, პოზიტიური რეაქციითა და ქმედებებით შესაძლებელია უფრო მდგრადად და სტაბილურად შეამეცნო რაიმე ადამიანს, ვიდრე დასჯის რეპრესიული საშუალებებით[34]. ამრიგად, მედიაცია კიდევ

[29] იხ.: *Huchel, U.*, Mediation im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, კრებულში: Handbuch Mediation, Haft, F./Gräfin von Schlieffen K. რედაქტ. 2002, 48-ე პარაგრაფი, ველის ნომერი 48; *Schmidt-Hieber, W.*, Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten und Grenzen für die Beteiligten in den Verfahrensabschnitten, 1986, ველის ნომერი 17; *Schmidt-Hieber, W.*, Absprachen im Strafprozess – Privileg des Wohlstandskriminellen? ჟურნალში: NJW 1990, 1884-1886; *Walter, M.*, Mediation im Strafrechtlichen Bereich: der Täter-Opfer-Ausgleich, კრებულში: Mediation in der Anwaltspraxis, Henssler, M/Koch., L. რედაქტ., მე-2 გამოცემა, 2004, მე-18 პარაგრაფი, ველის ნომერი 7; *Hartmann, U. I.*, Staatsanwaltschaft und Täter-Opfer-Ausgleich – Eine empirische Analyse zu Anspruch und Wirklichkeit, 1998, 30; *Michaelis, L.*, Mediation im Strafrecht – der Täter-Opfer-Ausgleich, ჟურნალში: JA 2005, 828-829; იხ. ასევე *Kaspar, J.*, დასახ. ნაშრ., 13.

[30] იხ. *Walter, M.*, იქვე.

[31] შად. *Schneider, H.-J.*, Viktimologie, 1975, 168.

[32] იხ.: *Sch*üler-Springorum, H., Die Resozialisierung des normalen erwachsenen Straftäters, წიგნში: Festschrift für Maihofer, 1988, 511; *Ostendorf, H.*, Wieviel Strafe braucht die Gesellschaft? 2000, 63; *Roxin, C.*, Wandlungen der Strafzwecklehre, წიგნში: Grundlagen staatlichen Strafens – Festschrift für Müller-Dietz, 2001, 707.

[33] იხ.: *Frehsee, D.*, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987, 115; *Frehsee, D.*, Wiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich im deutschen Strafrecht – Entwicklung, Möglichkeit und Probleme, კრებულში: Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, *Schünemann, B/Dubber, M.* რედაქტ., 2000, 128.

[34] იხ.: *Kerner, H.-J.*, Sanktionen, წიგნში: Kleines Kriminologisches Wörterbuch, Kaiser, G. და

უფრო ეფექტური გზაა დამნაშავის რესოციალიზაციისა და აღზრდისათვის, ვიდრე სასჯელი.

როგორც ზემოთ აღინიშნა, სასჯელის *ნეგატიური სპეციალური პრევენციის* თეორიის მიხედვით, საზოგადოება დაცულ უნდა იქნეს გამოუსწორებელი დამნაშავისაგან მისი ხანგრძლივი ვადით საზოგადოებისგან იზოლაციით, რათა მოხდეს მის მიერ ახალი დანაშაულის ჩადენის აღკვეთა, რაც ძირითადად ეხება დანაშაულის რეციდივის შემთხვევებს[35]. ვინაიდან, გამოუსწორებელ და საშიშ დამნაშავეებთან პრაქტიკაში არ ხდება მედიაციის (ან განრიდების) ხელშეკრულების გაფორმება[36], რთულია ვიმსჯელოთ იმაზე, თუ რამდენად არის შესაძლებელი მედიაციის (და განრიდების) გამოყენებით სასჯელის ნეგატიური სპეციალური პრევენციის მიზნის მიღწევა. თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ მედიაციის (და განრიდების) პროგრამაში მონაწილეობის შემდეგ შესაძლოა პირმა თავი შეიკავოს სამომავლო დანაშაულების ჩადენისაგან. დასავლეთ ევროპის ქვეყნებში ჩატარებული არაერთი კვლევა მიუთითებს იმაზე, რომ იმ პირების უმეტესობას, რომელთაც ჰქონდათ მიღებული მონაწილეობა მედიაციის პროგრამაში, მომავალში აღარ ჩაუდენიათ სხვა დანაშაული[37]. იურიდიულ ლიტერატურაში ასევე არაერთი ავტორი მიიჩნევს, რომ მედიაციის პროცესში პირის მონაწილეობას გააჩნია სხვა დანაშაულების ჩადენისაგან შემაკავებელი ეფექტი. დანაშაულის ჩადენისაგან შემაკავებელ ფაქტორად სახელდება სამართალდამცავ ორგანოების წარმომადგენლებსა და დაზარალებულთან სამართალდარღვევის პირდაპირი კონფრონტაცია, რაც ამ უკანასკნელს განსაკუთრებულად არასასიამოვნო მდგომარეობაში აყენებს[38].

გ) გენერალური (ზოგადი) პრევენციის თეორია

განსხვავებით სპეციალური პრევენციისგან, სასჯელის გენერალური პრევენციის ადრესატია მთელი საზოგადოება. ისევე როგორც სპეციალურ პრევენციას, გენერალურ პრევენციასაც გააჩნია **პოზიტიური** და **ნეგატიური** ასპექტები[39]. *სასჯელის პოზიტიური გენერალური პრევენციის თეორიის* თანახმად, დანა-

---

სხვები რედაქტ., 1993,438; *Kargl, W.*, Friede durch Vergeltung, ჟურნალში: GA 1998, 53; *Meier, B.-D./Rössner, D./ Schöch, H.*, Jugendstrafrecht, 2003, 6.

[35] იხ. *ტურავა, მ.*, იქვე; *Meier, B.-D.*, იქვე.

[36] საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 8 ოქტომბრის №181 ბრძანებით დამტკიცებული „სისხლის სამართლის სახელმძღვანელო პრინციპების" თანახმად, პროკურორმა სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყების შესახებ გადაწყვეტილების მიღების დროს აუცილებლად უნდა გაითვალისწინოს პირის კრიმინალური წარსული და სისხლისსამართლებრივი დევნის პრევენციული გავლენის საკითხი.

[37] იხ. ამის თაობაზე *Keudel, A.*, Die Effizienz des Täter-Opfer-Ausgleichs – Eine empirische Untersuchung von Täter-Opfer-Ausgleichsfällen aus Schleswig-Holstein, 2000, 44.

[38] იხ. *Hartmann, U. I.*, დასახ. ნაშრ., 35; *Schneider, H.-J.*, დასახ. ნაშრ., 191.

[39] იხ. *ტურავა, მ.*, იქვე.

შაულებრივი ქმედების დასჯას გააჩნია საზოგადოების წევრების მხრიდან სამართლისადმი პატივისცემის შეგრძნების გამყარების ეფექტი, რაც საზოგადოებაზე პოზიტიურად ზემოქმედებს[40]. *ნეგატიური გენერალური პრევენციის თეორია* სასჯელის მიზანს საზოგადოების დაშინებაში ხედავს, რათა თავიდან იქნეს აცილებული სხვა დანაშაულებრივი ქმედებები[41].

მედიაციის გზით *სასჯელის პოზიტიური გენერალური პრევენციის* მიზნის მიღწევა დამოკიდებულია იმაზე, თუ საზოგადოების მიერ რამდენად იქნება დანაშაულის მსხვერპლსა და სამართალდამრღვევს შორის არსებული კონფლიქტის კონსენსუალური გადაწყვეტის ფორმა მხარდაჭერილი[42]. დასავლეთ ევროპის ქვეყნებში აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით ჩატარებული გამოკითხვის შედეგები მიუთითებს იმაზე, რომ საზოგადოების წევრების უმრავლესობა პოზიტიურად აფასებს ნაკლებად მნიშვნელოვანი დანაშაულის საქმეებზე დამნაშავის დასჯის ალტერნატიული მექანიზმების გამოყენებით დაზარალებულსა და სამართალდამრღვევს შორის კონფლიქტის გადაჭრას[43]. გასათვალისწინებელია, რომ დანაშაულის ჩადენით ყველაზე მეტად დაზარალებული კარგავს ნდობას სამართლისა და სამართლებრივი წესრიგისადმი. შესაბამისად, როდესაც საუბარია სამართლისადმი ნდობისა და პატივისცემის გრძნობის გამომუშავებაზე, პირველ რიგში, დანაშაულის შედეგად უშუალოდ დაზარალებულ პირის უნდა განუმტკიცდეს სამართლისადმი ნდობა და პატივისცემის გრძნობა[44]. როგორც ზემოთ აღინიშნა, მედიაცია ხელს უწყობს დანაშაულით გამოწვეული ზიანის ანაზაურებასა და დაზარალებულის ინტერესების დაკმაყოფილებას. წარმატებით დასრულებული მედიაციის პროცესის შემდეგ დანაშაულის მსხვერპლს კვლავ გაუჩნდება ნდობა სამართლისა და სამართლებრივი წესრიგისადმი. საზოგადოება, რომლის წევრიცაა დაზარალებული, განსაკუთრებით სოლიდარულია ამ უკანასკნელის მიმართ. ამიტომ, თუ მოხდება დაზარალებულის რესტიტუცია და მისი ინტერესების დაკმაყოფილება, ეს გარკვეულწილად შეუწყობს ხელს ასევე საზოგადოების წევრების მხრიდან სამართლისადმი პატივისცემის შეგრძნების გამყარებას[45].

---

[40] იხ.: *ტურავა, მ.*, დასახ. ნაშრ., 45; *Heinrich, B.*, დასახ. ნაშრომ., ველის ნომერი 17; *Naucke, W.*, Strafrecht – Eine Einführung, მე-9 გამოცემა, 2000, პარაგრაფი 1, ველის ნომერი 140.

[41] იხ. *Schmidhäuser, E.*, დასახ. ნაშრ., 22; *ტურავა, მ.*, იქვე.

[42] იხ.: *Mühlfeld, S.*, Mediation im Strafrecht - Unter besonderer Berücksichtigung von Gewalt in Schule und Strafvollzug, 2002, 144; *Steinhögl, I.- J.*, Der strafprozessuale Deal – Perspektiven einer Konsensorientierung im Strafrecht, 1998, 113.

[43] იხ. *Michaelis, L.*, დასახ. ნაშრ., 832; *Walter, M.*, დასახ. ნაშრ., მე-18 პარაგრაფი, ველის ნომერი 8.

[44] იხ.: *Prittwitz, C.*, Positive Generalprävention und „Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters"?, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, კრებულში: Sonderheft zum 60. Geburtstag von Winfried Hassemer, 2000, 172; *Rieß, P.*, Der Strafprozess und der Verletzte – eine Zwischenbilanz, ჟურნალში: Jura 1987, 284.

[45] იხ. ასევე *Kaspar, J.*, დასახ. ნაშრ., 66.

თუ სასჯელის პოზიტიური გენერალური პრევენციის მიზნის მიღწევა მედიაციის გზით შესაძლებელია, *სასჯელის ნეგატიური გენერალური პრევენციის* მიზნები დანაშაულის შედეგად წარმოშობილი კონფლიქტის კონსენსუალური გადაწყვეტით ვერ მიიღწევა. ვინაიდან სასჯელის ეს უკანასკნელი თეორია სასჯელს მიზნად საზოგადოების დაშინებას უსახავს, მედიაციის შედეგად სამართალდამრღვევისთვის დაკისრებული ვალდებულებები, რომელიც ნებაყოფლობით სრულდება, ვერ მოახდენს საზოგადოების წევრებზე ფსიქოლოგიურ იძულებას, რომ მათ დანაშაული არ ჩაიდინონ. თანამედროვე იურიდიულ ლიტერატურაში სასჯელის ნეგატიური გენარალური თეორია გაკრიტიკებული და უარყოფილია, რადგან სასჯელის დამაშინებელი ეფექტი ემპირიულად არ არის გამყარებული და ამასთან, იგი დამნაშავეს დანაშაულის წინააღმდეგ ბრძოლის უბრალო ობიექტად (მიზნის მისაღწევ საშუალებად) აქცევს, რაც არსებითად ხელყოფს მის კონსტიტუციით გარანტირებულ პატივსა და ღირსებას[46].

5. ზიანის ანაზღაურება, როგორც სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან პერსონალური გათავისუფლების საფუძველი

პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების მნიშვნელოვანი მატერიალური საფუძვლებია დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღება (სსკ-ის 21-ე მუხლი) და ქმედითი მონანიება (სსკ-ის 68-ე მუხლი). მაშინაც კი, როდესაც დაზარალებულისთვის ზიანის ანაზაურებას სისხლის სამართლის კოდექსი პირდაპირ არ მოიხსენიებს, როგორც პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების პერსონალურ საფუძველს, მაინც არის შესაძლებელი გარკვეული პარალელი გავაველოთ დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღებას, ქმედით მონანიებასა და დაზარალებულისთვის ზიანის ანაზღაურებას შორის.

დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღების საფუძვლებზე საუბრისას სისხლის სამართლის დოგმატიკაში გამოყოფენ **კრიმინალ-პოლიტიკურ, წახალისებისა და სასჯელის მიზნის თეორიებს**[47]. *კრიმინალ-პოლიტიკური თეორია* გამოდის იმ მოსაზრებიდან, რომ დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის ამღებ პირს უნდა გააჩნდეს ე.წ. „ოქროს ხიდის“ მეშვეობით კანონიერ სამყაროში დაბრუნების შესაძლებლობა. ამ შემთხვევაში კანონმდებელი დანაშაულის ბოლომდე მიყვანას უშლის ხელს და ამგვარად, სამართლებრივ სიკეთეს

[46] იხ.: *Heinrich, B.*, დასახ. ნაშრ., ველის ნომ. 17; *Roxin, C.*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, ჟურნალში: JuS 1966, 380. „როგორ შეგვიძლია გამართლება მოვუძებნოთ იმას, რომ პიროვნება არა მისი საქციელის გამო, არამედ სხვის გამო უნდა დაისაჯოს“. იხ. *Zirn, V.*, დასახ. ნაშრ., 81, ასევე შად. *ტურავა, მ.*, იქვე.

[47] აღნიშნული თეორიების შესახებ უფრო ვრცლად იხ. *მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, ქ.*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი II, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, 2011, 86-88.

იცავს. შესაბამისად, აღნიშნული თეორია ეხმიანება ბოლო დროს სისხლის სამართლის მეცნიერებაში ძალზე აქტუალურად ქცეულ დაზარალებულის დაცვის პრობლემას[48]. დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღების დროს პირის გათავისუფლება სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან, უპირველეს ყოვლისა, არის იმ პირის ინტერესებში, რომლის სამართლებრივ სიკეთესაც დანაშაულის მცდელობით ზიანის მიყენების საფრთხე ემუქრება და რომელიც უშუალოდ სარგებელს ნახულობს დანაშაულზე საბოლოოდ ხელის აღებით. კრიმინალ-პოლიტიკური თეორიის არგუმენტაცია შესაძლებელია გამოყენებულ იქნეს დანაშაულის ბოლომდე მიყვანის შემდეგ დაზარალებულისთვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურებისათვის პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების დასასაბუთებლადაც, ვინაიდან დამნაშავის მოტივირება, აანაზღაუროს ზიანი კრიმინალურ-პოლიტიკურად დანაშაულის ბოლომდე მიყვანის შემდეგაც, მიზანშეწონილია. როდესაც პირმა დანაშაულის კონკრეტული შემადგენლობით გათვალისწინებული ქმედება უკვე ბოლომდე განახორციელა, ხშირ შემთხვევებში, ადგილი ექნება ზიანის დადგომას, რომლის ანაზღაურებაც დანაშაულის შედეგად დაზარალებული პირის ინტერესებს არსებითად შეესაბამება. ამდენად, *„დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღებასა“* და *„ზიანის ანაზღაურებას“* შორის პარალელები თვალსაჩინოა.

წახალისების თეორიის მიხედვით, პირი უნდა დასაჩუქრდეს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებით, თუ მან აიღო ხელი დანაშაულზე და ნებაყოფლობით თავიდან აირიდა შედეგის უმართლობა[49]. ამასთან დაკავშირებითაც უნდა აღინიშნოს, რომ დამთავრებული დანაშაულის შედეგად გამოწვეული ზიანის ნებაყოფლობით ანაზღაურება სამართალდამრღვევის პოზიტიურ და კონსტრუქციულ საქციელს წარმოადგენს, რაც ასევე გარკვეულწილად წახალისების ღირსია.

სასჯელის მიზნის თეორიის თანახმად, დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღების დროს აღარ არსებობს სასჯელის დაკისრების აუცილებლობა, რადგან მიღწეულია როგორც სპეციალური, ისე გენერალური პრევენციის მიზნები. ამ შემთხვევაში პირის რესოციალიზაცია არ არის საჭირო, ვინაიდან დანაშაულის ბოლომდე განხორციელებაზე უარის თქმითა და შესაძლო დანაშაულებრივი შედეგის თავიდან აცილებით პირმა აჩვენა, რომ იგი საზოგადოებაში საყოველთაოდ აღიარებულ ნორმებს აღარ დაარღვევს, რომ მას კანონის წინაშე პასუხისმგებლობის გრძნობა გააჩნია და მომავალში მისგან სამართალდარღვევა არაა მოსალოდნელი. პირის მიერ განხორციელებული დანაშაულებრივი ქმედებით საზოგადოებაზე მოხდენილი ზემოქმედება დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღებისა და დანაშაულებრივი შედეგის თავიდან აცილების გზით ქარწყლდება

---

[48] იხ. *Kudlich, H.*, Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch, ჟურნალში: JuS 1999, 241.

[49] იხ. *Bockelmann, P./Volk, K.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, მე-4 გამოცემა, 1987, 214.

და ამიტომ გენერალური პრევენციის მიზანიც მიღწეულია[50]. როგორც ზემოთ დავინახეთ, მედიაციის შედეგად პირის მიერ დაზარალებულისთვის ზიანის ანაზღაურებით სასჯელის მიზნების მიღწევა შესაძლებელია. შესაბამისად, სასჯელის მიზნის თეორიის კონტექსტში დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღებასა და ზიანის ნებაყოფლობით ანაზღაურებას შორის სტრუქტურული მსგავსების არსებობა ძალზე თვალსაჩინოა.

დანაშაულებრივი ქმედებით კონკრეტული სამართლებრივი სიკეთისათვის ზიანის მიყენების შემდეგაც კანონმდებელი სთავაზობს პირს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებას ე.წ. „ქმედითი მონანიების“ გამო, თუ იგი დანაშაულის ჩადენის შემდეგ ნებაყოფლობით გამოცხადდება ბრალის აღიარებით, ხელს შეუწყობს დანაშაულის გახსნას და ანაზღაურებს ზიანს (სსკ-ის 68-ე მუხლი). ამით კანონმდებელმა მატერიალურ სისხლის სამართლში ხაზი გაუსვა იმ გარემოებას, რომ პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისგებაში მიცემისას მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული ზიანის ანაზღაურების ფაქტორი.

ყოველივე ზემოღნიშნულის გათვალისწინებით, სისხლის სამართლის დოგმატიკასთან წინააღმდეგობაში არ მოდის კანონმდებლის მიერ სისხლის საპროცესო სამართალში (სსსკ-ის 105-ე მუხლის მე-4 ნაწილი და 168^1-ე მუხლი) დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღებისა და ქმედითი მონანიების გვერდით სისხლისსამართლებრივი დევნის არდაწყების ან შეწყვეტის ერთ-ერთ საფუძვლად მედიაციისა და განრიდების განსაზღვრა.

6. მედიაცია და დაზარალებულის ინტერესები

მოქმედ ქართულ სისხლის საპროცესო სამართალში დაზარალებული წარმოდგენილია როგორც პროცესის პასიური მონაწილე და არა პროცესის აქტიური სუბიექტი. მას გააჩნია მოწმის სტატუსი და ნაკლებად აქვს საკუთარი სუბიექტური უფლებები[51]. ბრალდებასა და ბრალდებულზე ორიენტირებულ სისხლის სამართლის პროცესში შესაძლოა დაზარალებულის პიროვნებას მოწმის სტატუსიდან გამომდინარე მიადგეს არსებითი ხასიათის ზიანი და უარეს შემთხვევაში განიცადოს მან „ხელახალი ვიქტიმიზაცია“[52]. ხშირად დაზარალებულის დაკითხვისას დაცვის მხარე მიმართავს „დაცვის აგრესიულ სტრატეგიას“ და ცდილობს, ეჭვქვეშ დააყენოს დაზარალებულის ჩვენების სანდოობა და ობიექტურობა. ამ მიზნით იგი დაზარალებულს შეკითხვებს უსვამს პირადი, ოჯახური ან ინტიმური

---

[50] იხ. *მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, ქ.*, დასახ. ნაშრ., 87; *Kaspar, J.*, დასახ. ნაშრ., 73.

[51] სხვა მოწმეებისგან განსხვავებით, მას აქვს უფლება, მიიღოს ინფორმაცია სისხლის სამართლის პროცესის მიმდინარეობისა და დასრულების შესახებ.

[52] იხ. *თუმანიშვილი, გ.*, დაზარალებული თანამედროვე სისხლის საპროცესო სამართალში, ჟურნალში: სამართლის ჟურნალი (თსუ იურიდიული ფაკულტეტი) №2 2009, 66-68.

ცხოვრების შესახებ და ყურადღებას ამახვილებს ისეთ დეტალებზე, რაც ამ უკანასკნელს სასამართლოსა და დამსწრე საზოგადოების თვალწინ ნეგატიურ და არასანდო პიროვნებად წარმოაჩენს. ამით ხშირად ილახება დაზარალებულის რეპუტაცია და იგი განიცდის ,,ხელახალ ვიქტიმიზაციას"[53]. განსხვავებით ამისაგან, კონფლიქტის მოგვარების არაფორმალურ პროცესში დაზარალებულის ინტერესებსა და მოთხოვნილებებს განსაკუთრებული ყურადღება ეთმობა და ამასთან ერთად, მას აღნიშნულ პროცესში აქვს აქტიური სუბიექტის როლი, რომელსაც პროცესის წარმოებასა და შედეგებზე არსებითი გავლენის მოხდენა შეუძლია.

მედიაციის პროცესში დანაშაულის მსხვერპლისათვის გასაგები ხდება დანაშაულის ჩადენის მოტივი. კერძოდ, მისთვის ნათელი ხდება, თუ რატომ ჩაიდინა დამნაშავემ ეს ქმედება, რისი მსხვერპლიც იგი გახდა, რა მოტივი ამოძრავებდა დამნაშავეს და რა მიზანს ემსახურებოდა დანაშაულებრივი ქმედება. ზემოაღნიშნულის ცოდნა დაზარალებულს ეხმარება დამნაშავის მიმართ არსებული შიშის დაძლევაში, რაც დანაშაულის მსხვერპლის სოციალური (რე)ინტეგრაციისათვის ძალზე მნიშვნელოვანია[54].

დაზარალებულისთვის ასევე მნიშვნელოვანია ზიანის ანაზღაურების საკითხის გადაწყვეტა და დამნაშავის მიერ ჩადენილი დანაშაულებრივი ქმედებისთვის პასუხისმგებლობის აღება[55]. მედიაცია ამ შემთხვევაშიც ხელს უწყობს დანაშაულის მსხვერპლისათვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურებას მარტივი გზებით. ამ უკანასკნელს აღარ უხდება ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნით სასამართლოსთვის მიმართვა, რომელიც შეიძლება უშედეგოდაც დამთავრდეს დამნაშავის გადახდისუუნარობის გამო.

7. დასკვნა

დასკვნის სახით შესაძლებელია აღინიშნოს, რომ ტრადიციული სისხლის-სამართლებრივი მართლმსაჯულების პარალელურად აღდგენითი მართლმსაჯულების დანერგვასა და განვითარებას გააჩნია როგორც მნიშვნელოვანი კრიმინალურ-პოლიტიკური, ისე თეორიული საფუძვლები. ერთი მხრივ, აღდგენითი მართლმსაჯულება პასუხობს დანაშაულის მსხვერპლის ძირითად მოთხოვნებსა და საჭიროებებს, აუმჯობესებს მის სამართლებრივ მდგომარეობას და ამით აქცევს ამ უკანასკნელს პროცესის აქტიურ სუბიექტად. გარდა ამისა, აღდგენითი მართლმსაჯულების მოდელი ეფექტური გზაა დანაშაულის შედეგების გამოსწორებისათვის. იგი ეხმარება დანაშაულის ჩამდენსა და დაზარალებულს

[53] იხ. *თუმანიშვილი, გ.*, დასახ. ნაშრ., 68.

[54] იხ. *შალიკაშვილი, მ.*, ვიქტიმოლოგია – მეცნიერება დანაშაულის მსხვერპლის შესახებ, 2011, 132; იხ. ასევე *Kaspar, J.*, დასახ. ნაშრ., 14-15.

[55] იხ. *შალიკაშვილი, მ.*, იქვე.

დანაშაულის შედეგად დარღვეული ადამიანური ურთიერთობების აღდგენაში. მეორე მხრივ, ზემოთ განხილული სისხლისსამართლებრივი დევნის ალტერნატიული მექანიზმი აძლევს სახელმწიფოს შესაძლებლობას, რეაგირების გარეშე არ დატოვოს დანაშაულის ფაქტი და იზრუნოს დანაშაულის ჩამდენის კანონმორჩილ პიროვნებად ჩამოყალიბებსა და მის საზოგადოებაში ხელახალ ინტერგაციაზე. ამრიგად, აღდგენითი მართლმსაჯულების მოდელი არ წარმოადგენს უცხო სხეულს ქართულ სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში, რამდენადაც იგი შესაძლებელს ხდის მიღწეულ იქნეს იგივე შედეგები, რომლებიც განხორციელდება ტრადიციული სისხლისსამართლებრივი მართლმსაჯულების მეშვეობით.

ალდგენითი მართლმსაჯულება და მისი განვითარების პერსპექტივები საქართველოში

რეზიუმე

საქართველოს სისხლის სამართლის ახალი საპროცესო კოდექსის ამოქმედების შემდეგ (2010 წლის 1 ოქტომბერი) ქართულ სისხლის სამართლის საქმეებში შეუზღუდავად მოქმედებს დისპოზიციურობის პრინციპი. პროკურატურის დისკრეციული უფლებამოსილებაა, განახორციელოს სამართლებრივი დევნა ან შეწყვიტოს საქმე. ვინაიდან მართლმსაჯულება არ დაადანაშაულონ უმოქმედობაში, კანონმდებელმა სისხლის სამართლის საქმეთა სწრაფი და ეფექტური მოგვარების მიზნით, მსუბუქი და ნაკლებად მძიმე დანაშაულებების ჭრილში საქართველოს სისხლის სამართლის ახალ საპროცესო კოდექსში გაწერა დასჯადი ქმედებების სამედიაციო მოწესრიგების საშუალება. მედიაცია სისხლის სამართალში არის ალდგენითი მართლმსაჯულების გამოვლინება და წარმოადგენს კონფლიქტის მოგვარების არასასამართლო, არასაჯარო გზას, რომლის დროსაც ბრალდებული და დაზარალებული მედიატორის მეშვეობით ერთობლივად ეძებენ პრობლემის მოგვარების გზებს, რომლებიც შეესაბამება მათ მოთხოვნებსა და ინტერესებს. მედიაციის მიზანია დანაშაულის შედეგად წარმოშობილი ემოციური და მატერიალური ზიანის თავიდან აცილება და სამართლებრივი მშვიდობის აღდგენა. კონფლიქტის მოგვარების ამ ალტერნატიული ფორმის ხშირი გამოყენება განაპირობებს სისხლის სამართალში ალდგენითი მართლმსაჯულების დანიშნულებას სამართალმცოდნეობაში. მედიაციასა და სისხლის სამართალს შორის კავშირი, ერთი შეხედვით, ნაკლებად თვალნათელია. სასჯელი წარმოადგენს ცალმხრივ სახელმწიფო იძულებით ღონისძიებას, რომელიც დამნაშავის ქცევის სანქციონირებაა. მედიაცია კი სისხლის სამართალში არის სხვაგვარი კონცეფცია, რომლის არსიცაა თანამონაწილეობა და კონსენსუსი. სისხლის სამართალი, რომელიც განპირობებულია მოქალაქის დაქვემდებარების კლასიკური ურთიერთობებით სახელმწიფო ხელისუფლების წინაშე, ვიწრო არეალს უტოვებს მოქალაქეს საინფორმაციო, ნებაყოფლობითი და საკუთარ პასუხისმგებლობაზე დაფუძნებული მოგვარების კუთხით. ამიტომ საკითხავია, ემსახურება თუ არა სამართლებრივი შედეგები ერთსა და იმავე მიზანს დამნაშავისათვის სასამართლოს მიერ ცალმხრივად დაწესებული სასჯელი და მედიაციის ხელშეკრულება. სტატიაში გამოკვლეულია სამედიაციო წარმოების არსი, აქვს თუ არა მას იგივე ან უკეთესი დანიშნულება, ვიდრე სისხლის სამართლის ჩვეულებრივ საქმეებს. განიხილება

შემდეგი საკითხები: რამდენად შეიძლება გაფართოვდეს სისხლის სამართლის ფარგლებში კონფლიქტის სამედიაციო მოგვარების საშუალება; რა სარგებელი მოაქვს აღდგენით მართლმსაჯულებას ტრადიციულ სასჯელთან, სისხლის სამართლის საქმეებთან შედარებით დამნაშავის, მსხვერპლსა თუ საზოგადოებასთან შედარებით; არის თუ არა მედიაცია ბრალდებულის რესოციალიზაციის ხელშემწყობი გარემოება.

Prof. Dr. Tumanishvili Giorgi
Ivane Javakhishvili Staatliche Universität Tbilissi

Abstract: Die restitutive Justiz und ihre Entwicklungsperspektive in Georgien

Seit dem In-Kraft-Tretten der neuen Strafprozessordnung (vom 09.10.2009) gilt in georgischen Strafverfahren das uneingeschränckte Opportunitätsprinzip. Es liegt ganz im Ermessen der Staatsanwaltschaft, ob die Strafverfolgung aufgenommen oder das Verfahren folgenlos eingestellt wird. Damit der Justiz „Untätigkeit" nicht vorgeworfen wird, hat der Gesetzgeber für schnelle und effektive Erledigung der Strafsachen im Bereich der leichten und mittelschweren Kriminalität im neuen georgischen Strafprozessrecht einer Möglichkeit der mediativen Bewältigung der strafbaren Handlungen Tor und Tür geöffnet. Die Mediation bei den Strafsachen, die eine Ausprägung der restitutiven Justiz ist, stellt ein außergerichtliches, nicht öffentliches Verfahren konstruktiver Konfliktregelung dar, bei dem der Beschuldigte und der Verletzte mit Unterstützung des Mediators einvernehmliche Regelungen suchen, die ihren Bedürfnissen und Interessen dienen. Die Mediation zielt auf die Beseitigung der durch die Straftat verursachten emotionalen und materiellen Folgen sowie die Wiederherstellung des Rechtsfriedens. Durch den ständig wachsenden Einsatz dieser alternativen Form der Konfliktregelung gerät die Frage nach der Expandierung der restitutiven Justiz ins Strafrecht in das Blickfeld der Rechtswissenschaft. Die Verbindung von Mediation und Strafrecht erscheint auf den ersten Blick wenig einleuchtend. Die Strafe stellt eine einseitige staatliche Zwangsmaßnahme dar, die das Verhalten des Straftäters sanktioniert. Demgegenüber ist die Mediation im Strafrecht ein anderes Konzept, welches auf Partizipation und Konsens setzt. Das Strafrecht, das vom klassischen Unterordnungsverhältnis des Bürgers gegenüber der staatlichen Gewalt geprägt ist, lässt scheinbar wenig Spielraum für informelle, freiwillige und eigenverantwortliche Lösungen der Betroffenen. Daher ist es sehr fraglich, ob die Rechtsfolgen für den Täter, auf die sich dieser im Mediationsvertrag geeinigt hat, die gleichen Zwecke erfüllen kann, wie die einseitig festgesetzte Strafe durch das Gericht. Im Aufsatz wird untersucht, ob das Mediationsverfahren auf seine Art und zum gleichen oder zu einem besseren Ergebnis kommt als das traditionelle Strafverfahren. Hier wird daher insbesondere auf folgende Fragen eingegangen: inwieweit die Möglichkeit der mediativen Konfliktlösung im Rahmen des Strafrechts erweitert werden darf; welche Vorteile restitutive Justiz im Vergleich zum Strafen bzw. traditionalen Strafverfahren für Straftätet, Opfer und Gesellschaft bietet; ob Mediation eine Entsozialisierung des Beschuldigten verhindern oder die Resozialisierung eines Wiederholungstäters durch den angestrebten Lerneffekt im Mediationsverfahren fördern kann.

თამარ ლალიაშვილი
სამართლის დოქტორი,
გრიგოლ რობაქიძის სახელობის თბილისის
უნივერსიტეტის პროფესორი

საპროცესო შეთანხმების დამკვიდრებული არასწორი პრაქტიკა და მისი აღმოფხვრის გზები

საპროცესო შეთანხმების დამკვიდრებული პრაქტიკის ანალიზი

ვარდების რევოლუციის შემდეგ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით გათვალისწინებული ნორმალური პროცესის პარალელურად, ამ კოდექსის ფარგლებს გარეთ, პრაქტიკაში, De lege ferenda ჩამოყალიბდა სისხლის სამართლის პროცესის ახალი ფორმა – საპროცესო შეთანხმება, რომლის შესაბამისადაც, მხარეთა შეთანხმების საფუძველზე, ჯერ კიდევ გამოძიების პროცესში შესაძლებელი გახდა სისხლის სამართლის საქმისწარმოების შეწყვეტა, თუ ბრალდებულისათვის „მისაღები აღმოჩნდებოდა“ პროკურორის მიერ წარდგენილი გარკვეული მოთხოვნები. დამკვიდრებული პრაქტიკის შესაბამისად, ბრალდებულ პირებს შესაძლებლობა ეძლეოდათ გარკვეული თანხის საფასურად თავისუფლება გამოესყიდათ. კერძოდ, ბრალდებულს ან თავი დამნაშავედ უნდა ეცნო, ან დათანხმებოდა ბრალდებას, სანაცვლოდ კი, გარკვეული თანხის ოდენობის საფასურად, მიუხედავად იმისა, სისხლის სამართლის მატერიალური კოდექსით გათვალისწინებული მუხლი სასჯელის სახით ითვალისწინებდა თუ არა ჯარიმას, სთავაზობდნენ თავისუფლებას, სისხლის სამართლის საქმის შეწყვეტას, ან მცირე სასჯელს. თანხების გადახდა წარმოებდა საქართველოს გენერალური პროკურორის მიერ განსაზღვრულ ფონდებში. წარდგენილი ბრალდებისათვის კანონით გათვალისწინებული მოსალოდნელი მაღალი სასჯელები, საქართველოს ციხეებში არსებული მძიმე პირობები, დამოუკიდებელი სასამართლოს არარსებობა, გამამართლებელ განაჩენთა მცირე რაოდენობა განაპირობებდა ბრალდებულთა თანხმობა პროკურორის მიერ შეთავაზებულ მოთხოვნებზე. მოგვიანებით საპროცესო შეთანხმების ეს ფორმა გარკვეული ცვლილებებით ლეგალიზებულ იქნა, თუმცა საპროცესო შეთანხმების სასამართლო პრაქტიკა დღემდე ამ ფორმით მიმდინარეობს. საპროცესო შეთანხმების ასეთი ფორმა სცდება კანონიერებისა და სამართლიანობის ყოველგვარ ჩარჩოებს, იგი ეწინააღმდეგება როგორც კონსტიტუციით, ასევე ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციითა და საქართველოს საპროცესო კანონმდებლობით დადგენილ სისხლის სამართლის პროცესის ძირითად პრინციპებს, უპირველეს ყოვლისა, სამართლებრივი სახელმწიფოსა და მისგან აღმოცენებულ სამართლიანი სასამართლოს პრინციპებს. საპროცესო შეთანხმების დღევანდელ პრაქტიკაში დამკვიდრებული ფორმა უპირობოდ არღვევს უდანაშაულობის პრეზუმფციის, ლეგალურობის, ჭეშმარიტების დადგენის, თვით ინკრიმინაციისაგან დაც-

ვის, უშუალობის პრინციპებს, ასევე საფრთხეს უქმნის სისხლის სამართლის პროცესის მიზნებისა და ამოცანების განხორციელებას. სისხლის სამართლის პროცესის უმნიშვნელოვანეს ამოცანას წარმოადგენს საქმის გარემოებების შეძლებისდაგვარად სრულყოფილად გამოკვლევა, ჭეშმარიტების დადგენა, კერძოდ, განხორციელებული დანაშაულებრივი ქმედების სურათის პირვანდელ მდგომარეობაში აღდგენა, დადგენილი ფაქტობრივი გარემოებების სამართლებრივი შეფასება, დაბოლოს, სამართლიანი სასჯელის შეფარდება ჩადენილი ქმედებისათვის. სისხლის სამართლის პროცესში მხარეთა შეთანხმება ფაქტობრივ თუ სამართლებრივ საკითხებზე, ასევე სასჯელზე ყოველთვის საფრთხეს უქმნის სამართალდამცავი ორგანოების მიერ კანონიერი დასაბუთებული და სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღებას. სტატია მიზნად ისახავს გააანალიზოს დღეს რეალობაში დამკვიდრებული საპროცესო შეთანხმების პრაქტიკა, ნათლად წარმოაჩინოს საპროცესო შეთანხების სამართლებრივ ნორმებსა და დამკვიდრებულ პრაქტიკაში არსებული პრობლემები. სტატია მკითხველს სთავაზობს ამ პრობლემების გადაჭრის გზებს.

საქართველოში საპროცესო შეთანხმების წარმოშობის საფუძვლები

საპროცესო შეთანხმება საქართველოში დღეისათვის სისხლის სამართლის პროცესის დასრულების სტანდარტულ ფორმას წარმოადგენს. ყველა კატეგორიის დანაშაულთა სისხლის სამართლის საქმე შეიძლება დასრულდეს საპროცესო შეთანხმებით. სტატისტიკის შესაბამისად, 95% საქმეები მთავრდება სწორედ საპროცესო შეთანხმებით, მხოლოდ 5% საქმეები სრულდება ნორმალური პროცესის წარმოების წესით. თუ ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და ევროპის წამყვან ქვეყნებში სასამართლო პრაქტიკაში უკვე არსებული საპროცესო შეთანხმების კანონით დარეგულირება მოხდა სწორედ პრაქტიკის შესწავლის, მის წიაღში აღმოცენებული გარემოებების ემპირიული გამოკვლევის, მისი შედეგების შესწავლისა და შეფასების საფუძველზე, საქართველოში ეს ინსტიტუტი პირდაპირ იქნა შემოღებული 2004 წელს, როგორც სისხლის სამართლის პროცესის გამარტივებისა და კორუფციასთან ბრძოლის საშუალება.[1] საქართველოს პარლამენტმა საპროცესო შეთახმების ინსტიტუტის შემოღებით დააკმაყოფილა საქართველოს მთავრობის ნება, ქვეყანაში კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლა ეწარმოებინა საქართველოსათვის სრულიად უცხო ინსტიტუტით – საპროცესო შეთანხმებით, რომელიც თავისივე ბუნებიდან გამომდინარე, კორუფციულ ხასიათს ატარებს. საპროცესო შეთანხმებას საფუძვლად უდევს პრინციპი Du ut des, რომელიც სიტყვასიტყვით ნიშნავს: „მე გაძლევ იმისათვის, რომ შენც მომცე“.

თუმცა 2004 წლამდე საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტის კანონით მოწესრიგებამდე, ვარდების რევოლუციის კვალდაკვალ, პრაქტიკაში დამკვიდრდა საპროცესო შეთანხმების მახინჯი პროცედურა, რომელიც რეალურად

[1] იხ. მთავრობის განმარტებითი ბარათი.

დღემდე აგრძელებს მოქმედებას. საპროცესო შეთანხმების ამ ფორმას დღესაც უწოდებენ თავისუფლების ყიდვის ინსტრუმენტს.[2] ჯერ კიდევ პარლამენტში საპროცესო შეთანხმების კანონპროექტის განხილვისას საპარლამენტო დებატებში გაისმოდა მოსაზრება, რომ სწორედ ამ ინსტიტუტის მეშვეობით უნდა მომხდარიყო ე. შევარდნაძის ხელისუფლების მაღალი თანამდებობის პირთაგან თანხების ამოღება და მათთვის ქონების ჩამორთმევა.

პრაქტიკამ ცხადყო, რომ არა მხოლოდ მაღალ თანმდებობის პირთა წინააღმდეგ იყო ეს პროცედურა მიმართული, არამედ ასევე მათი ახლო ნათესავების მიმართაც, არ ჰქონდა მნიშვნელობა ისინი ხელისუფლების თუ ბიზნესის წარმოადგენლები იყვნენ.

ერთ-ერთი პირველი სისხლის სამართლის საქმე, რომლითაც საფუძველი ჩაეყარა საპროცესო შეთანხმების აბსოლუტურად უკანონო ფორმას, იყო პრეზიდენტ ე.შევარდნაძის სიძის გ. ჯოხთაბერიძის სისხლის სამართლის საქმე. ჯოხთაბერიძე ბრალდებულ იქნა გადასახადებისათვის თავის არიდებაში. მის მიმართ სისხლის სამართლის საქმე შეწყდა შეთანხმების საფუძველზე, კერძოდ, სახელმწიფო ბრალდებამ ბრალდებულს მოსთხოვა თავისუფლების სანაცვლოდ 15 მილიონი დოლარი, რისი გადახდის შემდეგაც გ. ჯოხთაბერიძე გაათავისუფლდა პატიმრობიდან და მის მიმართ შეწყდა სისხლისსამართლებრივი დევნა.[3]

პრაქტიკაში საპროცესო შეთანხმებამ შემდეგი სახე მიიღო: მაღალი თანამდებობის პირების დაპატიმრება ხდებოდა კორუფციის ბრალდებით ტელეკამერების. შემდეგ კი მათ, მიუხედავად იმისა, რომ ბრალად წარდგენილი დანაშაული სანქციის სახით ჯარიმას არ ითვალისწინებდა, თავაზობდნენ პატიმრობიდან გათავისუფლებასა და საქმისწარმოების დასრულებას ჯარიმის გადახდის შემთხვევაში. ჯარიმის მინიმალური და მაქსიმალური ზღვარი, ასევე ფონდები, სადაც ჯარიმა უნდა გადარიცხულიყო, განსაზღვრული იყო გენერალური პროკურორის მიერ.[4]

საერთაშორისო ორგანიზაციების მიერ ჩატარებული გამოკვლევებით დადგინდა, რომ ჯარიმის თანხები რეალურად გამოიყენებოდა პრემიებისა და ხელფასების, ასევე ინვენტარის შესაძენად.[5]

---

[2] საპროცესო შეთანხმება საქართველოში „საერთაშორისო გამჭვირვალობა – საქართველოს ანგარიშები და პრესრილიზები, ფონდი ღია საზოგადოება საქართველო," Open Society Georgia Foundation.

[3] http://pirweli.com.ge/index.php?menuid=8&id=18565
Reichelt, J., "A Hobson's Experiment: Plea Bargaining in the Republic of Georgia" in Journal of East European Law vol. 11-2/3 (2004).

[4] საპროცესო შეთანხმება საქართველოში „საერთაშორისო გამჭვირვალობა-საქართველოს ანგარიშები და პრესრილიზები, ფონდი ღია საზოგადოება საქართველო, გვ. 4, Open Society Georgia Foundation.

[5] http://www.eurasianet.orgThe New York-headquartered group Human Rights Watch (HRW) on 12 April 2005.

ასეთი პრაქტიკის არსებობას არ უარყოფდა არც საქართველოს პრეზიდენტი და არც იმ დროისათვის მოქმედი გენერალური პროკურორი ზ. ადეიშვილი.

საქართველოს მაშინდელმა გენერალურმა პროკურორმა, გერმანიაში ვიზიტად ყოფნისას 2005 წელს, არა მხოლოდ დაადასტურა საპროცესო შეთანხმების არსებული პრაქტიკა, არამედ, რაც არ უნდა გასაოცარი იყოს, სახელმწიფოს იმ სამართალდამცავ ორგანოს პირველმა პირმა, რომელმაც უნდა დაიცვას კანონი და კანონის შესაბამისად იმოქმედოს, პირდაპირ აღნიშნა, რომ საქართველოს ახალი ხელისუფლება არ აპირებდა სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპის დამკვიდრებას. მან 2005 წლის 3 თებერვლის ინტერვიუში მიუთითა, საპროცესო შეთანხმებას, რომელიც საქართველოში იქნა შემოღებული, „რაიმე კავშირი სამართლებრივ სახელმწიფოს მეთოდებთან არ ჰქონდა. ,მისი განცხადებით, სხვა გზა არ გააჩნდათ სახელმწიფოს ინსტიტუციების გასაძლიერებლად, ხელფასების მოსამატებლად, ტექნიკური აღჭურვილობის შესაძენად და თანამშრომელთა კვალიფიკაციის ასამაღლებლად. ამისათვის საჭიროებდნენ თანხებს. ზ. ადეიშვილის განმარტებით, ამავდროულად უფრო სახიფათო იქნებოდა მდიდრების ციხეში გამოკეტვა, ვიდრე გაღარიბებულების გარეთ გამოშვება.[6]

იგივე მოსაზრება გააჩნია ქვეყნის პირველ პირს, საქართველოს პრეზიდენტს, რომელმაც ასევე გერმანიაში, უკვე 2004 წელს განაცხადა, რომ „მას ერთხელ მეგობარმა უთხრა, რომ „მაფიოზი ფულის გარეშე თავისუფლებაში უკეთესია, ვიდრე ასეთი ციხეში ფულით და მობილური ტელეფონით". ე. შევარდნაძის სიძემ საკმაო ოდენობის ფული გადაიხადა, რათა ორი თვის დაგროვილი პენსიაგაგვეცა. რკინიგზის დირექტორმა 9 მილიონი გადაიხადა, ეს იყო საკმარისი ფული, რათა 9 სადგური გაგვეახლებინა, მათ შორის, რამდენიმე საფუძვლიანად. ახლა დავა შეიძლება საკითხზე, უკეთესი იქნებოდა თუ არა, ადამიანები ციხეში გვყოლოდა, მათთვის მოგვეველო, მათზე ფული დაგვეხარჯა, ისინი ჩვეულებრივი დამნაშავეებისგან იზოლაციაში გვყოლოდა, რომლებიც მხოლოდ იმას ელოდნენ ეს პირები ხელში ჩაეგდოთ, თუ ისინი ფულის სანაცვლოდ გაგვენთავისუფლებინა და ამ ფულით პროექტები გვეკეთებინა".[7]

[6] Der georgische Generalstaatsanwalt hat diesen Sachverhalt in einem am 2.3.2005 vom Deutschlandfunk ausgestrahlten Interview ausdrücklich bestätigt: "Mit rechtstaatlichen Methoden hat dieses Verfahren nichts zu tun. Man hat aber keine andere Wahl gehabt. Es war die einzige Chance, um unsere staatlichen Institutionen zu stärken, um die Gehälter zu erhöhen, technische Ausrüstung zu kaufen und unsere Leute fortzubilden. Dafür brauchten wir das Geld. Außerdem wäre es gefährlicher gewesen, reiche Leute im Gefängnis wegzuschließen, als sie etwas ärmer geworden freizulassen."

[7] In ähnlicher Weise wird das Verfahren von anderen führenden Repräsentanten des georgischen Staates einschließlich seines Staatspräsidenten beurteilt. In einem Interview mit Spiegel online vom 26.11.2004 äußerte sich der Präsident Saakashvili zu dieser Problematik wie folgt: „Ein Freund von mir hat einmal den Satz geprägt: ‚Ein Mafiaboss in Freiheit ohne Geld ist besser als einer im Gefängnis mit Geld und einem Mobiltelefon.' Schewardnadses Schwiegersohn hat genug

მსგავს საქმეთა საფუძველზე გამოძიების წარმოების პროცესში დამკვიდრდა საპროცესო შეთანხმების ისეთი ფორმა, რომელსაც რაიმე საერთო სისხლის სამართლის პროცესის ძირითად პრინციპებთან არაფერი აქვს. საპროცესო შეთანხმების ფორმაში ასახულმა „თავისუფლების ყიდვის“ ინსტიტუტმა აქტიურად დაიწყო მოქმედება მისი ჩამოყალიბების პირველივე დღეებიდან. მან მაღალი თანამდებობის პირებიდან თანდათანობით ჩვეულებრივ მოქალაქეებზე გადაინაცვლა. თავისუფლების გამოსყიდვა ჯარიმების სახით იმ დანაშაულთა საქმეებზე, რომლებიც სასჯელის სახით ჯარიმას საერთოდ არ ითვალისწინებდა, აქტიურად გრძელდებოდა საპროცესო შეთანხმების კანონით მოწესრიგების შემდეგაც და დღესაც ჯერ კიდევ არ გაუქმებულა.

საქართველოში საპროცესო შეთანხმების კანონსაწინააღმდეგო ფორმის — თავისუფლების გამოსყიდვის — პრაქტიკაში დამკვიდრება განაპირობა ასევე მოქალაქეთა მასიურმა დაკავებებმა, დაპატიმრებებმა, წარდგენილ ბრალდებათა სიმძიმემ, მათთვის კანონით გათვალისწინებულმა მაღალმა სასჯელებმა და არასწორმა მართლმსაჯულებამ. იმ პერიოდისათვის არსებული სასამართლო პრაქტიკის შესაბამისად, დაკავებული მაღალჩინოსნები თუ უარს იტყოდნენ პროკურატურის მიერ შეთავაზებულ საპროცესო შეთანხმებასა და წარდგენილ პირობებზე, ასეთ პირებს რაიმე შესაძლებლობა კანონიერ მართლმსაჯულებაზე აღარ გააჩნდათ. პროკურატურის მარწუხებს ქვეშ მოქცეული სასამართლო ასეთ პირებს საპროცესო შეთანხმებაზე უარის თქმის შემთხვევაში, საქმის არსებითი განხილვისას, კანონის შესაბამისი მუხლით გათვალისწინებულ სასჯელის თითქმის მაქსიმუმს უფარდებდა თავისუფლების აღკვეთის სახით. ამის მაგალითია, კონტროლის პალატის თავმჯდომარის ს. მოლაშვილის საქმე. ს. მოლაშვილი კამერების წინ იქნა დაპატიმრებული. მას პროკურატურა სთავაზობდა საპროცესო შეთანხმებას, კერძოდ, თავისუფლება გარკვეული თანხის საფასურად უნდა მიეღო. საპროცესო შეთანხმებაზე უარის შემდეგ საქმე განხილულ იქნა პირველი ინსტანციის წესით არსებითად, შედეგად კი ს. მოლაშვილს, რომელსაც საპროცესო შეთანხმების შემთხვევაში პატიმრობიდან განთავისუფლებას, სთავაზობდნენ საქმის არსებითი განხილვის შედეგად სასჯელის სახით 9 წლით თავისუფლების აღკვეთა შეუფარდეს. ასევე თურქეთის ერთ-ერთი გემის კაპიტანს, რომელსაც ნორმალური პროცესით თავისუფლების აღკვეთის სახით 24 წელი შეეფარდა, მოგვიანებით იგი გათავისუფლებული იქნა პატიმრობიდან საპროცესო შეთანხმებით, 30000 ლარის გადახდის სანაცვლოდ.[8]

Geld zurückgezahlt, um ausstehende Renten von zwei Monaten für alle Rentner in Georgien zu bezahlen. Der Direktor der Eisenbahn hat neun Millionen Dollar zurückgezahlt. Das war genug Geld, um neun Bahnhöfe zu renovieren, einige davon sogar ordentlich. Jetzt kann man natürlich streiten, ob es besser gewesen wäre, die Leute im Gefängnis zu behalten, sie zu verpflegen, Geld für sie auszugeben und sie von den gewöhnlichen Verbrechern zu isolieren, die nur darauf warten, sie zu kriegen. Oder man lässt sie frei und kann mit dem Geld Projekte durchführen."

[8] Frantic Turkish diplomacy, including a visit by the Turkish foreign minister, almost certainly

აღნიშნული საქმეები მიუთითებენ საპროცესო შეთანხმების უკანონო ფორმაზე.

სამართლიანობის, კანონიერების, სასჯელის შეფარდების, ბრალდებულის ნების თავისუფლების პრინციპები ყოველთვის ირღვევა, როდესაც ბრალდებულს საპროცესო შეთანხემაზე უარის გამო არსებითად უფრო მკაცრ სასჯელს უფარდებენ, ვიდრე მას საპროცესო შეთანხმებისას სთავაზობდნენ. საპროცესო შეთანხმებაზე უარი პრაქტიკაში ყოველთვის ნიშნავს საქმის არსებითი განხილვისას ბრალდებულის მაქსიმალური სიმკაცრით დასჯას. საპროცესო შეთანხმებისას შეთავაზებულ სასჯელსა და საქმის არსებითი განხილვისას შეფარდებულ სასჯელებს შორის არსებითი სხვაობა ყოველთვის ნიშნავს ბრალდებულზე სამართალდამცავ ორგანოთა მიერ დაუშვებელ იძულებას. ყოვლად დაუშვებელია, რომ ბრალდებულის მიერ ბრალის აღიარებას ან ბრალდების ცნობას სასჯელის შემცირების ასეთი შემამსუბუქებელი ზეგავლენა გააჩნდეს. შესაძლებელია, საპროცესო შეთანხმებისას ბრალის აღიარების ან ბრალდების ცნობის სანაცვლოდ საუბარი იყოს სასჯელის შემცირებაზე ერთი ან ორი, მაგრამ არა სამი, ოთხი ან მეტი წლით. ციხეებში არსებული მძიმე მდგომარეობა, სსკ-ის მუხლებით გათვალისწინებული მაღალი სანქციები, დამოუკიდებელი სასამართლოს არარსებობა და არასწორი მართლმსაჯულება გახდა მიზეზი იმისა, რომ ბრალდებულებს სხვა სამართლებრივი გზა აღარ გააჩნდათ, გარდა იმის, თანხმობა განეცხადებინათ საპროცესო შეთანხმებაზე.[9] ასეთ პირობებში ბრალდებულები იძულებულნი იყვნენ უარი ეთქვათ საქმის არსებით განხილვაზე, მათთვის საპროცესო კოდექსით მინიჭებულ ყველა უფლებების სრულყოფილად სარგებლობაზე და პროკურორის მიერ შეთავაზებულ ყველა პირობებს დასთანხებოდნენ. აღნიშნული პრაქტიკა მთლიანად ეწინააღმდეგებოდა სამართლებრივი სახელმწიფოს და მისგან წარმოშობილ სამართლიანი სასამართლოს პრინციპს.

საპროცესო შეთანხმება დამკვიდრებული პრაქტიკიდან მის საკანონმდებლო რეგულირებამდე

ვარდების რევოლუციის შემდეგ, 2003 წლის დეკემბრიდან, პრაქტიკაში ჩაისახა საპროცესო შეთანხმების ის ფორმა, რაზეც ზემოთ გვქონდა საუბარი. საპროცესო შეთანხმების პრაქტიკაში დამკვიდრებულმა არასწორმა ფორმამ ცხადყო, რომ საპროცესო შეთანხმება გამოყენებულ იქნა არა კორუფციის წინააღმდეგ საბრძოლველად, არამედ სხვა მიზნებისათვის. პრაქტიკის შესწავლამ უჩვენა, საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტი არათუ არაეფექტური და გამოუსადეგარი[10] სამართლებრივი საშუალება გამოდგა კორუფციის წინააღმდეგ

played apart in this case.http://transparency.ge/en/post/report/plea-bargaining-georgia. In contrast, former Chamber of ControlChairman Sulkhan Molashvili, who refused enter into a plea bargain, was sentenced to nineyears in prison for embezzlement. There are also many cases of people being sentenced toseven years for the possession of small amounts of illegal drug.

[9] http://transparency.ge/en/post/report/plea-bargaining-georgia.

[10] საპროცესო შეთანხმების, როგორც კორუფციასთან ბრძოლის საშუალების არაეფექტურო-

ბრძოლაში, არამედ თვით მისი არსიდან და ბუნებიდან გამომდინარე, იუსტიცია გახდა კორუმპირებული.

საპროცესო შეთანხმების პრაქტიკა მისი დამკვიდრებიდან კვალდაკვალ გამოკვლეულ და შესწავლილ იქნა საერთაშორისო ორგანიზაციების მიერ, რომელთაც დაადგინეს, ბრალდებულებს შეეძლოთ თავისუფლება პროკრატურის მიერ დადგენილი თანხის ოდენობის გადახდის შედეგად ეყიდათ, თანხები კი სახელწიფო ბიუჯეტში ირიცხებოდა, რაც მკაცრად იქნა გაკრიტიკებული.[11]

საერთაშორისო ორგანიზაციათა კრიტიკის საფუძველზე სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში 2004 წლის 13 თებერვალს შეტანილ იქნა ცვლილებები, კერძოდ, პროცესში შევიდა ახალი თავი, რომელიც 2003 წლის დეკემბრის თვიდან პრაქტიკაში აღმოცენებული პროცესის დასრულების სრულიად ახალი ფორმის – საპროცესო შეთანხმების – სისხლის სამართლის პროცესის პრინციპებთან შესაბამისობაში მოყვანასა და მის სამართლებრივ რეგულირებას შეეცადა, თუმცა სრულიად უშედეგოდ. პრაქტიკაში დამკვიდრებული საპროცესო შეთანხმების ფორმის საკანონმდებლო რეგულირების შემდეგ კვლავ გრძელდებოდა თავისუფლების გამოსყიდვა. საერთაშორისო და არასამთავრობო ორგანიზაციათა კრიტიკა საპროცესო შეთანხმების ასეთი პრაქტიკისადმი არ შეწყვეტილა.[12]

საპროცესო შეთანხების მარეგულირებელი ნორმების შემოღებიდან ერთი წლის შემდეგ, კანონმდებელი შეეცადა საპროცესო შეთანხმების უკვე დამკვიდრებული კანონსაწინააღმდეგო პრაქტიკა – გენერალური პროკურორის მიერ დადგენილი ფულადი თანხის სანაცვლოდ თავისუფლების გამოსყიდვა – კანონის ჩარჩოებში მოექცია და მოეხდინა მისი ლეგალიზაცია. ამისათვის საჭირო გახდა საკანონმდებლო ცვლილებები სასჯელის შეფარდების წესებში, რამაც არ დააყოვნა და უკვე 2006 წელს მოხდა საპროცესო შეთანხმების უკანონო პრაქტიკის დაკანონება, კერძოდ, სისხლის სამართლის კოდექსის 42-ე, 55-ე მუხლებში შევიდა ცვლილება, რომელმაც შესაძლებელი გახადა ნებისმიერი კატეგორიის დანაშაულზე, თუნდაც განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულზე, როგორიცაა განზრახ მკვლელობა დამამძიმებელ გარემოებებში, კანონით გათვალისწინებული სასჯელის მინიმალური ზღვარზე უფრო მსუბუქი სასჯელის დანიშვნა. კანონმდებელმა ამ ცვლილებით მანამდე არსებული სასამართლოს მიერ საპროცესო შეთანხმების საფუძველზე ბრალდებულთათვის კანონით გაუთვალისწინებელი

ბას აღიარებდნენ ასევე იმ პერიოდში ხელისუფლების წარმომადგენლებიც: Government officials, however, downplay the role of plea bargaining in reducing briberywithin the Georgian legal system. Georgia's deputy chief prosecutor stressed efficiency gains,rather than reduced corruption, as the major advantage of plea bargaininhttp://transparency.ge/en/post/report/plea-bargaining-georgia.

[11] http://www.eurasianet.orgThe New York-headquartered group Human Rights Watch (HRW) on 12 April 2005.

[12] http://transparency.ge/en/post/report/plea-bargaining-georgia.

ფულადი თანხების დაკისრების პრაქტიკა კანონის ჩარჩოებში მოაქცია და თავისუფლების გამოსყიდვის ამ ფორმას ჯარიმების სახე მისცა. კანონმდებელმა ისე დააკანონა რეალურად დამკვიდრებული საპროცესო შეთანხმების უსამართლო პრაქტიკა, რომ არც კი უმსჯელია იმის თაობაზე ეწინააღმდეგებოდა თუ არა იგი სისხლის სამართლის პროცესის უმნიშვნელოვანეს პრინციპებს. აღნიშნული ცვლილებით პრაქტიკულად მოხდა კორუფციული ხასიათის საპროცესო შეთანხმების ლეგალიზაცია.

სასამართლო პრაქტიკის ანალიზით დადგინდა, საპროცესო შეთანხმების თითქმის ყველა შემთხვევაში, არ აქვს მნიშვნელობა ნაკლებად მძიმე, მძიმე თუ განსაკუთრებით მძიმე კატეგორიის დანაშაულთა საქმეებზე, სსკ-ის 42-ე, 55-ე მუხლების თანახმად, სსკ-ის შესაბამისი მუხლით წარდეგენილი ბრალდებისათვის შეფარდებული სასჯელის სახედ გამოყენებული იყო კანონით გათვალისწინებულ მინიმალურ ზღვარზე მსუბუქი სასჯელის სახე — ჯარიმა. ჩატარებული ემპირიული კვლევებით[13] დადგენილ იქნა, რომ 2004-2005 წლებში პრაქტიკაში დამკვიდრებული საპროცესო შეთანხმების არასწორი ფორმის ფარგლებში ბრალდებულთათვის დაკისრებული თანხები, რაც ჯარიმის სამართლებრივ ფორმის ჩარჩოებშიც კი არ ექცეოდა, სახელმწიფო ხაზინაში კი არ ირიცხებოდა, არამედ გენერალური პროკურორის მიერ განსაზღვრულ სპეციალურ ფონდებში.[14] საერთაშორისო და არასამთავრობო ორგანიზაციების მძაფრი კრიტიკის შედეგად 2006 წელს გაუქმდა ეს სპეციალური ფონდები და საპროცესო შეთანხმების საფუძველზე დაკისრებული თანხების გადარიცხვა დაიწყო უკვე სახელმწიფო ბიუჯეტში. კვლევებით დადგენილ იქნა, რომ 2006-2011 წლებში დღითი დღე იზრდებოდა საპროცესო შეთანხმებით დასრულებულ პროცესთა რაოდენობა და შესაბამისად, ბრალდებულთა მიერ სახელმწიფო ბიუჯეტში შესატანი თანხაც. 2009 წლის სტატისტიკური მონაცემებით, საპროცესო შეთანხმებით სახელმწიფოს ბიუჯეტში გადაირიცხა 61 144 311 ლარი, ხოლო 2011 წელს კი 108 000-მდე გაიზარდა. წინასაარჩევნო პერიოდში ამ თანხათა ოდენობამ საგრძნობლად იკლო.[15] ამდენად, საპროცესო შეთანხმებით ბიუჯეტში არცთუ უმნიშვნელო თანხები შევიდა, ეს თანხები თითქმის ორჯერ აღემატებოდა საქართველოს პარლამენტის 2010 წლის ბიუჯეტს და ასევე

---

[13] საპროცესო შეთანხმება საქართველოში „საერთაშორისო გამჭვირვალობა — საქართველოს ანგარიშები და პრესრილიზები, ფონდი ღია საზოგადოება საქართველო, გვ. 4, Open Society Georgia Foundation.

[14] საპროცესო შეთანხმება საქართველოში „საერთაშორისო გამჭვირვალობა — საქართველოს ანგარიშები და პრესრილიზები, ფონდი ღია საზოგადოება საქართველო, გვ. 21, Open Society Georgia Foundation.

[15] საპროცესო შეთანხმება საქართველოში „საერთაშორისო გამჭვირვალობა — საქართველოს ანგარიშები და პრესრილიზები, ფონდი ღია საზოგადოება საქართველო, გვ. 21, Open Society Georgia Foundation.

რვა სამინისტროს 2010 წლის დაფინანსებას.[16]

კანონმდებლის მიერ სისხლის სამართლის კოდექსის 42-ე და 55-ე მუხლებში განხორციელებული ცვლილება არღვევს სასამართლოს მიერ სასჯელის შეფარდების, მის მიერ სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღებისა და კანონის წინაშე თანასწორუფლებიანობის პრინციპს.

კანონის თანახმად, სასჯელი უნდა განისაზღვროს ბრალის სიმძიმის შესაბამისად. სასჯელი ქმედების ჩამდენი პირის ბრალზეა ორიენტირებული და სწორედ მისი პროპორციული უნდა იყოს. არ შეიძლება სასჯელი პირის ბრალის ხარისხს აღემატებოდეს ან მასზე დაბალი იყოს. სასჯელის შეფარდებისას მხოლოდ ბრალის ხარისხი კი არ უნდა იქნეს მხედველობაში მიღებული, არამედ სასჯელის გენერალური და სპეციალური პრევენცია, ასევე სასჯელის შეფარდებისას უამრავი სხვა ფაქტორი, რომელიც სასჯელის განსაზღვრისას მის დამძიმებას ან შემსუბუქებას განაპირობებენ.

მოსამართლემ ყოველ, კონკრეტული პირის მიმართ უნდა დაადგინოს, თუ მას რა დანაშაულებრივი ქმედების ჩადენა შეერაცხება ბრალად და კანონის შესაბამისად მისთვის სასჯელის შეფარდებისას მხედველობაში უნდა მიიღოს მისი პასუხისმგებლობის როგორც დამამძიმებელი, ასევე შემამსუბუქებელი გარემოებები. კანონი არ იცნობს მკაცრად განსაზღვრულ კონკრეტულ სასჯელებს კონკრეტული ქმედების მიმართ. კანონი ითვალისწინებს სასჯელის მინიმუმსა და მაქსიმუმს, რომლის ფარგლებშიც მოსამართლემ სასჯელის შეფარდებისას ქმედების ჩამდენი პირის ბრალის ხარისხის, სასჯელის მიზნების, ყოველ კონკრეტულ შემამსუბუქებელ თუ დამამძიმებელ გარემოებათა, ჩადენილი ქმედების სიმძიმის, ქმედების ჩამდენი პირის პიროვნების შეფასების შედეგად უნდა მიიღოს გადაწყვეტილება სასჯელის სახისა და ზომის შესახებ. როდესაც ბრალდებული საპროცესო შეთანხმების ფარგლებში სასჯელის შემსუბუქების სანაცვლოდ სამართალდამცავ ორგანოებს სთავაზობს ბრალის აღიარებას, ბრალდების ცნობას და გამოძიებასთან აქტიურ თანამშრომლობას, ეს ნიშნავს, რომ შეფასება უნდა მიეცეს ზემოთ მითითებულ სამივე გარემოებას, როგორც კანონით გათვალისწინებულ შემამსუბუქებელ გარემოებებს, რომლიც უნდა წარმოადგენდეს სასჯელის შემცირების საფუძველს.

მატერიალურ-სამართლებრივად (სსკ-ის 54-ე მუხლის შესაბამისად) ყველა პირს ვინც აღიარებს დანაშაულის ჩადენას, აქტიურად ხელი შეუწყო გამოძიებას და არ არსებობს დამამძიმებელი გარემოებები, სასჯელის ვადა ან ზომა არ უნდა აღემატებოდეს ამ კოდექსის კერძო ნაწილის შესაბამისი მუხლით ან მუხლის ნაწილით გათვალისწინებული ყველაზე მკაცრი სახის სასჯელის მაქსიმალური ვადის ან ზომის სამ მეოთხედს. აღნიშნულიდან გამომდინარე, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი ბრალის აღიარებას, გამოძიებასთან აქტიურ თანამშრომლობას პირდაპირ ითვალისწინებს, როგორც სასჯელის

[16] იხ. სქოლიო 11, გვ. 22, Revenue for draft national budget for 2010 is GEL 5, 188, 177.

შემამსუბუქებელ გარემოებას, საპროცესო შეთანხმების გარეშეც.

თუმცა კანონი ბრალის აღიარებისა და გამოძიებასთან აქტიური თანამშრომლობისათვის სხვადასხვა სამართლებრივ შედეგს აწესებს პროცესის წარმოების ფორმის მიხედვით. ნორმალური პროცესის შემთხვევაში მითითებული შემამსუბუქებელი გარემოებების არსებობისას სასჯელი შესაბამისი მუხლით ან მუხლის ნაწილით გათვალისწინებული ყველაზე მკაცრი სახის სასჯელის მაქსიმალური ვადის ან ზომის სამ მეოთხედს არ უნდა აღემატებოდეს, ხოლო საპროცესო შეთანხმებისას შესაძლებელი ხდება სასჯელის უმდაბლეს ზღვარზე ნაკლები სასჯელის დანიშვნა. ნორმალური პროცესით საქმისწარმოებისას სრულიად გამორიცხულია სასჯელის უმდაბლეს ზღვარზე ნაკლები სასჯელის დანიშვნა.

მატერიალური კოდექსის 55-ე მუხლით კანონმდებელი თვით საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტს აქცევს განსაკუთრებულ შემამსუბუქებელ გარემოებად, რაც შესაძლებლობას აძლევს მოსამართლეს კანონით გათვალისწინებული სასჯელის მინიმუმზე დაბალი სასჯელი შეუფარდოს, რაც ეწინააღმდეგება სამართლიანი სასჯელის შეფარდების პრინციპს. თვით საპროცესო შეთანხმება არ შეიძლება შემამსუბუქებელ გარემოებად იქნეს განხილული, რადგან ის წარმოადგენს პროცესის წარმოების ფორმას.

სისხლის სამართლის პროცესში საპროცესო შეთანხმებაზე ვსაუბრობთ მაშინ, როდესაც ბრალდებული ბრალდების წინააღმდეგ ბრძოლაზე უარს ამბობს და მზად არის ითანამშრომლოს დევნის ორგანოებთან, აღიაროს მის მიერ დანაშაულებრივი ქმედების ჩადენა, სანაცვლოდ კი სასურველი სამართლებრივი შედეგი მიიღოს. ეს პროცესი თავის თავში მოიცავს საქმის გარემოებების იმ კუთხით გამოკვლევას და ისეთი სახით წარმოდგენას, რომ ბრალდებულს მიეცეს საუკეთესო საშუალება დანაშაულის ჩადენა აღიაროს, ამას კი, რა თქმა უნდა, არანაირი კავშირი არა აქვს ბრალდებულის იმ გულწრფელ აღიარებასა და მონანიებასთან, რისი მოსმენაც საზოგადოებას სურს. საპროცესო შეთანხმებისას ბრალის აღიარებას ან ბრალდების ცნობას შესაძლებელია საფუძვლად არ ედოს პირის გულწრფელი მონანიება. აღნიშნულის დადგენა პრაქტიკაში საკმაოდ რთულია.

საპროცესო შეთანხმება ყოველთვის ნიშნავს ბრალდებულისათვის სასურველი ან მისაღები შედეგის მიღწევას, ბრალის აღიარების ან ბრალდების ცნობის სანაცვლოდ. საპროცესო შეთანხმება არ ნიშნავს პირის ბრალის ხარისხის შეუსაბამო სასჯელის დადგენას როგორც მატერიალურ, ასევე პროცესუალურ-სამართლებრივად. საპროცესო კანონმდებლობის შესაბამისად. საპროცესო შეთანხმებისას, სასჯელის განსაზღვრისას 210-ე მუხლის მე-3 ნაწილის შესაბამისად, მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული საჯარო ინტერესი, ჩადენილი დანაშაულისათვის გათვალისწინებული სასჯელის სიმძიმე, ქმედების მართლსაწინააღმდეგობა და ბრალის ხარისხი. მატერიალურ-სამართლებრივად

სასჯელის დანიშვნისას ასევე მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელი გარემოებები, რომელთაგანაც კანონი ცალკე გამოყოფს ბრალის აღიარებას და ასეთ შემთხვევებში აწესებს, თუ რა ვადას არ უნდა აღემატებოდეს სასჯელის მაქსიმალური სახე.

საპროცესო შეთანხმების დროს ბრალის აღიარებას ან მის მიერ ბრალდების დადასტურებას, ბრალდებულის გამოძიებასთან თანამშრომლობას ვერ ექნება ისეთი შემამსუბუქებელი ზემოქმედება, რომ კანონით გათვალისწინებული სასჯელის მინიმუმის ზღვარს გასცდეს. მით უფრო, რომ ბრალის აღიარება, გამოძიებასთან თანამშრომლობა ასევე შესაძლებელია ნორმალური პროცესის მიმდინარეობისას, რა დროსაც ამ გარემოებებს, რომლებიც შემამსუბუქებელ გარემოებათა ნაირსახეობას წარმოადგენენ, სასჯელის შემცირების ასეთი ზეგავლენა არ გააჩნიათ. სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი განაჩენის გაუქმების აბსოლუტურ საფუძვლად ცნობს სასჯელის ისეთი სახის ან ზომის შეფარდებას, რომელიც აშკარად არ შეესაბამება მსჯავრდებულის ქმედების ხასიათსა და პიროვნებას. სასამართლოს განაჩენი ვერ იქნება სამართლიანი თუ ბრალდებულისათვის შეფარდებული სასჯელი არ შეესაბამება მსჯავრდებულის პიროვნებასა და მის მიერ ჩადენილი დანაშაულის სიმძიმეს.

სასჯელის შემცირების ახლებური რეგულირება ეწინააღმდეგება კანონის წინაშე თანასწორუფლებიანობის პრინციპს, ვინაიდან კანონმდებელი სსკ-ის 55-ე მუხლით სასჯელის შემცირების შესაძლებლობას, კერძოდ კი, კოდექსის შესაბამისი მუხლით დაწესებული სასჯელის ზომის უმდაბლეს ზღვარზე ნაკლები სასჯელის ან სხვა, უფრო მსუბუქი სახის სასჯელის გამოყენების შესაძლებლობას უკავშირებს მხოლოდ მხარეებს შორის დადებულ საპროცესო შეთანხმებას. საპროცესო შეთანხმება კი ითვალისწინებს შემამსუბუქელ სამ გარემოებას: ბრალის აღიარებას, ბრალდების ცნობასა და სხვა პირთა მხილებას. ნორმალური პროცესის წარმოებისას ბრალდებული, რომელიც აღიარებს დანაშაულის ჩადენას ან თანამშრომლობს დევნის ორგანოებთან, ამ პრივილეგიით ვერ სარგებლობს.

კანონით ნორმალური პროცესის წარმოებისას, საპროცესო შეთანხმებით გათვალისწინებული შემამსუბუქებელი გარემოებების არსებობისას, ბრალდებულისათვის კანონით გათვალისწინებულ მინიმალურ სასჯელზე მსუბუქი სასჯელის შეფარდება დაუშვებელია. შედეგად კი, გადახდისუნარიანი ბრალდებული, მსგავს პირობებში ჩადენილი იმავე დანაშაულისათვის, იმავე შემამსუბუქებელ გარემოებებში ბევრად უფრო მსუბუქ სასჯელს მიიღებს, ვიდრე გადახდისუუნარო ბრალდებული. უსახსრო ბრალდებული, რომელიც დანაშაულს აღიარებს და გულწრფელად ინანიებს, ყოველთვის მკაცრად იქნება დასჯილი არსებული კანონის შესაბამისად.

დროული საკანონმდებლო ცვლილების საჭიროება საპროცესო შეთანხმებისას და სასჯელის შეფარდების საკითხის განსაზღვრისას

მითითებულიდან გამომდინარე, კანონმდებელმა უნდა გააუქმოს ნორმა, რომლითაც მხარეებს შორის დადებული საპროცესო შეთანხმება განსაკუთრებულ შემამსუბუქებელ გარემოებად მიიჩნევა. ყოველად დაუშვებელია თვით პროცესის წარმოების ფორმა გახდეს შემამსუბუქებელი გარემოება. სსკ-ის 55-ე მუხლი ყოველთვის ქმნის ნოყიერ ნიადაგს იმისათვის, რომ ბრალდებულზე განხორციელდეს სამართალდამცავ ორგანოთა მხრიდან დაუშვებელი იძულება. რაც უფრო მაღალია კანონით გათვალისწინებული სასჯელთა მინიმუმსა და მაქსიმუმს შორის ზღვარი, მით უფრო მაღალია ბრალდებულზე ზემოქმედება, რაც შესაძლებელია იოლად იქცეს იძულებად ბრალდებულისათვის, მისცეს აღიარებითი ჩვენება, არ უარყოს ბრალდება და აქტიურად ითანამშრომლოს გამოძიებასთან. საფრთხე განსაკუთრებით დიდია ისეთ შემთხვევებში, როდესაც კანონი განხორციელებული ქმედებისათვის სასჯელის სახედ ითვალისწინებს თავისუფლების აღკვეთას, რომლის სანაცვლოდ ბრალდებულს სთავაზობენ საპროცესო შეთანხმებით პირობით მსჯავრს ანდა ჯარიმას. ეს კი წინააღმდეგობაშია როგორც უდანაშაულობის პრეზუმფციასთან, ასევე თვით ინკრიმინაციისაგან დაცვის პრინციპთან.

საპროცესო შეთანხმების შემამსუბუქებელ გარემოებად აღიარება, რომელიც ყოველთვის იძლევა საშუალებას გამოყენებულ იქნეს კოდექსის შესაბამისი მუხლით დაწესებული სასჯელის ზომის უმდაბლეს ზღვარზე ნაკლები სასჯელი ან სხვა, უფრო მსუბუქი სახის სასჯელი, ქმნის იმის პირობას, ნებისმიერ კატეგორიის საქმეებზე, თვით განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულთა საქმეებზეც, ფულადი თანხის სანაცვლოდ პირმა თავი აარიდოს თავისუფლების აღკვეთას.

საპროცესო შეთანხმებისას სასჯელის შეფარდებას სსკ-ის 55-ე მუხლის შესაბამისად, არაფერი აკავშირებს სამართლიანი სასჯელის პრინციპთან. საჭიროა, სისხლის სამართლის კოდექსში სასჯელის დანიშვნის საფუძვლებიდან ამოღებულ იქნეს ნორმა, რომელიც პირის მიერ ჩადენილი ქმედების სიმძიმის, მისი პიროვნებისა და ბრალის ხარისხის შეუსაბამო სასჯელის დანიშვნის ფართო შესაძლებლობას იძლევა. თვით საპროცესო შეთანხმების მიჩნევა შემამსუბუქებელ გარემოებად არასწორია. შემამსუბუქებელ გარემოებებს წარმოადგენს საპროცესო შეთანხმების წინაპირობები, კერძოდ, პირის აღიარებითი ჩვენება, ბრალდების ცნობა, აქტიური თანამშრომლობა გამოძიებასთან, რაც საპროცესო შეთანხმების ფარგლებში სასჯელის განსაზღვრისას შემამსუბუქებელ გარემოებად მხედველობაში მიიღება. სასჯელის დანიშვნა, პირველ რიგში, ემსახურება დამნაშავის მიერ ბრალეულად ჩადენილი უმართლობის გამოსწორებას. სასჯელის ზომა ბრალის ზომას უნდა შეესაბამებოდეს. მისი განსაზღვრისას ასევე მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული შემამსუბუქებელი და დამამძიმებელი გარემოებები.

აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ სსკ-ის 55-ე მუხლი რეალურად ფორმალურ ხასიათს ატარებს და ბევრი ვერაფერი შეცვალა პრაქტიკაში. მართალია, მხოლოდ სასამართლოს აქვს სასჯელის შეფარდებისა და მისი შემსუბუქების უფლება, მაგრამ რეალურად სასჯელის ზომის, ასევე ჯარიმის ოდენობის განსაზღვრა ხდება პროკურორის მიერ ბრალდებულთან შეთანხმებით. ძნელი წარმოსადგენია, როგორ უნდა მოხდეს 55-ე მუხლის გამოყენება, როდესაც სასამართლოს საპროცესო ნორმების შესაბამისად, იმის უფლებაც კი არ გააჩნია, შეამსუბუქოს სასჯელი მხარეთა თანხმობის გარეშე. ბრალის ხარისხის შესაბამის სასჯელის დადგენაზე აქ საუბარიც კი ზედმეტია. მოსამართლე რეალურად გარკვეულ სტრატეგიას იჩენს სასჯელის შეფარდებისადმი. აღნიშნულიდან გამომდინარე, პრაქტიკაში დამკვიდრებულ საპროცესო შეთანხმების ფორმას სამართლებრივ სინამდვილესთან რაიმე შემხებლობა არ გააჩნია.

განსხვავებით სხვა პროცესის მონაწილეებისაგან, სასამართლო სამართალს უნდა იყენებდეს. მაგალითად ადვოკატი, რომელსაც სამართლისადმი ყოველთვის სტრატეგიული დამოკიდებულება აქვს, ცდილობს სამართალი მისი ინტერესების დაცვის ქვეშ მყოფის სასარგებლოდ გამოიყენოს. როდესაც მოსამართლე იწყებს სასამართლოს მიერ სასჯელის განსაზღვრისა და შეფარდების უფლების სტრატეგიულად გამოყენებას, ყოველთვის არღვევს კანონიერებისა და სამართლიანობის პრინციპებს.

პროფ. დოქტორი, თამარ ლალიაშვილი

საპროცესო შეთანხმების დამკვიდრებული არასწორი პრაქტიკა და მისი აღმოფხვრის გზები

რეზიუმე

ვარდების რევოლუციის შემდეგ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით გათვალისწინებული ნორმალური პროცესის პარალელურად, ამ კოდექსის ფარგლებს გარეთ, პრაქტიკაში, De lege ferenda ჩამოყალიბდა სისხლის სამართლის პროცესის ახალი ფორმა – საპროცესო შეთანხმება. ტრანსფორმაციის პროცესში საქართველოში წარმოიშვა სპეციფიკური პოლიტიკური, სოციალური, ეკონომიური, სამართლებრივი პრობლემები. მათ შორისაა კორუფცია სამართლის სისტემაში. ეს გარემოებები არ შეიძლება მხედველობიდან იქნეს გამორჩენილი სამართლის განვითარებისა და ცალკეული სამართლებრივი ინსტიტუტების შექმნის პროცესში. საპროცესო შეთანხმებისათვის დამახასიათებელია პროცესის მონაწილეთა მხრიდან ურთიერთსანაცვლო დათმობა გაცემისა და მიღების არსით (du ut des). საპროცესო შეთანხმებისას ბრალდებული მზადაა უარი თქვას კანონით გათვალისწინებულ უფლებებზე, ითანამშრომლოს გამოძიებასთან ან აღიაროს დანაშაული. სანაცვლოდ კი ბრალდებულს სთავაზობენ შედარებით ნაკლებ სასჯელს, ან მსუბუქ ბრალდებას. პრაქტიკაში საპროცესო შეთახმებამ შემდეგი სახე მიიღო: მაღალი თანამდებობის პირების დაპატიმრება ხდებოდა კორუფციის ბრალდებით, ტელეკამერების თანდასწრებით. შემდეგ კი მათ, მიუხედავად იმისა, რომ სსკ-ის კოდექსის შესაბამისი მუხლი სასჯელის სახედ ჯარიმას არ ითვალისწინებდა, სთავაზობდნენ პატიმრობიდან გათავისუფლებას და საქმისწარმოების დასრულებას გარკვეული ოდენობის ფულადი თანხის გადახდის სანაცვლოდ. ჯარიმის მინიმალური და მაქსიმალური ზღვარი, ასევე ფონდები, სადაც ჯარიმა უნდა გადარიცხულიყო, განისაზღვრა გენერალური პროკურორის მიერ. ამ პრაქტიკამ მოგვიანებით ჩვეულებრივ მოქალაქეებზე გადაინაცვლა და დღესაც გრძელდება. დღეს ყველა პირს აქვს საშუალება განსაზღვრული თანხის საფასურად გამოისყიდოს თავისუფლება. საქართველოს პარლამენტმა საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტის შემოღებით დააკმაყოფილა იმჟამინდელი საქართველოს მთავრობის ნება, ქვეყანაში კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლა ეწარმოებინა საქართველოსათვის სრულიად უცხო ინსტიტუტით - საპროცესო შეთანხმებით, რომელიც, თავისი ბუნებიდან გამომდინარე, კორუფციულ ხასიათს ატარებს. საპროცესო შეთანხმებას საფუძვლად უდევს პრინციპი (du ut des), რომელიც სიტყვასიტყვით ნიშნავს: „მე გაძლევ იმისათვის, რომ შენც მომცე“. საპროცესო შეთანხმების დღევანდელ პრაქტიკაში დამკვიდრე-

ბული ფორმა ფართო შესაძლებლობას უქმნის სამართალდამცავ ორგანოებს პროცესის კლასიკურ ამოცანას – საქმის გარემოებები გამოიკვლიონ მოქმედი კანონმდებლობის შესაბამისად – გვერდი აუარონ. სტატიაში გაანალიზებულია საპროცესო შეთანხების ინსტიტუტის შემოტანამ საქართველოში ხელი შეუწყო თუ არა კორუფციული კლიმატის გაღვივებას, პროკურატურის მხრიდან თვითნებობისა და კანონის ბოროტად გამოყენებას. სტატია ასევე მკითხველს სთავაზობს სამართლებრივ გზებს დღეს არსებული საპროცესო შეთანხმების პრაქტიკა, როგორ მოექცეს სამართლებრივი სახელმწიფოსა და სამართლიანი სასამართლოს პრინციპების ჩარჩოებში.

Prof. Dr. Tamar Laliashvili
Grigol-Robakidze-Universität

Abstract: Die etablierte illegale Praxis der Absprache in Georgien und die Wege zu Problemlösung

Nach der Rosenrevolution haben sich in der Praxis neben dem normalen Verfahren Absprachеverfahren etabliert.

Georgien hat als Transformationsland spezifische politische, soziale, rechtliche und wirtschaftliche Probleme. Dazu gehört die Korruption im Rechtssystem. Diese Bedingungen können bei der Rechtsentwicklung und bei der Bewertung einzelner Rechtsinstitute nicht außer Acht gelassen werden.

Gekennzeichnet werden die Absprachen durch das wechselseitige Nachgeben der daran beteiligten Personen (Verfahrensbeteiligten) im Sinne eines Gebens und Nehmens (do ut des). Der Beschuldigte/Angeklagte hat dabei eine „Leistung" zu erbringen, indem er auf bestimmte prozessuale Rechte verzichtet oder Zugeständnisse in der Sache macht. Als „Gegenleistung" wird ihm dafür eine bestimmte (geringere) Strafe oder eine für ihn günstige Beschränkung auf bestimmte Tatkomplexe in Aussicht gestellt. In der Praxis hat sich folgendes Absprachеform etabliert:

Die Staatsanwaltschaft wirft den ehemaligen hohen Amtsträgern Korruption vor, nimmt sie in Haft und gibt ihnen die Möglichkeit, sich durch die Zahlung einer von den Behörden (der Generalstaatsanwaltschaft) festgelegten Geldsumme von der strafrechtlichen Verantwortung freizukaufen. Später wurde dieses Prinzip auch auf andere Beschuldigte ausgedehnt. Heute hat jeder Verbrecher die Möglichkeit, sich - falls er das Geld hat - von der Justiz freizukaufen.

Mit der Einführung der Absprachen im Jahre 2004 hat der Gesetzgeber den Willen der Regierung unterstützt, die Korruption mit der für Georgien völlig unbekannten Institution der strafprozessualen Absprache zu bekämpfen, die selber ihrer Natur nach als Instrument der Korruption betrachtet wird.

„Do ut des" heißt wörtlich übersetzt: Ich gebe, damit du gibst. Es liegt auf der Hand, dass damit für die staatlichen Akteure ein Handlungsmuster etabliert wird, das dem Rechtsanwendungsparadigma – d.h. der „klassischen" Aufgabe der Justiz, auf Sachverhalte das geltende Recht anzuwenden – deutlich entgegensteht. Die Nähe zum Handlungsmuster der Korruption ist nicht zu übersehen. Ob die Einführung des Absprachеverfahrens in einem Transformationsland wie Georgien tatsächlich zu Missbräuchen bei-getragen hat, ob also die Legalisierung des Absprache-Procederes ein korruptes Klima im Rechtswesen begünstigt hat, wird in diesem Aufsatz aufgezeigt.

Auf diesem Wege sollen auch strittige Grundsatzfragen gezeigt und einer Lösung zugeführt werden: – Wie ist es möglich, die Regelungen des Absprachеverfahrens mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem daraus abgeleiteten Grundsatz des fairen Verfahrens vereinbaren.

ლავრენტი მაღლაკელიძე
დოქტორანტი, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასისტენტ-პროფესორი

განზრახვის ცნების ზოგიერთი პრობლემისათვის თანამედროვე გერმანულ სისხლის სამართალის დოგმატიკაში

1. შესავალი: პრობლემის დასმა

გერმანიის მოქმედი სისხლის სამართლის კანონი, შვეიცარიისა[1] და ავსტრიის[2] სისხლის სამართლის კოდექსებისგან განსხვავებით, განზრახვის ცნების შინაარსს საერთოდ არ განსაზღვრავს. მისი მე-15 პარაგრაფი შეიცავს მხოლოდ განმარტებას იმის შესახებ, რომ ის ქმედების შემადგენლობები, რომლებიც მოცემულია კანონის კერძო ნაწილში, შესაძლებელია, მხოლოდ განზრახ იქნეს ჩადენილი, თუკი მათი გაუფრთხილებლობისთვის დასჯადობა პირდაპირ არ იქნება კოდექსში გათვალისწინებული. გამომდინარე აქედან, კანონმდებელი აღნიშნული საკითხის გადაწყვეტას ანდობს სისხლის სამართლის დოგმატიკასა და სასამართლო პრაქტიკას.

განზრახვის ცნება თანამედროვე გერმანულ იურიდიულ ლიტერატურაში შემდეგი სახით განისაზღვრება: „განზრახვა – ეს არის ცოდნითა და ნებელობით განხორციელებული ქმედების შემადგენლობა“[3].

ქმედების სუბიექტურ შემადგენლობაში განზრახვის გადატანა და მისი ამგვარი ფორმით ჩამოყალიბება უკავშირდება დანაშაულის შესახებ არსებულ ე.წ. ფინალურ მოძღვრებას. კერძოდ, *ჰ. ველცელის* მიერ ბრალის ცნებიდან ქმედების შემადგენლობის ეტაპზე ბუნებრივი განზრახვის გადატანის იდეა მოგვიანებით გაბატონებულ შეხედულებად იქცა გერმანულ სისხლის სამართლის დოგმატიკასა და პრაქტიკაში. ამაზე მიუთითებს სასამართლოს ის გადაწყვეტილებებიც, რომლებიც განზრახვას ქმედების შემადგენლობის ნიშნად აღიარებს. ჯერ კიდევ რაიხის უზენაესი სასამართლო ცალსახად უჭერდა მხარს ფინალური მოძღვრების მიერ დამკვიდრებული ბუნებრივი განზრახვის ცნებას[4]. განზრახვა, როგორც ქმედების შემადგენლობის სუბიექტური ნიშანი, ასევე დასაბუთებულ იქნა გერმანიის ფედერალური სასამართლოს განაჩენებშიც[5]. უზენაესმა სასამართლომ

---

[1] იხ. შვეიცარიის სისხლის სამართლის კოდექსის მე-12 მუხლი.

[2] იხ. ავსტრიის სისხლის სამართლის კოდექსის მე-5 მუხლი.

[3] გერმანულად: Vorsatz ist Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. აღნიშნულის შესახებ იხ.: BGHSt 19, გვ. 295-298; BGHSt 36, გვ. 1-10; *Roxin C.*, Strafrecht, AT, ტომი I, მე-4 გამოცემა, 2006, გვ. 436-437; *Welzel H.*, Das deutsche Strafrecht, მე-11 გამოცემა, 1969, გვ. 64.

[4] შეად.: RGSt 44, გვ. 325-327; RGSt 51, გვ. 305-311; *Schmidhäuser E.*, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968, გვ. 6; *Hruschka J.*, Wieso ist eigentlich die „eingeschränkte Schuldtheorie „eingeschränkt“? წიგნში: FS für Claus Roxin, 2001, გვ. 444.

[5] იხ.: BGHSt 19, გვ. 295-298; BGHSt 36, გვ. 1-10; BGHSt 51, გვ. 100-119.

ერთ-ერთ სისხლის სამართლის საქმეზე მიუთითა: „განზრახვა – ეს არის დანაშაულის შემადგენლობის ნებელობითი განხორციელება ყველა მისი ფაქტობრივი გარემოებების შეცნობით"[6].

განზრახვის ცნების ამგვარი სახით არსებობა ნიშნავს იმას, რომ ობიექტური შემადგენლობის ყველა ნიშანი „ცოდნითა და ნებელობით" კუმულაციურად უნდა განხორციელდეს[7]. თუმცა როგორც ინტელექტუალური, ისე ნებელობითი ელემენტის მიმართ გერმანულ იურიდიულ ლიტერატურაში არაერთგვაროვანი შეხედულებაა. ეს კი განპირობებულია, უპირველეს ყოვლისა, განზრახვის მისამართით არსებული რამდენიმე პრობლემური შეკითხვით, კერძოდ, (1) რა მოცულობითა და ინტენსიურობით უნდა არსებობდეს განზრახვაში ინტელექტუალური ელემენტი – აქტუალური თუ პოტენციური ფორმით; (2) როგორ უნდა დადგინდეს განზრახვის კოგნიტიური ელემენტი აფექტური, რეფლექსური და ავტომატიზებული დანაშაულების ჩადენის დროს; (3) საჭიროა თუ არა განზრახვაში საერთოდ ვოლუნტატიური ელემენტის დასაბუთება.

აღნიშნული ნაშრომის მიზანს წარმოადგენს სწორედ ამ პრობლემების გამოკვლევა და მათი ურთიერთმიმართების საკითხის გარკვევით თავად განზრახვის შინაარსობრივი მხარის დოგმატური გაანალიზება.

2. განზრახვა, როგორც ქმედების შემადგენლობის განხორციელების ცოდნა და ნებელობა

2.1. ცოდნის ელემენტი

ინტელექტუალურ ელემენტს განზრახვის ცნებაში ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ადგილი უკავია. ზოგიერთი მეცნიერი მას უპირატესობასაც კი ანიჭებს ნებელობის ელემენტთან შედარებით[8]. განზრახვაში „ცოდნის" შემოწმების აუცილებლობა კი დასაბუთებულია იმ გარემოებით, რომ განზრახ ჩადენილ ყველა დელიქტში საჭიროა, უპირველეს ყოვლისა, დადგინდეს ჰქონდა თუ არა დამნაშავეს ფაქტობრივი გარემოებები გაცნობიერებული და მხოლოდ შემდეგ უნდა შემოწმდეს, მოქმედებდა თუ არა იგი ნებელობით. როგორც პირველი (კოგნიტიური), ისე მეორე (ვოლუნტატიური) ელემენტის არარსებობა კი ნიშნავს ავტომატურად განზრახვის გამორიცხვას.[9]

ცნობილია, რომ განზრახვის დასამტკიცებლად დამნაშავეს არ მოეთხოვება ფაქტობრივი გარემოებების ზუსტი და დაწვრილებითი ცოდნა[10]. იურიდიულ ლიტერატურაში მსჯელობის საგანს შეადგენს, საკმარისია განზრახვის დასა-

---

[6] იხ.: BGHSt 19, გვ. 289; *Hruschka J.*, FS für Claus Roxin, 2001, გვ. 444.

[7] იხ. *Heinrich B.*, Strafrecht, AT, ტომი I, 2010, გვ. 101.

[8] იხ. *Satzger H.*, Der Vorsatz - einmal näher betrachtet, Jura 2008, გვ. 13.

[9] იხ. *Welzel H.*, Das deutsche Strafrecht, 1969, გვ. 64.

[10] იხ.: BGHSt 2004, გვ. 79-81; *Kühl K.*, Strafrecht, AT, მე-6 გამოცემა, 2008, გვ. 106.

დგენად გარემოებების პოტენციური შეცნობა და ხომ არ არის ყოველთვის საჭირო მისი აქტუალური ფორმით წარმოდგენა. გამომდინარე აქედან, უნდა გაირკვეს, რამდენად დასაბუთებულია განზრახვის ცნებაში ქმედების ფაქტობრივი გარემოებების მიმართ აქტუალური ან პასიური ცოდნის არსებობა.

2.1.1. განზრახვაში აქტუალური და პასიური ცოდნის არსებობის პრობლემა

სისხლის სამართლის მეცნიერებაში გაბატონებული შეხედულებით, აუცილებელია, პირის ცოდნა ქმედების შემადგენლობის ეტაპზე არსებობდეს აქტუალური ფორმით[11], რაც ნიშნავს იმას, რომ დამნაშავეს დანაშაულის ჩადენის დროს ფაქტობრივი გარემოებები „აშკარად" შეცნობილი უნდა ჰქონდეს, კონკრეტულად თვალწინ უნდა ედგას[12]. ამაზე მიუთითებს, გარკვეულწილად, გერმანიის სისხლის სამართლის კანონის მე-16 პარაგრაფი, რომელიც ეძღვნება ფაქტობრივი ხასიათის შეცდომას. ამ ნორმის პირველ ნაწილში მითითებულია: „ის, ვინც არ იცნობს ქმედების განხორციელების დროს გარემოებას, რომელიც კანონით განსაზღვრულ ქმედების შემადგენლობას მიეკუთვნება, განზრახ არ მოქმედებს. პირი შეიძლება, დაისაჯოს მხოლოდ გაუფრთხილებლობისათვის". მაშასადამე, კანონმდებელი, ერთი შეხედვით, ცალსახად საუბრობს განზრახვაში აქტუალურ ცოდნაზე და მისი არარსებობის შემთხვევაში პირს პასუხისმგებლობას გაუფრთხილებლობითი დანაშაულისთვის აკისრებს[13]. თუმცა, ამ მსჯელობიდან გამომდინარე, გასარკვევია, საკმარისია თუ არა განზრახვის დასასაბუთებლად გარემოებების მიმართ პასიური ცოდნის არსებობა.

აღნიშნულ პრობლემასთან დაკავშირებით საინტერესო მოსაზრება აქვს გამოთქმული ავსტრიელ მეცნიერს *ვ. პლატცგუმერს*[14], რომელმაც სისხლის სამართლის დოგმატიკაში განავითარა შეგნებულობის ორი დამოუკიდებელი ქვესახე. კერძოდ: (1) თანაცნობიერება (Mitbewusstsein); (2) მუდმივად თანმხლები ცოდნა (ständiges Begleitwissen)[15]. გამომდინარე აქედან, შეგნებულობის ეს ორი დამოუკიდებელი ფორმა ცალ-ცალკე იქნება განხილული.

2.1.1.1. თანაცნობიერების თეორია

ვ. პლატცგუმერი თანაცნობიერების თეორიის დასაბუთებისას მიუთითებს იმაზე, რომ განზრახვის კოგნიტიური ელემენტი, ფაქტობრივი გარემოებების ცოდ-

---

[11] შეად. *Schmidhäuser E.*, Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, JuS, 1980, გვ. 241.

[12] იხ. *Welzel H.*, Das deutsche Strafrecht, 1969, გვ. 65.

[13] იხ. *Schmidhäuser E.*, JuS, 1980, გვ. 241.

[14] შეად. *Platzgummer W.*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964, გვ. 83-84.

[15] იხ. *Roxin C.*, Strafrecht, AT I, 2006, გვ. 498.

ნასთან ერთად, აგრეთვე, უნდა მოიცავდეს ქმედების იმ გარემოებების ცოდნასაც, რომელთა შესახებ, მართალია, დამნაშავეს დანაშაულის ჩადენის დროს კონკრეტულად არ უფიქრია, მაგრამ ისინი მის შეგნებაში არსებობდა[16]. კერძოდ, ამ შემთხვევაში საქმე ეხება შეგნებულობის ისეთ ფორმას, რომელიც აშკარად არ არის ასახული ადამიანის ცნობიერებაში, მაგრამ იგი, სხვა გარემოებების შეგნებულებასთან ერთად, მის ფსიქიკაში თანაარსებობს – ე.წ. თანაცნობიერების თეორია[17]. კონკრეტულად, აქ საქმე ეხება ისეთი მნიშვნელოვანი გარემოებების შესახებ ცოდნას, რომელიც რელევანტურია განზრახვის დასასაბუთებლად[18]. ამ მსჯელობის გასამყარებლად კი, *ვ. პლატცგუმერს* შემდეგი მაგალითი მოჰყავს: ა.-მ ნებაყოფლობითი სექსუალური კავშირი დაამყარა თოთხმეტ წელს მიუღწეველ გოგონასთან, რითაც ჩაიდინა გერმანიის სსკ-ის 176-ე პარაგრაფით (ბავშვებთან სექსუალური კავშირი) გათვალისწინებული დანაშაული. აღნიშნულ ვითარებაში, თუკი დამნაშავეს როდესმე, ერთხელ მაინც, თუნდაც შემთხვევით, ჰქონდა მიღებული ცოდნა ბავშვის ასაკის შესახებ, მიუხედავად იმისა, რომ ქმედების განხორციელების მომენტში მას ამ გარემოების შესახებ არც კი უფიქრია, *ვ. პლატცგუმერის* მტკიცებით, ამგვარი ინფორმაცია თანაცნობიერების თეორიიდან გამომდინარე, დამნაშავის შეგნებაში „დაფარულად“ არსებობდა, ამიტომ პირს განზრახვის კოგნიტიური ელემენტის არსებობა მაინც უსაბუთდება[19].

მაშასადამე, *ვ. პლატცგუმერი* საკუთარი მოსაზრებიდან გამომდინარე, არ ეთანხმება ცოდნის, როგორც განზრახვის ცნების აუცილებელი ელემენტის, ტრადიციულ გაგებას და გამოსავალს ხედავს ე.წ. „თანაცნობიერების თეორიაში“. აღნიშნული თეორიის მიხედვით კი იგი ცდილობს ქმედების ობიექტურ გარემოებათა ცოდნისადმი წაყენებული მოთხოვნები შეამციროს სწორედ პასიური ცოდნის მოთხოვნით[20].

ავტორის ეს მოსაზრება ორიგინალურია, თუმცა, ე.წ. „თანაცნობიერების თეორიის“ ყველა შემთხვევისთვის გამოყენება არ არის მართებული. კერძოდ კი, ზემოთ მოყვანილ მაგალითში[21] შესაძლებელია, საკამათო გახდეს ის გარემოება, რატომ უნდა ჰქონდეს მოქმედს ასეთი ინფორმაცია ყოველთვის შეგნებული მაშინ, როდესაც მას ბავშვის ასაკის შესახებ სადღაც, თუნდაც, დიდი ხნის წინ „ყურმოკვრით“ ჰქონდა გაგებული. საკითხავია, ხომ არ ეწინააღმდეგება *ვ. პლატცგუმერის* აღნიშნული შეხედულება, ერთ შემთხვევაში, ქმედების ჩადენის დროს გარემოებების მიმართ აქტუალური „ცოდნის“ პრინციპს, ხოლო, მეორე

---

[16] შეად. *პლატცგუმერის* დასახ. ნაშრომს, გვ. 83-84.

[17] იქვე.

[18] იქვე, ასევე, შეად. *Roxin C.*, Strafrecht, AT I, 2006, გვ. 498-500.

[19] იხ. *პლატცგუმერის* დასახ. ნაშრომი, გვ. 84.

[20] იხ.: *Otto H.*, Vosatz, Jura, 1996, გვ. 468; *Roxin C.*, Literaturbericht, ZStW 78, 1966, გვ. 255-256.

[21] ეს მაგალითი კრიტიკულად აქვს განხილული ასევე, *კ. როქსინსა* და *კ. ქიულს*. ამის შესახებ იხ.: *Roxin C.*, Literaturbericht, ZStW78, 1966გვ. 255;*Kühl K.*, Strafrecht,AT, 2008, გვ. 106.

შემთხვევაში, დანაშაულის მიმდინარეობისას განზრახვის უწყვეტად არსებობის მოთხოვნას (ე.წ. „თანხვედრის პრინციპი“)[22].

თანამედროვე იურიდიულ ლიტერატურაში აღიარებულია, რომ განზრახვა დანაშაულის ჩადენის ყველა ეტაპზე უწყვეტად და კონკრეტულად უნდა არსებობდეს[23]. სწორედ ამიტომ, როგორც ე.წ. წინმსწრები (dolus antecedens), ისე ე.წ. შემდგომში აღმოცენებული განზრახვა (dolus subsequens) არ შეიძლება გახდეს პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დასასაბუთებლად საკმარისი საფუძველი[24]. ამასთან, განზრახვა უნდა მოიცავდეს არა მარტო ქმედებასა და შედეგს, არამედ ასევე, მათ შორის მიზეზობრივი კავშირის განვითარების ყველა ეტაპზე ცოდნასაც[25]. გამომდინარე აქედან, გაუგებარია, რატომ უნდა ჰქონდეს ზემოთ მოყვანილ მაგალითში დამნაშავეს ბავშვის ასაკი ყოველთვის გაცნობიერებული მაშინ, როცა მას ქმედების ჩადენის დროს აღნიშნული მაკვალიფიცირებელი ნიშანი, შესაძლოა, მართლაც არც კი ჰქონოდა შეცნობილი. აშკარაა, რომ ამ შემთხვევაში, ერთი მხრივ, ირღვევა ქმედების მიმართ აქტუალური ცოდნის, ხოლო, მეორე მხრივ, დანაშაულის მიმდინარეობისას ამავე ცოდნის უწყვეტად არსებობის მოთხოვნის პრინციპი (ე.წ. „თანხვედრის პრინციპი“). ამასთან, განზრახვის ფარგლები ამ თეორიით ფართოდ არის წარმოდგენილი[26].

არაერთი ავტორი მართებულად მიუთითებს იმის შესახებ, რომ დაუშვებელია განზრახვის სფეროში ქმედების ჩამდენის მიერ ამა თუ იმ გარემოების გაუცნობიერებლობა შეიცვალოს იმ ფაქტით, რომ მას შეეძლო ანდა სრულად უნდა გაეცნობიერებინა შესაბამისი ვითარების არსებობა (ე.წ. პოტენციური ან კიდევ პასიური ცოდნა)[27]. ასე მაგალითად, თუკი პირი, რომელიც საჭესთან ზის და მაღალ ხმაზე მუსიკას უსმენს, ავტომანქანის პარკირებისას სხვა ავტომანქანას გაკაწრავს ისე, რომ ხმამაღალი მუსიკის გამო ამას ვერ გაიგებს და შემდეგ შემთხვევის ადგილს დატოვებს[28], სისხლისსამართლებრივად პასუხი არ უნდა აგოს[29]. აქ ინტელექტუალური ელემენტი არ არის აქტუალური ფორმით მოცემული. ასეთ ვითარებაში იმის დასაბუთება, რომ მძღოლს შეეძლო მუსიკის დაბალ ხმაზე მოსმენის შემთხვევაში მეორე ავტომანქანასთან მცირედი შეჯახების ხმის გაგონება (ე.წ. პოტენციური, პასური ცოდნა), არ არის საკმარისი წინაპირობა

---

22 იხ. BGHSt 23, გვ. 123-135

23 შეად. *Wessels J., Beulke W.*, AT, 41-ე გამოცემა, 2011, გვ. 81.

24 იქვე.

25 იხ. *Safferling C.*, Vorsatz und Schuld, 2008, გვ. 155.

26 *ვ. პლატცგუმერის* მოძღვრების კრიტიკის შესახებ ასევე, იხ.: *Schroth U.*, Vorsatz und Irrtum, 1998, გვ. 89-90; *Roxin C.*, Strafrecht, AT I, 2006, გვ. 500.

27 შეად.: *Wessels J., Beulke W.*, AT, 2011, გვ. 90-91; *Satzger H.*, Jura, 2008, გვ. 115.

28 გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 142-ე პარაგრაფის 1-ლი აბზაცი დანაშაულად მიიჩნევს შემთხვევის ადგილიდან უნებართოდ გაუჩინარებას.

29 გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსი ნივთის გაუფრთხილებლობით დაზიანების შემადგენლობას საერთოდ არ ითვალისწინებს.

განზრახვის დასამტკიცებლად[30].

ზემოაღნიშნული მოსაზრების გარდა, ამსრულებლის გონებაში ადრე არსებული, მაგრამ შემდგომში „მივიწყებული" ცოდნა არც მაშინ უნდა გახდეს განზრახვის დასასაბუთებლად საკმარისი საფუძველი, როცა მისი აღდგენა მეხსიერების დაძაბვის შედეგად შესაძლებელი იქნებოდა[31]. სწორედ ამიტომ, ქმედების ფაქტობრივი გარემოებების მიმართ პასიური ან თუნდაც პოტენციური შეგნების შესახებ მსჯელობა მიზანშეუწონელია. წინააღმდეგ შემთხვევაში რამდენიმე პრობლემა იჩენს თავს, კერძოდ, (1) განზრახვაში აქტუალური შეგნების უარყოფა საერთოდ წაშლის ზღვარს განზრახვასა და გაუფრთხილებლობას შორის, რადგან ამ უკანასკნელის დასაბუთება პოტეცნიური ცოდნის არსებობით არის შესაძლებელი.[32] ამაზე მიუთითებს *ჰ. ველცელიც*, რომელიც აღნიშნავს, რომ „განზრახვის ცნებაში ქმედების შემადგენლობის გარემოებათა აქტუალურ შეგნებაზე უარის თქმით წაიშლება ზღვარი განზრახვასა და გაუფრთხილებლობას შორის"[33]; (2) განზრახვაში პოტენციური ცოდნის აღიარების შემთხვევაში ფაქტობრივი შეცდომა სამართლებრივი შედეგის თვალსაზრისით დაემსგავსება გერმანულ აკრძალვაში შეცდომას. სახელდობრ, ფაქტობრივი შეცდომის დაშვების დროს პირის მხრიდან აქტუალური ცოდნის არარსებობა შესაძლოა, ყოველითვის პოტენციური ცოდნის დადგენით შეიცვალოს და ამ არგუმენტით დამნაშავის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა ისევ განზრახი დანაშაულისთვის დადასტურდეს. ასე, მაგალითად, მონადირეს ჰგონია, რომ კლავს დათვს, სინამდვილეში სიბნელეში ტყვიას მოახვედრებს მეორე მონადირეს და მას მოკლავს. ამ სიტუაციაში მონადირემ ფაქტობრივი შეცდომა დაუშვა, რის გამოც გერმანიის სსკ-ის მე-16 პარაგრაფიდან (ფაქტობრივი შეცდომა) გამომდინარე, საჭიროა, განზრახვა გამოირიცხოს და პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საკითხი გაუფრთხილებლობის ფარგლებში გადაწყდეს. გერმანელი კანონმდებელი ფაქტობრივი შეცდომისას მიუთითებს იმაზე, რომ დამნაშავეს ამ დროს შეცნობილი არ უნდა ჰქონდეს ქმედების ფაქტობრივი გარემოებები, მაშასადამე, მას აქტუალური ცოდნა არ უნდა გააჩნდეს[34].

განზრახვაში პოტენციური ცოდნის აღიარების შემთხვევაში კი, სულ სხვა სამართლებრივ შედეგს მივიღებთ. კერძოდ, მონადირეს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა უკვე არა გაუფრთხილებლობისთვის, არამედ ისევ განზრახი დანაშაულის ჩადენისთვის დაეკისრება. მას, მართალია, ფაქტობრივი გარემოებების მიმართ აქტუალური ცოდნა არ ჰქონდა, თუმცა, პოტენციური ცოდნის შესაძლო არსებობიდან გამომდინარე, იგი მაინც განზრახი დანაშაულის ჩადენისთვის

---

[30] იხ. *Satzger H.*, Jura, 2008, გვ. 115.

[31] შეად. *Wessels J., Beulke W.*, AT, 2011, გვ. 91.

[32] იხ.: *Welzel H.*, Das deutsche Strafrecht, 1969, გვ. 65; *Baumann J., Weber U.*, AT, მე-9 გამოცემა, 1985, გვ. 390.

[33] იხ. *Welzel H.*, Das deutsche Strafrecht, 1969, გვ. 65.

[34] შეად. *Schmidhäuser E.*, JuS, 1980, გვ. 241.

დაისჯებოდა. ეს კი ნიშნავს იმას, რომ ფაქტობრივი შეცდომა პრაქტიკული თუ იურიდიული თვალსაზრისით დაემსგავსება გერმანულ აკრძალვაში შეცდომას. სახელდობრ, გერმანული სამართლებრივი შეცდომის ვითარებაში დამნაშავე, მართლწინააღმდეგობის აქტუალური შეგნების არარსებობის მიუხედავად, მართლწინააღმდეგობის პოტენციური შეგნების დასაბუთების შემთხვევაში, ისევ განზრახი დანაშაულისთვის ისჯება. უფრო ნათლად რომ ითქვას, გერმანიის სსკ-ის მე-17 პარაგრაფში საუბარია აკრძალვაში შეცდომაზე. მასში ცალსახად მითითებულია, რომ, თუკი პირს მართლწინააღმდეგობის შეგნება (მართლწინააღმდეგობის აქტუალური შეგნება) არ აქვს და ასეთი შეცდომა თავიდან აცილებადია — ე.ი. პირს შეეძლო, რომ შეცდომა თავიდან აეცილებინა (უმართლობის პოტენციური შეგნება) — სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა ქმედების ჩამდენს არა გაუფრთხილებლობისთვის, არამედ განზრახი დანაშაულისთვის დაეკისრება.

გერმანიის სსკ-ის მე-17 პარაგრაფში (აკრძალვაში შეცდომა) მოცემული ეს დებულება, თუკი ასევე, ანალოგიურად, გაზიარებული იქნება კოდექსის მე-16 პარაგრაფთან (ფაქტობრივი შეცდომა) მიმართებითაც, მაშინ აღნიშნული შეხედულება უკვე თავად ამ უკანასკნელი ნორმის შინაარსობრივ მხარესთან მოვა წინააღმდეგობაში. კანონმდებელი კოდექსის მე-16 პარაგრაფში, როგორც ზემოთ აღინიშნა, ცალსახად უთითებს იმაზე, დამნაშავეს ფაქტობრივი შეცდომის შემთხვევაში აქტუალური ცოდნა არ უნდა ჰქონდეს, ხოლო მისი პასიური ფორმით არსებობას იგი ირელევანტურად მიიჩნევს[35]. სწორედ ამ მოსაზრებით არის გამოწვეული ის, რომ ფაქტობრივი შეცდომის შემთხვევაში, როგორც წესი, ყოველთვის განზრახვა ირიცხება, აქტუალური ცოდნის არარსებობის გამო, და პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საკითხი უკვე გაუფრთხილებლობის სფეროში წყდება.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, დამნაშავის მხრიდან ფაქტობრივი გარემოებების პოტენციური შეცნობა განზრახვის დასასაბუთებლად საკმარისი წინაპირობა არ არის[36]. მართებულად მიუთითებს *კ. როქსინი* თანაცნობიერების თეორიის კრიტიკისას იმის შესახებ, რომ შეგნებულობის ეს ფორმა „უკიდა გამოიყენებოდეს მხოლოდ საეჭვო ვითარებებში, ე.ი. კონკრეტული სიტუაციიდან გამომდინარე. წინააღმდეგ შემთხვევაში შეიძლება ამ თეორიამ შეცდომაში შეგვიყვანოს, რადგან, თუკი პირი რაიმე მნიშვნელოვან ინფორმაციას ერთხელ მაინც გაიგებს და მას ამის შესახებ ლატენტურად ეცოდინება, თანაცნობიერების თეორიის დახმარებით ცოდნა და, შესაბამისად, განზრახვა მარტივად დასაბუთდება."[37] ამით კი, ავტორის აზრით, განზრახვის საზღვრები გაფართოვდება და მისი მოქმედების მასშტაბი, ასევე, გაუფრთხილებლობაზეც გავრცელდება[38].

---

[35] იქვე.

[36] იხ.: BGH, NStZ, 2004გვ. 201;*Welzel H.*, Das deutsche Strafrecht, 1968გვ. 65.

[37] იხ. *Roxin C.*, Literaturbericht, ZStW78, 1966გვ. 255-256.

[38] იქვე.

2.1.1.2. მუდმივად თანმხლები ცოდნის თეორია

განსხვავებული სიტუაციაა მოცემული შეგნებულობის მეორე ფორმის – „მუდმივად თანმხლები ცოდნის“ დროს[39]. კერძოდ, ამ შემთხვევაში საუბარია ისეთი გარემოების შეგნებაზე, რომელიც დამნაშავის ცნობიერებაში, მისი პროფესიიდან გამომდინარე, მუდმივად არსებობს[40]. მსჯელობა უფრო ნათელი რომ გახდეს, მოვიყვანთ მაგალითს: ტაბელური იარაღით აღჭურვილი პოლიციელი საიუველირო მაღაზიაში შევიდა და ძვირად ღირებული საათი მოიპარა. პოლიციელს ამ ქმედების განხორციელებისას არ ჰქონდა გაცნობიერებული ის გარემოება, რომ მას თან ტაბელური იარაღი ჰქონდა[41].

გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსში ასეთი ქმედება მიჩნეულია არა მარტივ, არამედ კვალიფიცირებულ ქურდობად, ე.ი. ქურდობად, რომელიც ჩადენილია იარაღით. გერმანელი კანონმდებელი ამგვარი დანაშაულისათვის, მიუხედავად იმისა, თუ ვის (პოლიციელის თუ უბრალო მოქალაქის) მიერ არის იგი განხორციელებული, უფრო მკაცრ სასჯელს ითვალისწინებს, ვიდრე ეს ე.წ. მარტივი ქურდობისას არის განსაზღვრული. აქვე ხაზგასასმელია ისიც, რომ ეს დელიქტი, როგორც თეორიული, ისე პრაქტიკული თვალსაზრისით, განსხვავდება ყაჩაღობის შემადგენლობისგან. კერძოდ, იარაღით ქურდობისას დამნაშავისთვის იარაღის მხოლოდ თანქონა (როგორც აბსტრაქტული საფრთხის წყარო) და არა ამ იარაღის გამოყენება, არის საკმარისი საფუძველი იმის მტკიცებისათვის, რომ ასეთი ქმედება შეფასდეს დამამძიმებელ გარემოებაში ჩადენილ ქურდობად[42].

ზემოთ მოყვანილ მაგალითში, მიუხედავად იმისა, რომ პოლიციელს დანაშაულის ჩადენისას თანნაქონი იარაღის შესახებ კონკრეტულად მართლაც არ უფიქრია, პროფესიიდან გამომდინარე, მას იარაღის მიმართ „მუდმივი თანმხლები ცოდნა“ მაინც გააჩნდა.[43] სწორედ ამიტომ, პოლიციელის ქმედება უნდა შეფასდეს არა მარტივ, არამედ დამამძიმებელ გარემოებაში ჩადენილ ქურდობად (გერმანიის სსკ-ის 244-ე პარაგრაფი, ქურდობა იარაღით). ასე რომ, ზემოაღნიშნულ ვითარებებში პირის მიერ აქტუალურად შეცნობილად უნდა ჩაითვალოს შემადგენლობის ყველა ის გარემოება, მათ შორის, კვალიფიციური გარემოებაც, რომლის შესახებ ცოდნა მას მუდმივად „თან სდევს“, მიუხედავად იმისა, რომ დამნაშავეს დანაშაულის ჩადენისას შესაძლოა, ეს გარემოებანი არც კი გახსენებია.

გამომდინარე აქედან, როგორც ექიმს, ისე პოლიციელს, ადვოკატს თუ ნებისმიერი სხვა პროფესიის წარმომადგენელს, სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულების დღიდან, საკუთარ პროფესიასთან დაკავშირებული მოვალეობების შეგ-

---

[39] იხ. *პლატცგუმერის* დასახ. ნაშრომი, გვ. 89.

[40] იქვე.

[41] იხ. *Satzger H.*, Jura, 2008გვ. 115.

[42] იხ. *Eser A.*, *Bosch N.*, წიგნში: Strafgesetzbuch, *Schönke A.*, *Schröder H.*, Kommentar, 28-ე გამოცემა, 2010, გვ. 2192-2203.

[43] იხ. *Satzger H.*, Jura, 2008გვ. 115.

ნება მუდმივად უნდა გააჩნდეს („მუდმივი თანმხლები ცოდნა")[44].

2.1.2. ცოდნის არსებობის პრობლემა აფექტური და რეფლექსური დანაშაულების ჩადენის დროს

ქმედების ფაქტობრივი გარემოებების შესახებ ცოდნა განსაკუთრებით პრობლემურია აფექტური დანაშაულის ჩადენის დროს[45]. ცნობილია, რომ მსგავსი კატეგორიის დელიქტების განხორციელების შემთხვევაში ფაქტობრივი გარემოებების შეგნებულობა დამნაშავეს შესაძლოა საერთოდ არ ჰქონდეს ან კიდევ ჰქონდეს, მაგრამ იგი ნაკლები ინტენსიურობით იყოს წარმოდგენილი მის ფსიქიკაში. თუმცა, მეორე მხრივ, ისიც ნათელია, რომ აფექტური დანაშაულები მხოლოდ განზრახ, მიზანმიმართულად, ხორციელდება. ამ მსჯელობიდან გამომდინარე კი იბადება კითხვა: რატომ ერაცხება დამნაშავეს ასეთი განზრახვა მაშინ, როცა მას ქმედების განხორციელების დროს ფაქტობრივი გარემობების შეგნებულობა აშკარად, კონკრეტულად არა აქვს? ან აქვს, მაგრამ „დეფექტურად" არსებობს იგი პირის გონებაში.

ასეთ შემთხვევაში ზოგიერთი ავტორი მიიჩნევს, რომ „ამგვარი შეუგნებელი მიზანმიმართულება განზრახვის დასაბუთებისთვის სრულიად საკმარისი პირობა უნდა იყოს[46]", ავტორთა მეორე ნაწილი კი „ქმედების გარემოებების შეგნების გარეშე არსებულ განზრახვას" გერმანიის სსკ-ის მე-16 პარაგრაფთან (ფაქტობრივი შეცდომა) ძნელად შესათავსებლად თვლის.[47]

რამდენად შეიძლება განზრახვა ქმედების შეგნებულობის გარეშე არსებობდეს, ეს დავის საგანს არ უნდა წარმოადგენდეს, რადგან, თუკი პირს არ აქვს ფაქტობრივი გარემოებები გაცნობიერებული, „ცოდნაც" და, შესაბამისად, განზრახვაც გამორიცხულია. სწორედ ამაზე მიუთითებს კანონმდებელი გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის მე-16 პარაგრაფის (ფაქტობრივი შეცდომა) პირველ ნაწილში, სადაც აღნიშნულია, რომ ვინც დანაშაულის განხორციელების დროს არ იცნობს ქმედების გარემოებებს, მოქმედებს განზრახვის გარეშე. გამომდინარე აქედან, თუ ამ მსჯელობას ლოგიკურად მივყვებით, მაშინ აფექტური დანაშაული, ერთი შეხედვით, საერთოდ დაუსჯელი უნდა დარჩეს. ამ დროს განზრახვის კოგნიტიური ელემენტი თითქმის არ არის მოცემული ან კიდევ არასრულფასოვნად არსებობს, რამაც, თავის მხრივ, შესაძლოა, მთლიანად განზრახვის უარყოფა

---

[44] იხ. *Frisch W.*, Vorsatz und Mitbewußtsein-Strukturen des Vorsatzes, წიგნში: FS für Armin Kaufmann, 1989, გვ. 211-231.

[45] იხ.: BGHSt 18, გვ. 23; *Jakobs G.*, Strafrecht, AT, მე-2 გამოცემა, 1991, გვ. 264; *Schewe G.*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch - psychologischer Sicht, 1972, გვ. 107-108; *Stratenwerth G.*, Unbewußte Finalität? წიგნში: FS für Hans Welzel, 1974, გვ. 304-305.

[46] იხ. *შევეს* დასახ. ნაშრომი, გვ. 101.

[47] იხ. *Stratenwerth G.*, FS für Hans Welzel, 1974, გვ. 304.

გამოიწვიოს. გაუფრთხილებლობითი დანაშაულისთვის პასუხისმგებლობა კი შეუძლებელია დღის წესრიგში დადგეს. გაუფრთხილებლობითი აფექტი, როგორც ასეთი, გაბატონებული შეხედულებით არ არსებობს და, შესაბამისად, არც სისხლის სამართლის კოდექსი ითვალისწინებს მსგავსი ქმედების დასჯადობას.

ამ პრობლემიდან გამოსავალი ზოგიერთმა ავტორმა მარტივად იპოვა. კერძოდ, *კ. როქსინი* მიიჩნევს, რომ ის, რაც კანონმდებელმა მე-16 პარაგრაფში (ფაქტობრივი შეცდომა) – „გარემოებების ცოდნაში" – იგულისხმა, პირდაპირი მნიშვნელობით არ უნდა იქნეს გაგებული.[48] ავტორი ცალსახად მიუთითებს, რომ აფექტური დანაშაულის ჩადენის დროს დამნაშავის უბრალო გადაწყვეტილებისა და ქმედების განხორციელების ერთმანეთისადმი დამთხვევა განზრახვის, როგორც „გეგმის განხორციელების", პრინციპს არ ეწინააღმდეგება.[49] ასეთ შემთხვევაში მის დასასაბუთებლად სრულიად საკმარისია ქმედების გარემოებების უბრალო შეცნობა მხოლოდ „თვალის ერთი გადავლებით" მოხდეს.[50] კერძოდ, „აფექტური ქმედების დროს დამნაშავე ხედავს მსხვერპლს, ხედავს, ასევე, თავის იარაღს და სურს კიდეც მსხვერპლის სიკვდილიც, წინააღმდეგ შემთხვევაში, მკვლელობა არ შესრულდება.[51] გამომდინარე აქედან, აფექტში ჩადენილმა დანაშაულმა შესაძლოა, გამორიცხოს არა ქმედების შეგნებულება და, შესაბამისად, განზრახვა, არამედ ბრალუნარიანობა. სწორედ ამიტომ, აღნიშნული პრობლემა ბრალში უნდა იქნეს განხილული და არა ქმედების შემადგენლობის ეტაპზე"[52].

კ. როქსინის ამ შეხედულებას არ შეიძლება, არ დაეთანხმო. აფექტური დანაშაულები დაუშვებელია გახდეს სისხლისსამართლებრივი უმართლობის გამორიცხვის საფუძველი. იგი უდავოდ ბრალის პრობლემაა. პირის პასუხისმგებლობის შემსუბუქება აქ ემყარება არა უმართლობის, არამედ ბრალის შემცირებულ ხარისხს. აფექტური დანაშაული, შეიძლება ითქვას, რომ არის შემცირებული, ანუ შეზღუდული შერაცხადობის ნაირსახეობაა. სწორედ ამ საფუძვლით ითვლება აღნიშნული კატეგორიის დელიქტები როგორც გერმანულ, ისე ქართულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში ბრალის შემამსუბუქებელ (ე.წ. ფიზიოლოგიური აფექტი) ან კიდევ მთლიანად მის გამომრიცხველ გარემოებად (ე.წ. პათოლოგიური აფექტი).

შეგნებულობის დასაბუთება პრობლემური და საკამათოა ასევე, ე.წ. ავტომატიზებული (automatisierte - Handlungen), რეფლექსური ქმედებების ჩადენის დროს[53]. ასე მაგალითად, 90 კმ/სთ სიჩქარით მოძრავი ავტომანქანის გამოცდილი მძღოლი, რომელიც ქუჩაში წესების სრული დაცვით გადაადგილდება, უეცრად გზაზე მორბენალ ძაღლს დაინახავს. მძღოლი ასეთ შემთხვევაში მოძრაობის

---

[48] იხ. *Roxin C.*, Strafrecht, AT I, 2006, გვ. 501.

[49] იქვე. ასევე, შეად. *Stratenwerth G.*, FS für Hans Welzel, 1974, გვ. 30.

[50] შეად. BGHSt 6, გვ. 121.

[51] იხ. *Roxin C.*, Strafrecht, AT I, 2006, გვ. 501.

[52] იქვე, ასევე, იხ.: *როქსინის* იმავე ნაშრომი, გვ. 891-896; *შეცვის* დასახ. ნაშრომი, გვ. 107.

[53] იხ.: *Jakobs G.*, Strafrecht, AT, 1991, გვ. 264; *Roxin C.*, Strafrecht, AT I, 2006, გვ. 267, 501.

წესების შესაბამისად იმოქმედებს და ავტომანქანის საჭეს „უკიდურეს მარჯვენა მხარეს“ მიმართავს, რის გამოც ავტომანქანა მოცურდება და იქვე არსებულ განათების ბოძს დაეჯახება, შედეგად კი მძღოლის გვერდით მჯდომი მგზავრი დაიღუპება[54].

აღნიშნულ მაგალითში ავტომანქანის მძღოლის მიერ ავტოავარიის თავიდან აცილების ასეთი რეაქცია გამოწვეულია ე.წ. „ავტომატიზებული მოქმედებით“, რომელიც გარკვეული გამოცდილების შედეგად მის ფსიქიკაში ჩამოყალიბდა და ამ კონკრეტულ ვითარებაში, ყოველგვარი გააზრების გარეშე, ქმედებაში, ე.ი. შეჯახებაში, აისახა[55]. ანუ უფრო ზუსტად რომ ითქვას, ამ შემთხვევაში, პირის მიერ ავტომანქანის უკიდურესი მარჯვენა მხარის მიმართულებით წაყვანა განპირობებულია არა ამ მოქმედის შეგნებულობით, არამედ ავტომატური დაუფიქრებელი ქცევით, რაც ეფუძნება ხანგრძლივი დროის პერიოდში შეძენილ ავტომანქანის მართვის დიდი ხნის გამოცდილებას. ამიტომ ასეთ სიტუაციაში მძღოლს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა არ უნდა დაეკისროს. სწორად მიუთითებს ამის შესახებ *კ. როქსინი*, როცა იგი ე.წ. ავტომატურ ქმედებებზე საუბრობს. ავტორი აღნიშნავს, რომ „ხშირად განმეორებადი მოქმედებები, როგორიცაა, მაგალითად, ავტომანქანის დამუხრუჭება, საავარიო სიტუაციებში საჭის უკიდურესი მარჯვენა მხარეს მიმართვა, არის ადამიანების გონებაში მნიშვნელოვნად ავტომატიზებული, რის გამოც მძღოლი ცალკეულ კონკრეტულ ვითარებაში შეუგნებლად და, მაშასადამე, განზრახ არ მოქმედებს“.[56]

ზემოაღნიშნული მოსაზრება არ ნიშნავს იმას, რომ ასეთი პოზიცია ნებისმიერ შემთხვევაზე გავრცელდეს. იურიდიულ ლიტერატურაში გაბატონებული შეხედულებით, ყოველ კონკრეტულ ვითარებაში განზრახვის დასასაბუთებლად საჭიროა, ყურადღების გამახვილება იმაზე, თუ რამდენად იყო პირის შეგნებულობა იმ გარემოებებით მოცული, რომელთაც კონკრეტულ შემთხვევაში შეეძლოთ მძიმე შედეგის გამოწვევა. ზოგიერთი ავტორის აზრით კი, განზრახვაზე ცალკეულ სიტუაციებში მხოლოდ იმ დროს შეიძლება საუბარი, თუ დადასტურდება, რომ ქმედების მიზანი დამნაშავის შეგნებულობით იყო მოცული, ანუ იგი შეგნებულად და მიზანდასახულად მოქმედებდა [57]. ასე, მაგალითად, წვიმიან ამინდში შუა ქალაქში მოძრავი ავტომანქანის მძღოლი დაინახავს, რომ ქუჩაზე ძაღლი გადადის, რომელსაც უკან ძაღლის პატრონი, მისივე მეზობელი მიჰყვება. მძღოლი სიჩქარეს მოუმატებს ძაღლის დაჯახების მიზნით, რადგან ამ უკანასკნელმა რამდენიმე დღის წინ იგი მსუბუქად დაკბინა. ასეთ ვითარებაში ავტომანქანა უცაბედად მოცურდება და სინამდვილეში არა ძაღლს, არამედ ძაღლის პატრონს დაეჯახება, შედეგად კი, მძღოლის მეზობელი გარდაიცვლება.

გერმანულ სასამართლო პრაქტიკაში ანალოგიურ სიტუაციებში ხშირად

---

[54] შეად. OLG Frankfurt, Verkehrsrechts-Sammlung 28, 1965, გვ. 364.

[55] იხ. *Roxin C.*, Strafrecht, AT I, 2006, გვ. 267-268.

[56] იქვე, გვ. 268.

[57] იქვე, ასევე, შეად. *Jakobs G.*, Strafrecht, AT, 1991, გვ. 263.

რთულია ერთმანეთისგან გამიჯნო არაპირდაპირი განზრახვა და თვითიმედოვნება. აღნიშნული პრობლემის გადაწყვეტა, უპირველეს ყოვლისა, დამოკიდებულია იმაზე, რამდენად აქვს დამნაშავეს ფაქტობრივი გარემოებები შეცნობილი. ამ კონკრეტულ შემთხვევაში კი,ის ფაქტი,რომ მძღოლმა აქტუალურად არ იცის იმის შესახებ, რომ მის მოქმედებას რეალურად სხვა მძიმე შედეგი მოჰყვება, არ არის თვითიმედოვნების დასაბუთების საკმარისი საფუძველი. აქ დამნაშავე, მართალია, ამის შესახებ კონკრეტულად არ ფიქრობს, თუმცა, ფაქტობრივ გარემოებებს იგი აშკარად აღიქვამს. კერძოდ, მან იცის, რომ წვიმიანი ამინდია და შესაძლოა, ასეთ ვითარებაში ავტომანქანა მოცურდეს, ხედავს იმასაც, რომ ძაღლს მისივე მეზობელი ასეირნებს. პირის მხრიდან ყველა ამ გარემოების აღქმა წინაპირობაა იმისა, რომ აღნიშნულ სიტუაციაში არაპირდაპირი განზრახვის არსებობა დასაბუთდეს.

იმ შემთხვევაში, თუ მძღოლი შოკური განცდებით ისეა აფორიაქებული, რომ საჭეს ვერ დაიმორჩილებს და შედეგად უბედურ შემთხვევას გამოიწვევს, განზრახვის არსებობაზე საუბარი გაუმართლებელი იქნებოდა[58]. ასე მაგალითად, თუკი მანქანის მოცურება გამოწვეულია არა გადაჭარბებული სიჩქარით, არამედ მწერის მიზეზით, რომელიც მძღოლს თვალში უცაბედად შეუფრინდა და ამის გამო მან მოსახვევში ავტოსაგზაო შემთხვევა მოახდინა[59], განზრახვის დასაბუთება მიზანშეუწონელად მიიჩნევა. მძღოლს მოვლენების ამგვარი განვითარების შესახებ არათუ ცოდნა, არამედ ქმედებაზე „ნების ბატონობის“ შესაძლებლობაც წართმეული ჰქონდა.[60] ასეთი მოქმედება შესაძლებელია, არც კი შეფასდეს როგორც ნებელობითი ქმედება[61]. მოქმედება არის, უპირველეს ყოვლისა, ყველაფერი ის, რაც ადამიანს, როგორც ფსიქიკურ-ინტელექტუალური მოქმედების ცენტრს, შეიძლება მიეკუთვნოს[62]. ამიტომ, ვინც რეფლექსურად ან ავტომატურად მოქმედებს, როგორც წესი, არ ახორციელებს სისხლისსამართლებრივ ქცევას, შესაბამისად, ასეთი ქცევა არ უნდა წარმოადგენდეს პირის პერსონალურობის გამოხატულობას. გამომდინარე აქედან, ამგვარი მოქმედება არ შეიძლება შეერაცხოს ამ სუბიექტის ფსიქიკურ-ინტელექტუალურ სფეროს (ინდივიდის პერსონალურობის გამოხატულება)[63]. ამ პოზიციას მართებულად იზიარებს, ასევე, გერმანიის ერთ-ერთი მიწის სასამართლოც[64]. ასე რომ, ქმედების შეგნებულობა არსებობს ყოველთვის იქ, სადაც განზრახვის კოგნიტიური ელემენტი სრული

---

[58] იხ. *Roxin C.*, Strafrecht, AT I, 2006, გვ. 502.

[59] იქვე, ასევე, იხ. OLG Hamm, NJW, 1975, გვ. 657.

[60] იხ. *შვეცს* დასახ. ნაშრომი, გვ. 71, 73-74.

[61] ამ პოზიციას იზიარებს გერმანელი მეცნიერი *გ. შვეც*, ამის შესახებ იხ. *შვეცს* დასახ. ნაშრომი.

[62] იხ. *Roxin C.*, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, წიგნში: FS für Gustav Radbruch, 1968, გვ. 262.

[63] გერმანულად: Persönlichkeitsäußerung. ამის შესახებ იხ. *Roxin C.*, Strafrecht, AT I, 2006, გვ. 256, 267. ანალოგიურ ტერმინს იყენებს ასევე, ქართველი მეცნიერი *მ. ტურავა*. ამის შესახებ იხ. *ტურავა მ.*, სისხლის სამართალი, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, გვ. 176.

[64] იხ. OLG Hamm, NJW, 1975, გვ. 657.

მოცულობითაა წარმოდგენილი და, შესაბამისად, მოქმედიც ქმედების გარემოებებს სწორად და ზუსტად აღიქვამს.

მაშასადამე, განზრახვის ინტელექტუალური ელემენტის შინაარსიდან გამომდინარე, ყველაზე მეტად მასში საყურადღებოა ცოდნის აქტუალურობა, მისი ინტენსიურობა და კონკრეტულობა. კოგნიტიური ელემენტის ამოსავალი პრინციპია იმ გარემოებების შეცნობა, რომლებიც კანონით განსაზღვრული დანაშაულის შემადგენლობას მიეკუთვნება.[65] თუმცა, როგორც ზემოთ აღინიშნა, მხოლოდ ცოდნის ელემენტის წარმოდგენა განზრახვის არსებობისთვის საკმარისი არ არის; საჭიროა, ასევე, მისი მეორე, მნიშვნელოვანი – ვოლუნტატიური – კომპონენტის დასაბუთებაც.

2.2. ნებელობის ელემენტი

კოგნიტიური ელემენტის განხილვის შემდეგ, მნიშვნელოვანია ყურადღება ამჯერად განზრახვის მეორე ელემენტზე – ნებელობაზე იქნეს გამახვილებული. გაბატონებული შეხედულებით, განზრახვაში ინტელექტუალური მომენტის გვერდით, ყოველთვის მოიაზრება აგრეთვე, ნებელობითი მომენტიც, სწორედ ამიტომ მის დასასაბუთებლად საჭიროა ამ ნიშნების კუმულაციური არსებობა[66]. მართალია, გერმანიის სისხლის სამართლის კანონი, კოგნიტიური ელემენტისგან განსხვავებით, ვოლუნტატიური კომპონენტის შესახებ არაფერს ამბობს, მაგრამ ეს იმას არ ნიშნავს, რომ მისი სათანადო გამოკვლევა და გაანალიზება საჭირო არ არის[67].

როგორც ზემოთ აღნიშნა, განზრახვის დასადგენად აუცილებელია როგორც ცოდნის, ისე ნებელობის შემოწმება.[68] გამომდინარე აქედან, პრობლემის კვლევაც სწორედ ამ მიმართულებით უნდა წარიმართოს. სახელდობრ, უნდა დასაბუთდეს დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში, ერთი მხრივ, გარემოებების მიმართ ცოდნის არსებობა, ხოლო, მეორე მხრივ, ნებელობა. რაც უფრო დიდი მოცულობითაა განზრახვაში კოგნიტური ელემენტი წარმოდგენილი, მით უფრო ნაკლები ინტენსიურობით არის საჭირო ნებელობის ელემენტის არსებობა და, პირიქით[69]. ასე, მაგალითად, მიზნით დეტერმინირებულ განზრახვაში ნებელობის ელემენტი უფრო მეტი ინტენსიურობით არსებობს, ვიდრე ცოდნის კომპონენტი. ამ შემთხვევაში ვოლუნტატიურ ელემენტს აძლიერებს დამატებით კიდევ ერთი კომპონენტი – მიზანი, რომელიც არაპირდაპირი განზრახვისთვის, როგორც ასეთი, დამახასიათე-

---

[65] იხ. *Safferling C.*, Vorsatz und Schuld, 2008, გვ. 125.

[66] შეად. *Wessels J.*, *Beulke W.*, AT, 2011, გვ. 80-81.

[67] შეად. *Satzger H.*, Jura, 2008, გვ. 115.

[68] შეად.: RGSt 44, გვ. 324-327; BGHSt 19, გვ. 79-80; *Jescheck H., H., Weigend T.*, AT, მე-5 გამოცემა, 1996, გვ. 293; *Otto H.*, Jura, 1996, გვ. 468.

[69] იხ. *Schroth U.*, Vorsatz und Irrtum, 1998, გვ. 3.

ბელი არ არის.[70] აქედან გამომდინარე, იბადება ლოგიკური შეკითხვა, განზრახვის ცნებაში თუ რომელ ნიშანს აქვს უპირატესი მნიშვნელობა – ინტელექტუალურს თუ ნებელობითს.

აღნიშნულ კითხვაზე პასუხის ცალსახად გაცემა შეუძლებელია. თუ რომელი ელემენტია პრიორიტეტული განზრახვის ცნებაში გადამწყვეტი არ უნდა იყოს. უპირველეს ყოვლისა, დასადგენია, განზრახვის რომელი ფორმით არის დანაშაული ჩადენილი. მიზნით დეტერმინირებულ განზრახვაში მის პირდაპირობას სწორედ ნებელობითი მომენტი განსაზღვრავს, რაც ნიშნავს იმას, რომ ნებელობითი კომპონენტი მასში უფრო დიდი მოცულობითაა წარმოდგენილი, ვიდრე ცოდნის ელემენტი[71]. კონკრეტულად რომ ითქვას, პირდაპირ განზრახვაში ქმედება იმდენად არის დელიქტური შედეგისკენ პირდაპირ მიმართული, რამდენადაც სუბიექტს ეს შედეგი სურს. არაპირდაპირი განზრახვის დროს კი ქმედება მხოლოდ ირიბად მიიმართება მართლსაწინააღმდეგო შედეგისაკენ, რაც განპირობებულია იმით, რომ სუბიექტი ესწრაფვის სხვა, განსაზღვრულ და არა კონკრეტულ მართლსაწინააღმდეგო შედეგს.

ამ მსჯელობიდან გამომდინარე, შეიძლება დავასკვნათ, რომ ორივე კომპონენტს განზრახვის ცნებაში თანაბარი მნიშვნელობა ენიჭება. სხვა საკითხია, განზრახვის რომელ ფორმაში (პირდაპირში თუ ირიბში) რა მოცულობითაა აღნიშნული ელემენტები წარმოდგენილი, რაც მათ ერთმანეთისადმი პრიორიტეტულობას კი არ განსაზღვრავს, არამედ მხოლოდ იმას მიანიშნებს, თუ განზრახვის რომელი ფორმით (პირიდაპირით თუ არაპირდაპირით) არის ქმედება ჩადენილი. აღნიშნული საკითხის გასარკვევად კი აუცილებელია, პირველ რიგში, დამნაშავის ცოდნის კომპონენტის დასაბუთება და მხოლოდ ამ ნიშნის დადგენის შემდეგ არის შესაძლებელი, ვიმსჯელოთ ნებელობის ელემენტზე. სრულიად დასაშვებია, კოგნიტიური ელემენტი არსებობდეს ნებელობის გარეშე (მაგალითად, თვითიმედოვნების დროს), მაგრამ, პირიქით, მხოლოდ ნებელობის არსებობა და ცოდნის ელემენტის გამორიცხვა შეუძლებელი[72]. აქედან დასკვნა: განზრახვაში მეორე (ნებელობის) ელემენტს პირველი (კოგნიტიური) ელემენტის გარეშე არსებობა არ შეუძლიაა[73]. თუმცა, როგორც ზემოთ აღნიშნა, ნებელობის ელემენტი განსხვავებული მოცულობითა და ინტენსიურობით არსებობს როგორც პირდაპირ, ისე არაპირდაპირ განზრახვაში. გამომდინარე აქედან, მართებულია პრობლემის ანალიზიც, სწორედ ამ კუთხით წარიმართოს.

---

[70] შეად. *იემშეკისა და ვაიგენდის* დასახ. ნაშრომს, გვ. 297-298.

[71] შეად. *Satzger H.*, Jura, 2008, გვ. 116.

[72] იხ. *Schroth U.*, Vorsatz und Irrtum, 1998, გვ. 3-4.

[73] იხ.: *Ziegert U.*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987, გვ. 69; *Schmidhäuser E.*, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968, გვ. 10.

2.2.1. ნებელობის ელემენტის პრობლემა პირდაპირი განზრახვის დროს

ნებელობითი ელემენტის დადგენას პირდაპირ განზრახვაში უდიდესი მნიშვნელობა ენიჭება. სწორედ, ნებელობის ელემენტის საფუძველზე არის შესაძლებელი პირველი და მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვის ერთმანეთისგან ურთიერთგამიჯვნის საკითხის გარკვევა. კერძოდ, პირველი ხარისხის პირდაპირ განზრახვაში განსაკუთრებული ინტენსიურობით ვოლუნტატიური ელემენტი გამოირჩევა, რადგან მას მიზნის არსებობა აძლიერებს, ხოლო მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვის დროს მიზანი, როგორც ასეთი, არ არის მოცემული და, შესაბამისად, ნებელობაც აქ ნაკლები ხარისხით არსებობს.

რაც შეეხება პირდაპირ განზრახვაში თავად ნებელობის ელემენტის შინაარსს, ზოგიერთი გერმანელი მეცნიერის (მაგალითად, *ი. პუპე, ჰ. ოტო*) შეხედულებით, ცნება ნებავს (wollen) ასეთ შემთხვევაში ორი – დესკრიფციულ-ფსიქოლოგიური[74] და ნორმატიულ-შერაცხვითი[75] მნიშვნელობით უნდა გამოიყენებოდეს[76].

ნებელობის დესკრიფციულ-ფსიქოლოგიური გაგება ნიშნავს „შედეგის დადგომისკენ მიმართულ მიზნით დეტერმინირებულ ნებელობას", ე.ი. ნებელობა აქ მიზნის იდენტურია და გამომდინარე აქედან, ნებელობაც ფსიქოლოგიურად არის გაგებული.[77] ნებელობის ნორმატიულ-შერაცხვითი გაგება კი გულისხმობს იმას, რომ პირს შედეგი, მართალია, გამიზნულად არ სურს, მაგრამ მის დადგომას გარდაუვლად მიიჩნევს. დამნაშავეს ასეთ შემთხვევაში არ შეუძლია თავი გაიმართლოს იმ არგუმენტით, რომ მას ფსიქოლოგიური გაგებით შედეგის დადგომა საერთოდ არ ნებავდა, შედეგის დადგომის მიზანი არ ამოძრავებდა.[78] სწორედ ამიტომ, საჭიროა, აქ ნებელობა დასაბუთდეს არა ფსიქოლოგიურად, არამედ ნორმატიულად.[79]

მაშასადამე, თუკი ქმედების ჩამდენ პირს შედეგი გამიზნულად არ სურს, მაგრამ მისი დადგომის გარდაუვლობაში დარწმუნებულია, მაშინ უნდა დადასტურდეს ე.წ. მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვა,[80] რომელიც პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვისგან მხოლოდ იმით განსხვავდება, რომ ნებელობა მიზნით არ არის განპირობებული. გამომდინარე აქედან, შეიძლება ითქვას, რომ მიზანი მხოლოდ პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვის ძირითადი ელემენტია.[81] ასე, მაგალითად, თუ პირი თავის პოლიტიკურ კონკურენტს, რომლის მოკვლაც მას გამიზნულად სურს, მისსავე კუთვნილ ავტომანქანაში ააფეთქებს,

---

[74] გერმანულად: Deskriptiv - psychologischer Sinn.

[75] გერმანულად: Normativ - zurechnender Sinn.

[76] შეად.: *ი. პუპე* წიგნში: Strafgesetzbuch, *Kindhäuser U., Neumann U., Paeffgen H., U.*, (Hrsg.), Nomos Kommentar, ტომი I, მე-3 გამოცემა, 2010, გვ. 604; *Otto H.*, Jura, 1996, გვ. 470.

[77] ამის შესახებ იხ. *ი. პუპე* წიგნში: Strafgesetzbuch, 2010, გვ. 604.

[78] შეად. *Otto H.*, Jura, 1996, გვ. 470.

[79] იქვე.

[80] იხ. *ი. პუპე* წიგნში: Strafgesetzbuch, 2010, გვ. 604.

[81] იქვე.

ეს პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვა იქნება, ხოლო, თუ დამნაშავეს თავისი ქმედებით პოლიტიკოსის თანმხლები პირების მოკვლა გამიზნულად არ სურდა, თუმცა მათი სიკვდილის გარდაუვალობაში დარწმუნებული იყო, მაშინ სხვა პირთა მიმართ, შესაძლოა, მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვა დასაბუთდეს[82]. მიუხედავად პოლიტიკოსის თანმხლებ პირთა მიმართ მოკვლის მიზნის არარსებობისა, ქმედების ჩამდენი მათ სიკვდილს გარდაუვლად მიიჩნევდა და ამიტომ მას შედეგისადმი ნებელობაც, ნებელობის ნორმატიულ-შერაცხვადი გაგებით, დაუსაბუთდება. ამ შემთხვევაში, მეორე ხარისხის პირდაპირ განზრახვაში ნაგულისხმევი სიტყვები – „არ სურდა" უნდა გავიგოთ არა დესკრიფციულ-ფსიქოლოგიური, არამედ ნორმატიულ-შერაცხვითი მნიშვნელობით[83]. შედეგის დადგომის გარდაუვლად დაშვება სხვა არაფერია, თუ არა პირდაპირ განზრახვაში ნებელობითი მომენტის აღიარება.

ამ შეხედულებიდან გამომდინარე, იბადება ლოგიკური შეკითხვა: ხომ არ გულისხმობს განზრახვაში ზოგადად ნებელობის ამგვარი გაგება თავად განზრახვის, როგორც წმინდა ფსიქოლოგიური კატეგორიის უარყოფას?

ამ პრობლემას ქვემოთ განვიხილავთ, თუმცა აქვე უნდა აღინიშნოს: ნებელობისადმი ნორმატიული კატეგორიის მინიჭება, თავის მხრივ, ნიშნავს იმას, რომ საჭიროა „განზრახვა" გაგებულ იქნეს არა მარტო წმინდა ფსიქოლოგიურად, არამედ ნორმატიულადაც.

მეორე ხარისხის პირდაპირ განზრახვასთან დაკავშირებით *ი. პუპესა* და *ჰ. ოტოს* პოზიციას იზიარებს ასევე, *კ. როქსინი*. იგი მიუთითებს: „პირდაპირ განზრახვაში იგულისხმება არა მარტო ის შედეგი, რისკენაც დამნაშავე ისწრაფვის, არამედ ის შედეგიც, რომლისკენ დამნაშავის მიზანი, მართალია, პირდაპირ არ არის მიმართული, მაგრამ დარწმუნებით ითვალისწინებს ასეთი შედეგის დადგომის ალბათობას და, შესაბამისად, ეს შედეგი დამნაშავეს ნებავს კიდეც".[84] ასე რომ, მიზანი და „ნებელობის ფაქტორი" პირველი ხარისხის პირდაპირ განზრახვაში, ცოდნის ელემენტთან შედარებით, უფრო მეტად დომინირებს.[85] ამ მსჯელობიდან გამომდინარე კი, შეიძლება ითქვას, რომ როდესაც დამნაშაულის ჩამდენი პირი შედეგის დადგომისთვის იღვწის, პირდაპირი განზრახვით დანაშაულის კვალიფიკაციისთვის მნიშვნელობა არა აქვს იმ გარემოებას, იგი ქმედების შემადგენლობის განხორციელებას მხოლოდ გარდაუვლად მიიჩნევს, თუ დარწმუნებულია მოვლენათა ასეთი სახით განვითარებაში.[86]

გერმანიის უზენაესმა სასამართლომ, ერთ-ერთი სისხლის სამართლის საქმის განხილვისას, სწორად განმარტა პირდაპირი განზრახვა: მან ცალსახად მიუთითა, რომ „შედეგი, რომლის დადგომისთვის ყველაფერს აკეთებს პირი, ყოველთვის

---

[82] იქვე, ასევე. შეად. *Otto H.*, Jura, 1996, გვ. 470-471.

[83] იხ. *ი. პუპე* წიგნში: Strafgesetzbuch, 2010, გვ. 604.

[84] შეად. *Roxin C.*, Strafrecht, AT I,2006, გვ. 436-437.

[85] შეად. *იეშეკისა და ვაიგენდის* დასახ. ნაშრომს, გვ. 297.

[86] იხ. *Wessels J., Beulke W.*, AT,2011, გვ. 83.

გამიზნულია (Absicht), თუკი ქმედების ჩამდენს ასეთი შედეგის განხორციელება დანამდვილებით ან გარდაუვლად მიაჩნდა, მიუხედავად იმისა, სურდა ეს შედეგი, თუ შინაგანად ნანობდა კიდეც ამის გამო"[87].

2.2.2. ნებელობის ელემენტის პრობლემა არაპირდაპირი განზრახვის დროს

ნებელობის ელემენტის არსებობის დასაბუთება ევენტუალურ განზრახვაში მეცნიერთა შორის აზრთა სხვადასხვაობას იწვევს.[88] გერმანულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში გაბატონებული შეხედულებით, ევენტუალური განზრახვა (dolus eventualis) მხოლოდ მაშინ არის მოცემული, როდესაც ამსრულებელი სრულიად შესაძლებლად მიიჩნევს კანონით გათვალისწინებული ქმედების შემადგენლობის განხორციელებას და ურიგდება ან შინაგანად იწონებს მას[89].

ევენტუალური განზრახვას იურიდიულ ლიტერატურაში ასევე, არაპირდაპირ განზრახვასაც უწოდებენ. თუმცა ეს სახელწოდება, თუკი იგი სიტყვასიტყვით განიმარტება, შესაძლოა, ერთი შეხედვით, უზუსტოც აღმოჩნდეს. ქმედების შემადგენლობის განზრახვის ნებისმიერი სახე, იქნება ეს პირდაპირი თუ არაპირდაპირი, უპირობოდ უნდა აკმაყოფილებდეს ქმედებისადმი პირის მხრიდან ნებელობის არსებობის მოთხოვნას[90]. არაპირდაპირი ნებელობა კი, როგორც პირის შინაგანი გადაწყვეტილების მიულებლობის გამოხატულება, განზრახვით ჩადენილ დანაშაულს არ ქმნის, არანებელობითი განზრახვა სისხლის სამართალს არ აინტერესებს და, შესაბამისად, არც პასუხისმგებლობას აწესებს[91]. სწორედ ამიტომ, ზოგიერთი ავტორი, ასე, მაგალითად, *ე. შმიდჰოიზერი* მას ე.წ. „არადამაჯერებელი ქმედების შეგნებულობის" სახელწოდებით მოიხსენიებს და მთელი ყურადღება მეცნიერს ასეთ შემთხვევაში განზრახვის ინტელექტუალურ მომენტზე აქვს გადატანილი[92].

სიტყვა „არაპირდაპირი" საჭიროა, აქ ეტიმოლოგიურად კი არ იქნეს გაგებული, არამედ მთავარი აქცენტი უნდა გაკეთდეს მის შინაარსობრივ მხარეზე. კერძოდ, განზრახვის აღნიშნულ ფორმაში „არაპირდაპირობა" იგულისხმება ის, რომ დამნაშავის ნებელობითი ქმედება ირიბად მიიმართება მართლსაწინააღმდეგო შედეგისაკენ. ეს კი განპირობებულია იმით, რომ დამნაშავე ესწრაფვის სხვა, განსაზღვრულ და არა ამ კონკრეტულ მართლსაწინააღმდეგო შედეგს, რომელიც

---

[87] იხ.: BGHSt 21, გვ. 283; BGHSt 9, გვ. 143; BGHSt 13, გვ. 219.

[88] შეად. *Safferling C.*, Vorsatz und Schuld, 2008, გვ. 170-171.

[89] იხ.: *Baumann J., Weber U., Mitsch W.*, Strafrecht, AT, მე-11 გამოცემა, 2003, გვ. 486; *Kühl K.*, Strafrecht, AT, 2008, გვ. 70; *Bloy R.*, Funktion und Elemente des subjektiven Tatbestands im Deliktsaufbau, JuS, 1989, გვ. L3.

[90] შეად. *Wessels J., Beulke W.*, AT, 2011, გვ. 84.

[91] შეად.: RGSt 70, გვ. 201; *Roxin C.*, Strafrecht, AT I,2006, გვ. 447; *Sternberg-Lieben D.*, წიგნში: Strafgesetzbuch, *Schönke A., Schröder H.*, Kommentar, 2010, გვ. 262.

[92] იხ. *Schmidhäuser E.*, JuS, 1980, გვ. 250-252.

მხოლოდ თან სდევს სუბიექტის სწრაფვას სხვა განსაზღვრული შედეგისკენ. უფრო ნათლად რომ ითქვას, ასეთ შემთხვევაში არაპირდაპირი განზრახვის ნებელობითი შინაარსი გამოიხატება სხვა მიზნებისაკენ მიმართულ ქმედებაში. მაგალითად, საპროტესტო აქციის მსვლელობის დროს, ხალხის მიმართულებით უმისამართო სროლისას დამნაშავის მოქმედების მიზანი არის არა კონკრეტული პიროვნების მოკვლა, არამედ საპროტესტო აქციის მონაწილეთა დაშინება, რათა დემონსტრაციის მონაწილეები დაიშალონ[93]. ამგვარ ვითარებაში თუნდაც ერთი მოქალაქის დაღუპვაც კი, ნიშნავს იმას, რომ დამნაშავემ, როგორც მინიმუმ, არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილი ქმედებისთვის პასუხი უნდა აგოს. პირს, რომელიც „დანაშაულებრივ შედეგს გამოიწვევს არა „გაძლიერებული სურვილით", არამედ „სუსტი სურვილით", მაშინ, როდესაც მას შეეძლო ასეთი შედეგის თავიდან აცილება, არც ერთ შემთხვევაში არ შეუძლია, ამტკიცოს ის, რომ ეს შედეგი მას საერთოდ არ სურდა."[94]

მაშასადამე, არაპირდაპირობა ნიშნავს არა არაპირდაპირ გადაწყვეტილებას, არამედ დამნაშავის მოქმედების ირიბ მიზანსწრაფულობას არაკონკრეტული მართლსაწინააღმდეგო შედეგისკენ.

ცნობილია, რომ არაპირდაპირი განზრახვა, მისი ცალკეული ელემენტების შინაარსიდან გამომდინარე, ხშირად ძალიან ემსგავსება შეგნებულ გაუფრთხილებლობას. ამ დროს, ისევე როგორც არაპირდაპირი განზრახვისას, პირს გაცნობიერებული აქვს თავისი ქმედება, ასევე ითვალისწინებს შედეგის დადგომის შესაძლებლობას და, რაც მთავარია, ამ ვითარებაში არ სურს შედეგის დადგომა. გამომდინარე აქედან, როგორც არაპირდაპირი განზრახვის, ისე შეგნებული გაუფრთხილებლობის დროს, ამსრულებელი აბსტრაქტულად ერთნაირად უწევს ანგარიშს იმის ალბათობას, რომ კანონში განსაზღვრული გარემოებები შესაძლოა განხორციელდეს და მისი ქცევა შედეგის დადგომის წინაპირობა გახდეს[95]. ეს კი, თავის მხრივ, გულისხმობს ქმედების ამ ორ სრულიად განსხვავებულ სუბიექტურ ნიშანში ინტელექტუალურ ასპექტთა თითქმის იდენტურობას. აღნიშნულ მოსაზრებას ერთგვარად აძლიერებს თვით არაპირდაპირი განზრახვის ალტერნატიული სახელწოდებაც — ევენტუალური. სიტყვა „ევენტუალურის" (ფრანგულად: „შესაძლო") ალტერნატიულ ტერმინად გამოყენება განპირობებულია იმით, რომ აქცენტი აქ გადაიტანება მხოლოდ შედეგის გათვალისწინების შესაძლებლობაზე, ე.ი. ინტელექტუალურ მომენტზე. თუმცა, შედეგის დადგომის გათვალისწინების ამგვარი შესაძლებლობა შეგნებული გაუფრთხილებლობის შემთხვევაშიც ასევე მოცემულია.

---

[93] ანალოგიური მაგალითი აქვს ასევე თავის სადისერტაციო ნაშრომში განხილული *ი. დვალიძეს*. ამის შესახებ იხ. *დვალიძე ი.*, მოტივისა და მიზნის ზეგავლენა დანაშაულის კვალიფიკაციასა და სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაზე, 2008, გვ. 84.

[94] შეად.: BGHSt 7, გვ. 363-369; *Baumann J., Weber U., Mitsch W.*, Strafrecht, AT, 2003, გვ. 486.

[95] იხ. *Wessels J., Beulke W.*, AT, 2011, გვ. 84-85.

მაშასადამე, გამოდის, რომ ინტელექტუალური ელემენტი სუბიექტური შემადგენლობის ორ სხვადასხვა გამოვლინებაში თითქმის ერთნაირად არის წარმოდგენილი. სწორედ ამიტომ, ისმის კითხვა: რომელი ნიშნის – ინტელექტუალურის თუ ნებელობითის – საფუძველზე უნდა მოხდეს არაპირდაპირი განზრახვისა და შეგნებული გაუფრთხილებლობის ერთმანეთისგან ურთიერთგამიჯვნა? უფრო კონკრეტულად რომ ითქვას, გასარკვევია, საერთოდ არის თუ არა მოცემული ნებელობის ელემენტი გაუფრთხილებლობითი დელიქტების ჩადენის დროს, ვინაიდან, როგორც აღმოჩნდა, ინტელექტუალურ ასპექტებში ისინი ფაქტობრივად თითქმის იდენტურია.

საკითხი, როგორ განისაზღვრება არაპირდაპირი განზრახვის შინაარსი და რა კრიტერიუმებით უნდა მოხდეს მისი შეგნებული გაუფრთხილებლობისგან გამიჯვნა – მეტად პრობლემურია არა მარტო გერმანულ სასამართლო პრაქტიკაში, არამედ სისხლის სამართლის დოგმატიკაშიც[96]. ამ მიზნით, სისხლის სამართლის მეცნიერებაში ჩამოყალიბდა ე.წ. შემცენებისა და ნებელობის თეორიები. მათი არსი შემდეგში მდგომარეობს:

ა) შემეცნების, ანუ წარმოსახვის თეორიის (Wissenstheorie) ამოსავალია ის, რომ ევენტუალური განზრახვის არსებობის აუცილებელი წინაპირობაა პირის გარკვეული წარმოდგენა ქმედების შემადგენლობის განხორციელების საფრთხის შესახებ, ხოლო ნებელობითი მომენტი ამ შემთხვევაში საჭირო არაა.[97] ეს კი ნიშნავს იმას, რომ ევენტუალური განზრახვა და შეგნებული გაუფრთხილებლობა ერთმანეთისგან განსხვავდება მხოლოდ ქმედების შემადგენლობის განხორციელების ცოდნის სფეროში.[98]

ბ) ნებელობის თეორიის (Willenstheorie) მიხედვით კი, ევენტუალურ განზრახვას აქვს ორი დამოუკიდებელი ნიშანი – ქმედების განხორციელების ცოდნა და ნება[99]. შეგნებული გაუფრთხილებლობისგან იგი მხოლოდ ნებელობის ელემენტის არსებობით განსხვავდება. გამომდინარე აქედან, ნებისმიერი სახით ჩადენილი განზრახი დანაშაული ყოველთვის ნებელობითია, ხოლო გაუფრთხილებლობით ჩადენილი – ნების გარეშე განხორციელებული. თუმცა, ეს არ გულისხმობს იმას, რომ გაუფრთხილებლობა ზოგადად არანებელობითი ქმედებაა, აქ, უპირველეს ყოვლისა, საუბარია შედეგისადმი პირის მხრიდან ნებელობის არარსებობაზე და არა ქმედების არანებელობით განხორციელებაზე. წინააღმდეგ შემთხვევაში, მივიღებთ როგორც არანებელობით ქმედებას, ისე არანებელობით შედეგს, რაც, საბოლოო ჯამში, პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან საერთოდ გათავისუფლებას გამოიწვევს. ყოველი დასჯადი ქმედება ნებელობითი ხასიათისა უნდა იყოს; ამიტომ სისხლის სამართალსაც მხოლოდ ნებელობითი ქმედება

---

[96] შად. *Schmidhäuser E.*, JuS, 1980, გვ. 242-243.

[97] იხ. *Morkel D., W.*, Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, NStZ, 1981, გვ. 177-179.

[98] იქვე.

[99] იხ. *Heinrich B.*, Strafrecht, AT I, 2010, გვ. 114.

აინტერესებს და არა ე.წ. ინსტინქტური ან რეფლექსური მოქმედებები[100]. ამის შესახებ გერმანულ იურიდულ ლიტერატურაში არაერთი ავტორი მართებულად მიუთითებს: „განზრახვა წარმოადგენს ამა თუ იმ ქმედების ჩადენის გზით სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების თაობაზე პირის პერსონალურ გადაწყვეტილებას, რომელიც ქმნის მოქმედების უმართლობის ბირთვს".[101] გამომდინარე აქედან, მოქმედება არის ნებელობითი აქტი, ნებელობა კი, უპირველეს ყოვლისა, ემსახურება სისხლისსამართლებრივად რელევანტურ მოქმედებათა დადგენას, მაგრამ, ამ ფუნქციის გარდა, იგი არ კარგავს თავის მნიშვნელობას განზრახვისა და ბრალის ეტაპზე. ნებელობის შინაარსი მათ არსებობაზე მსჯელობის დროს დგინდება.[102]

სწორედ შემეცნებისა და ნებელობის თეორიებიდან გამომდინარე, ავტორთა ერთი ნაწილი მიიჩნევს, რომ ნებელობის ელემენტის შემოწმება განზრახი დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში ისეთივე აუცილებელი წინაპირობაა, როგორც კოგნიტიური ელემენტის განხილვა[103]. მეცნიერთა მეორე ნაწილი კი, განზრახვაში ნებელობითი ელემენტის მნიშვნელობას უარყოფს და მხოლოდ კოგნიტიურ კომპონენტს აღიარებს[104].

ასეთ შემთხვევაში ერთგვარად არადამაჯერებელი ჩანს იმ ავტორთა შეხედულება, რომლებიც განზრახვაში ნებელობის ელემენტის არსებობას არ იზიარებენ[105]. თუკი დამნაშავე შედეგის დადგომის შესაძლებლობას უშვებს და მას ეგუება ან კიდევ შინაგანად იწონებს, გადაჭრით იმის თქმა, რომ ეს შედეგი მას არ ნებავს, ცოტა არ იყოს, გაუგებარია. დელიქტური შედეგის შეგნებული დაშვება, როგორც ქმედების ნებელობითი ასპექტი და ასეთი შედეგის დადგომის აუცილებლობის გათვალისწინება, როგორც ამავე ქმედების ინტელექტუალური მხარე – სწორედ რომ არაპირდაპირი განზრახვის იმანენტური მომენტია. თუმცა, ისიც ხაზგასასმელია, რომ აღნიშნული შეხედულების საწინააღმდეგო პოზიციას არანაკლებ ავტორიტეტული მეცნიერები ემხრობიან. გამომდინარე აქედან, მიზანშეწონილია ამ ავტორთა პოზიციების ცალკე განხილვა-გაანალიზება.

[100] იხ. *Wolff E., A.*, Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung, წიგნში: FS für Wilhelm Gallas, 1973, გვ. 197-226.

[101] შეად.: *Jescheck H., H., Weigend T.*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 1996, გვ. 293; *Kühl K.*, Strafrecht, AT, 2008, გვ. 68, ასევე, შეად. *ტურავა მ.*, სისხლის სამართალი, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, გვ. 289-290.

[102] შეად. *ტურავა მ.*, სისხლის სამართალი, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, გვ. 289-290.

[103] შეად.: *Wessels J., Beulke W.*, AT, 2011, გვ. 84-88; *Jescheck H., H., Weigend T.*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 1996, გვ. 293; *Blei H.*, Strafrecht, მე-18 გამოცემა, 1983, გვ. 115-116.

[104] შეად.: *Frank, R.*, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, ZStW 10, 1890, გვ. 169; *Schmidhäuser E.*, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968, გვ. 14-18, 21-25; *Herzberg R., D.*, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS, 1986, გვ. 249.

[105] ნებელობის თეორიის კრიტიკის შესახებ იხ.: *Roxin C.*, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - BGHSt 7, 363, JuS, 1964, გვ. 53-58; *Freund G.*, Strafrecht, AT, მე-2 გამოცემა, 2009, გვ. 279; *Frisch W.*, Vorsatz und Risiko, 1983, გვ. 57, 111, 196, 255-257.

2.2.2.1. პოზიცია, რომელიც არაპირდაპირ განზრახვაში ნებელობის ელემენტის მნიშვნელობას არ აღიარებს

გერმანულ სისხლის სამართლის მეცნიერებაში ავტორთა ერთი ნაწილი არაპირდაპირ განზრახვაში ნებელობის ელემენტის რელევანტურობას, მართალია, აღიარებს, თუმცა არსებით მნიშვნელობას მაინც პირის ცოდნას ანიჭებს. ეს კი, თავის მხრივ, იმაზე მიანიშნებს, რომ ამ მოსაზრების წარმომადგენლები უფრო მეტად განზრახვის ინტელექტუალური მხარის პრიორიტეტულობას ემხრობიან. მეცნიერთა მეორე ნაწილი განზრახვაში ვოლუნტატიური კომპონენტის რელევანტურობას საერთოდ უარყოფს და მთელი ყურადღება მის კოგნიტიურ მხარეზე გაადაქვს.

ავტორთა პირველ ჯგუფს შეიძლება, მიეკუთვნოს გერმანელი პროფესორი *ი. პუპე*. იგი არაპირდაპირი განზრახვის დროს ნებელობის ელემენტის მნიშვნელობას არ აღიარებს და მას მხოლოდ პირდაპირი განზრახვის დროს ანიჭებს უპირატესობას[106]. ის აღნიშნავს: „განზრახვა – ეს არის კონკრეტული (კვალიფიციური) საფრთხის შეცნობადობა". სახელდობრ, პირის ქცევა მხოლოდ მაშინ შეიძლება იქცეს სისხლისსამართლებრივად დასჯად ქმედებად, როცა კონკრეტულმა საფრთხემ, რომელიც დამნაშავემ გაცნობიერებულად ან სავარაუდოდ „ალბათობის მაღალი ხარისხით შექმნა", სამართლებრივი სიკეთის დაზიანება გამოიწვია. ამ შემთხვევაში, ავტორის აზრით, არაპირდაპირი განზრახვით კვალიფიკაციისთვის მნიშვნელობა არ აქვს იმ გარემოებას, დამნაშავემ ეს საფრთხე „სერიოზულად აღიქვა", თუ მის „ბედნიერ დასასრულს" იმედოვნებდა[107].

ამით კი *ი. პუპე*, როგორც ჩანს, ცდილობს განზრახვასა და შეგნებულ გაუფრთხილებლობას შორის ზღვარი გააელოს დამნაშავის მიერ საფრთხის, უფრო სწორად, რისკის შეცნობადობასა თუ ასეთი რისკის საერთოდ არარსებობაში. მისი აზრით, არაპირდაპირი განზრახვა მხოლოდ მაშინ არის მოცემული, როცა დამნაშავეს კონკრეტული შედეგის დადგომის შესაძლებლობა „მაღალი ხარისხის ალბათობით" შეცნობილი აქვს[108].

ი. პუპესგან განსხვავებით, უფრო კატეგორიული პოზიცია უკავია *ე. შმიდჰაიზერს*, რომელიც ნებელობითი მომენტის მნიშვნელობას არა მარტო არაპირდაპირ, არამედ პირდაპირ განზრახვაშიც (მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვა) უარყოფს[109]. მას მიაჩნია, რომ ტრადიციულად გაგებული განზრახვის ცნებიდან საჭიროა ნებელობის ელემენტის ცალკე გამოყოფა და ამ უკანასკნელის აღიარება მხოლოდ ქმედების იმანენტურ მომენტად.[110] ავტორის აზრით, ამ შემთხ-

[106] იხ.: *ი. პუპე* წიგნში: Strafgesetzbuch, 2010, გვ. 604; *Puppe I.*, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103, 1991, გვ. 1-42.

[107] იხ.: *Puppe I.*, ZStW 103, 1991, გვ. 41; *Puppe I.*, Strafrecht, AT I, 2002, გვ. 312-320.

[108] *პუპეს* მოძღვრების კრიტიკის შესახებ იხ. *Roxin C.*, Strafrecht, AT I, 2006, გვ. 458.

[109] იხ. *Schmidhäuser E.*, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968, გვ. 14-18, 21-25.

[110] იხ. *Schmidhäuser E.*, Strafrecht, AT, 1984, გვ. 63, 201-202. *ე. შმიდჰაიზერის* ამ მოსაზ-

ვევაში ნებელობა წარმოადგენს როგორც განზრახვით, ისე გაუფრთხილებლობით ჩადენილი მოქმედების და არა თავად განზრახვის ან გაუფრთხილებლობის შემადგენელ ელემენტს.

მაშასადამე, ნებელობა *ე. შმიდჰოიზერის* თეორიით, დანაშაულებრივი ქმედების დამახასიათებელი მომენტია. თავად განზრახვა კი, მეცნიერის აზრით, ბრალს განეკუთვნება და იგი მხოლოდ კოგნიტიური ნიშნით ფუძნდება[111]. შეიძლება ითქვას, რომ ამით *ე. შმიდჰოიზერი* გვევლინება ბრალის ფსიქოლოგიური თეორიის დამცველად. სწორედ ამიტომ, იგი განზრახვის, როგორც ქმედების სუბიექტური ნიშნის, არსებობის მიზანშეწონილობას ეჭვქვეშ აყენებს.

ამრიგად, გერმანელ მეცნიერთა ერთი ნაწილი ევენტუალურ განზრახვაში ნებელობის ელემენტის მნიშვნელობას არ აღიარებს და უპირატესობას ინტელექტუალურ მომენტს ანიჭებს.

2.2.2.2. ნებელობის ელემენტის მნიშვნელობის უარყოფის კრიტიკა

ზემოთ მითითებულ ავტორთა შეხედულებები არაპირდაპირ განზრახვაში ნებელობის ელემენტის რელევანტურობის უარყოფის შესახებ გაზიარებულ არ უნდა იქნეს, რის გამოც საჭიროა, მათი მოსაზრებების ცალ-ცალკე, თანამიმდერობით გაანალიზება:

(1) *ი. პუპეს* მოსაზრება ევენტუალურ განზრახვასთან მიმართებაში ნებელობითი ელემენტის მნიშვნელობის უარყოფის შესახებ სამართლიან კრიტიკას იმსახურებს. საფრთხის შეცნობადობა, მართალია, შეგნებული გაუფრთხილებლობის შემთხვევაში არა კონკრეტულად, მაგრამ აბსტრაქტულად უდავოდ არსებობს. ასე, მაგალითად, როდესაც ავტომანქანის მძღოლი სატრანსპორტო საშუალებას დაშვებული სიჩქარის ნაცვლად გადაჭარბებული სიჩქარით მართავს, მას აბსტრაქტულად საფრთხის არსებობა შეცნობილი აქვს, თუმცა დარწმუნებულია, რომ მის ამგვარ ქმედებას კონკრეტულ სიტუაციაში მძიმე შედეგი არ მოჰყვება[112]. გამომდინარე აქედან, კონკრეტული თუ აბსტრაქტული საფრთხის მხოლოდ შეცნობადობის საფუძველზე განზრახვისა და გაუფრთხილებლობის ერთმანეთისგან ურთიერთგამიჯვნის საკითხის ამ ფორმით გადაწყვეტა აღნიშნული პრობლემიდან რაციონალური გამოსავალი არ არის;

(3) ცალკე აღნიშვნას იმსახურებს *ე. შმიდჰოიზერის* მოსაზრება არაპირდაპირ განზრახვასთან დაკავშირებით. იგი, როგორც ჩანს, უარყოფს ნებელობის მომენტის მნიშვნელობას განზრახვის სფეროში. ავტორის შეხედულება იმის შესახებ, რომ ნებელობა მხოლოდ ქმედების ცნებაში უნდა განიხილებოდეს, არ

რებას იზიარებენ ასევე, სხვა ავტორებიც, ამის შესახებ იხ.: *Herzberg R., D.*, Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten, JZ, 1988, გვ. 576; *Kindhäuser U.*, Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96, 1984, გვ. 21.

[111] იხ. *Schmidhäuser E.*, Strafrecht, AT, 1984, გვ. 63, 201-202.

[112] იხ. *Schmidhäuser E.*, JuS, 1980, გვ. 245.

არის არგუმენტირებული შემდეგ გარემოებათა გამო:

(ა) განზრახვაში ნებელობის გამორიცხვა ფაქტობრივად ნიშნავს ვოლუნტატიური ელემენტის საერთოდ იგნორირებას და მხოლოდ კოგნიტიური მომენტის აღიარებას, რაც, თავის მხრივ, განზრახვის სხვადასხვა ფორმით ჩადენილი ქმედების უარყოფასაც გულისხმობს. კერძოდ, ასეთ შემთხვევაში შეუძლებელია მიზნით დეტერმინირებული განზრახვა განვასხვაოთ მიზნის გარეშე ჩადენილი მოქმედებისგან. მიზანი მხოლოდ და მხოლოდ ნებელობით მომენტს უკავშირდება და მიზნით ჩადენილ დელიქტებში იგი ნებელობითი ელემენტის დამატებით კომპონენტს წარმოადგენს;

(ბ) განზრახვის ცნებაში ნებელობის ელემენტის მნიშვნელობის უარყოფა პრობლემას შექმნის, ასევე, არაპირდაპირი განზრახვისა და შეგნებული გაუფრთხილებლობის ურთიერთგამიჯვნის საკითხის გარკვევისას.[113] კერძოდ, ადამიანს შეუძლია, გააცნობიეროს თავისი ქმედების შედეგად ზიანის დადგომის შესაძლებლობა (კოგნიტიური ელემენტი), მაგრამ მას შეიძლება არ სურდეს იგი. შედეგის შესაძლო დადგომის მხოლოდ გაცნობიერება ევენტუალური განზრახვის დასადასტურებლად საკმარისი წინაპირობა არ არის. საკითხისადმი ამგვარი მიდგომა ნიშნავს შეგნებული გაუფრთხილებლობის სფეროში განზრახვის „შეჭრას"[114], ვინაიდან არაპირდაპირი განზრახვისა და შეგნებული გაუფრთხილებლობის ინტელექტუალური მხარე, როგორც ზემოთ აღინიშნა, თითქმის იდენტურია.

გამომდინარე აქედან, აუცილებელია, დადგინდეს ნებელობის ელემენტი როგორც პირდაპირი, ისე არაპირდაპირი განზრახვის შემთხვევაშიც. სწორად მიუთითებს ამის შესახებ *ჰ. ოტო*, როდესაც იგი განზრახვის ნებელობით მომენტზე საუბრობს. ავტორი აღნიშნავს, რომ განზრახვის ინტელექტუალური და ნებელობითი მხარე წარმოადგენს განზრახვის ერთი და იმავე კომპლექსურ-ფსიქოლოგიური ფაქტობრივი ვითარების სხვადასხვა ელემენტს: „მოვლენათა სოციალურად საშიში, სოციალურად საზიანო განვითარების უბრალოდ ცოდნა განზრახვის დასადგენად სისხლისსამართლებრივად ირელევანტურია, თუ მას თან არ ახლავს ნებელობა."[115]

არაპირდაპირი განზრახვისა და გაუფრთხილებლობის ერთმანეთისგან გამიჯვნასთან დაკავშირებით წარმოშობილი პრობლემის განსხვავებულად გადაჭრის გზას გვთავაზობს *კ. როქსინი*[116]. მან ჯერ კიდევ გასული საუკუნის 60-იან წლებში გამოთქვა მოსაზრება იმის შესახებ, რომ არაპირდაპირი განზრახვის არსებო-

---

[113] იხ. *Wessels J., Beulke W.*, AT, 2011, გვ. 81. იმავე პოზიციას ავითარებს ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში *მ. ტურავა*. ამის შესახებ იხ. *ტურავა მ.*, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, გვ. 283-298.

[114] იხ.: *Krüger R., Helmke R.*, „Nötlüge", JA, 1989, გვ. 71-77; *Küpper G.*, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100, 1988, გვ. 758.

[115] იხ. *Otto H.*, Jura, 1996, გვ. 471. *ჰ. ოტოს* ამ პოზიციას იზიარებს ასევე, *მ. ტურავა*. ამის შესახებ იხ. *ტურავა მ.*, დანაშაულის მოძღვრება, 2011, გვ. 273.

[116] იხ. *Roxin C.*, JuS, 1964, გვ. 53-58.

ბისთვის გადამწყვეტია არა იმდენად ნებელობითი მომენტის დასაბუთება, არამედ იმის შემოწმება, ჰქონდა თუ არა დამნაშავეს ასეთ შემთხვევაში „სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების გადაწყვეტილება მიღებული".[117] კონკრეტულად რომ ითქვას, ამ შეხედულების მიხედვით, არაპირდაპირი განზრახვის დროს ქმედების ჩამდენ პირს სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფა შინაგანად გადაწყვეტილი აქვს, ხოლო თვითმედვნებისას ამგვარი გადაწყვეტილება არ არსებობს[118].

მაშასადამე, ავტორი ამ შემთხვევაში, მართალია, ნებელობის ელემენტის არსებობას ცალსახად არ უარყოფს, მაგრამ მას მაინც არასაკმარის წინაპირობად თვლის და განზრახვის დასასაბუთებლად დამატებით კიდევ ერთი კრიტერიუმის — დამნაშავის მიერ სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების შესახებ მიღებული გადაწყვეტილების — შემოწმებას მოითხოვს.

აღნიშნული მოსაზრება ნაწილობრივ მისაღებია. კერძოდ, იმ ნაწილში, სადაც *კ. როქსინი* მიიჩნევს არაპირდაპირი განზრახვის დროს დამნაშავის მხრიდან „სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების შესახებ გადაწყვეტილების" არსებობის დადგენას. ამ პოზიციის მიზანშეწონილობის წარმოსაჩენად შესაძლებელია შემდეგი მაგალითის მოყვანა: თუ პირი ვაზნებით დატენილ იარაღს ამოიღებს, მაგრამ გადაწყვეტილი არა აქვს მოპირდაპირე მხარეს მდგომ პიროვნებას ესროლოს თუ მხოლოდ დაემუქროს, ასეთი ქმედება განზრახვას არ აფუძნებს. ამ შემთხვევაში არც მცდელობის კვალიფიკაცია შეიძლება, რადგან მას სამართლებრივი სიკეთის დაზიანება ან განადგურება შინაგანად გადაწყვეტილი ჯერ კიდევ არა აქვს[119].

კ. როქსინის ზემოაღნიშნული შეხედულების საწინააღმდეგოდ შეიძლება გამოითქვას კრიტიკული მოსაზრებაც; სახელდობრ, სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების გადაწყვეტილება პირს მიღებული აქვს მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვის შემთხვევაშიც. მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვის დროსაც პირი შედეგისკენ, მართალია, მიზანმიმართულად არ ისწრაფვის, მაგრამ შედეგის დადგომის, ანუ სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების შესაძლებლობას გარდაუვლად მიიჩნევს. გამომდინარე აქედან, მარტო ამ ნიშანზე დაყრდნობით, შესაძლოა, არაპირდაპირი განზრახვა, ერთი მხრივ, მართლაც გაიმიჯნოს შეგნებული გაუფრთხილებლობისგან, ხოლო, მეორე მხრივ, არც ის არის გამორიცხული, რომ მისი „აღრევა" უკვე პირდაპირ განზრახვაში მოხდეს. ამიტომ, არაპირდაპირ განზრახვაში მხოლოდ „სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების შესახებ გადაწყვეტილების" არსებობის შემოწმება საკმარისი წინაპირობა არ უნდა იყოს მის დასასაბუთებლად. საჭიროა, ასევე, დადგინდეს დამდგარი შედეგისადმი პირის ნებელობითი მომენტიც და სწორედ როგორც ნებელობითი ელემენტის, ისე „სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების შესახებ გადაწყვეტილების" კუმულაციუ-

---

[117] იქვე, ასევე, იხ. *Roxin C.*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, გვ. 226-234.

[118] იქვე, გვ. 232-233, ასევე, შად. *Maurer R.*, Das voluntative Element des Vorsatzes als Beweisthema vor Gericht, 2007, გვ. 108.

[119] იხ.: *Roxin C.*, Strafrecht, AT I,2006, გვ. 447; *Sternberg-Lieben D.*, წიგნში: Strafgesetzbuch, *Schönke A., Schröder H.*, 2010, გვ. 262.

რად არსებობის დასაბუთებით შესაძლებელი გახდება, რომ არაპირდაპირი განზრახვა გაიმიჯნოს შეგნებული გაუფრთხილებლობისგან.

მაშასადამე, როგორც აღმოჩნდა, განზრახვისა და თვითიმედოვნების ერთმანეთისგან გამიჯვნას ყველაზე არგუმენტირებულად და დასაბუთებულად ნებელობის თეორია ახდენს. ამ მოძღვრების მიხედვით, განსაზღვრული არაპირდაპირი განზრახვა უდავოდ იმსახურებს აღიარებას. ამსრულებელი განზრახი ქმედების განხორციელების დროს, თუნდაც ის არაპირდაპირი ფორმით იყოს გამოხატული, დანაშაულის ჩადენის გადაწყვეტილებას „შინაგანად იწონებს" და, შესაბამისად, განზრახვაც ნებელობითია[120]. გაუფრთხილებლობისას კი პირს დარწმუნებით მიაჩნია, რომ მისი ქცევა მართლსაწინააღმდეგო შედეგს არ გამოიღებს და მას არც ნებავს ამგვარი შედეგის დადგომა.

ამ პოზიციის საწინააღმდეგოდ, თუკი დავუშვებთ შემეცნების თეორიის მართებულობას და მივიჩნევთ, რომ განზრახვა შეიძლება განიმარტოს მხოლოდ ინტელექტუალურ ნიშანზე მითითებით, მაშინ მეცნიერთა გარკვეული ნაწილი იძულებული გახდება აგრეთვე არაპირდაპირი განზრახვისა და თვითიმედოვნების იგივეობაც აღიაროს. სუბექტური შემადგენლობის ეს ორი განსხვავებული ქვესახე, როგორც აღმოჩნდა, სწორედ, ერთსა და იმავე ინტელექტუალურ ელემენტზეა აგებული: სახელდობრ, ირიბი განზრახვის დროს, ისევე, როგორც თვითიმედოვნების შემთხვევაში, სუბიექტი ითვალისწინებს დანაშაულებრივი შედეგის დადგომის შესაძლებლობას. ის რომ, პირი არაპირდაპირი განზრახვისას შეგნებულად უშვებს არამართლზომიერი შედეგის დადგომას და შინაგანად იწონებს კიდეც მას, სხვა არაფერია, თუ არა მასში ნებელობითი მომენტის არსებობის აღიარება. თავად ნებელობა კი ასეთ ვითარებაში წარმოადგენს შეფასებით კატეგორიას და საჭიროა იგი გაგებულ იქნეს არა წმინდა ფსიქოლოგიური თვალსაზრისით, არამედ ნორმატიულად, ისევე როგორც ეს ხდება მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვის დროს. კერძოდ, ამ შემთხვევაში შესამოწმებელია, ჰქონდა თუ არა პირს შედეგისადმი ნებელობა, ანუ დასადგენია, დამნაშავეს დამდგარი შედეგი საერთოდ ნებავდა თუ არა. თუკი დასაბუთდა, რომ ქმედების ჩამდენი პირი სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებას შინაგანად ურიგდება და ასეთი შედეგის დადგომას ეგუება, მაშინ მას შედეგისადმი ნებელობაც და, შესაბამისად, არაპირდაპირი განზრახვაც დაუდასტურდება.

ამ მოსაზრების საწინააღმდეგოდ შესაძლებელია დაისვას შეკითხვა: შეიძლება თუ არა, რომ ქმედების სუბიექტურ შემადგენლობაში ფსიქოლოგიურ ელემენტებთან ერთად შეტანილ იქნეს ასევე ნორმატიული მომენტებიც (მსგავსი პოზიცია გამოითქვა აგრეთვე მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვის დასაბუთების დროსაც). სწორედ ეს იყო ბრალის ნორმატიულ-ფსიქოლოგიური თეორიის კრიტიკის საგანი ფინალისტების მიერ, როცა ბრალის ნორმატიულ-ფსიქოლოგიური

---

[120] შეად.: BGHSt 5, გვ. 149-152; BGHSt 21, გვ. 14-17; *Roxin C.*, Strafrecht, AT I, 2006, გვ. 452-454; *Müller I.*, Der Vorsatz der Rechtsbeugung, NJW, 1980, გვ. 2390.

დოქტრინის წარმომადგენლებმა ორი სხვადასხვა სინამდვილე (შეფასებითობა და ფსიქიკური დამოკიდებულება) ერთ ცნებაში – ბრალში მოიაზრეს.

ქმედების შემადგენლობაში ნორმატიულობის მომენტის შეტანა არ არის უცხო თანამედროვე იურიდიული დოქტრინისათვის. ამის კლასიკურ მაგალითს კი წარმოადგენს ობიექტური შერაცხვა, რომელიც მიზეზობრივი კავშირის დადგენის შემდგომი ეტაპია. ცნობილია, რომ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში ობიექტური შერაცხვა განიხილება, როგორც წმინდა ნორმატიული კატეგორია და მისი მნიშვნელობა დღეს უკვე ეჭვს აღარ იწვევს. გამომდინარე აქედან, თუ ქმედების ობიექტურ შემადგენლობაში შეიძლება შეფასებითობის მომენტის შეტანა, ეს რატომ უნდა იყოს შეუძლებელი ქმედების სუბიექტურ შემადგენლობაში? პასუხი ამ შეკითხვაზე დადებითია. ამის ნათელ მაგალითს შეადგენს ევენტუალურ განზრახვაში მოცემული „შედეგის შეგნებული დაშვება", „შედეგისადმი გულგრილი დამოკიდებულება" ან კიდევ „შედეგის მოწონება", რომლებიც ასევე, ნებელობით მომენტებზე დაიყვანება და შეფასებითობას ნიშნავს. დამნაშავე ყველა ამ შემთხვევაში ერთნაირად ურიგდება შედეგის დადგომის შესაძლებლობას. გარდა ამისა, ისიც აშკარაა, რომ იურიდიულ ლიტერატურაში თანდათან შეინიშნება განზრახვაში ნორმატიული ელემენტების შემოტანის მცდელობის ტენდენცია არა მარტო იმ მეცნიერთა შეხედულებებში, რომლებიც ნებელობითი კომპონენტის დასაბუთებას მიზანშეწონილად მიიჩნევენ, არამედ, აგრეთვე, იმ ავტორთა მოსაზრებებშიც, რომლებიც ევენტუალურ განზრახვაში ნებელობის მომენტის მნიშვნელობას პირდაპირ არ აღიარებენ. ასე, მაგალითად, გერმანელი პროფესორი *გ. იაკობსი*, რომელიც, თავის მხრივ, განზრახვაში მხოლოდ ინტელექტუალურ ელემენტს ანიჭებს მნიშვნელობას[121], თავის ვრცელ მონოგრაფიულ ნაშრომში *ჰ. ჯელცელის* მიერ დამკვიდრებულ ფსიქოლოგიური განზრახვის იდეას არ ეთანხმება. ამ მოსაზრების საწინააღმდეგოდ, იგი აღნიშნავს, რომ „განზრახვა – ეს არის არა ფსიქიკური ფაქტებისგან შემდგარი შერაცხაობის ხელოვნური კავშირი, არამედ დამოუკიდებელი, ნორმატიული შერაცხვითი კატეგორია".[122] „ევენტუალური განზრახვისა და შეგნებული გაუფრთხილებლობის ერთმანეთისგან ურთიერთგამიჯვნა ნორმატიული შეფასების მასშტაბის დადგენის გარეშე რთულია", – აღნიშნავს *კ. როქსინი*[123]. მისი აზრით, განზრახვა არ არის შიშველი ფსიქიკური მდგომარეობა, არამედ არის ასევე, ნორმატიული, შეფასებითი კატეგორიაც.[124]

---

[121] იხ.: *Jakobs G.*, Strafrecht, AT, 1991, გვ. 269-270; *Jakobs G.*, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW, 1989, გვ. 516-530; *Jakobs G.*, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, ZStW, 2002, გვ. 584-599.

[122] იხ. *Jakobs G*, Dolus malus, წიგნში: FS für Hans-Joachim Rudolphi, 2004, გვ. 107- 109.

[123] იხ.: *Roxin C.*, Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, წიგნში: FS für Hans-Joachim Rudolphi, 2004, გვ. 257; *Maurer R.*, Das voluntative Element des Vorsatzes als Beweisthema vor Gericht, 2007, გვ. 109.

[124] აღსანიშნავია, რომ *კ. როქსინი* თავის წინა ნაშრომებში (იხ.: *Roxin C.*, JuS, 1964, გვ. 53-58; *Roxin C.*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, გვ. 226-234) არათუ ნებელობის ელემენტის ნორმატივიზაციას, არამედ განზრახვაში ნებელობის ელემენტის მნიშვნელობას უარყოფს,

ასე რომ, განზრახვის ნორმატიული ბუნება არაპირდაპირი განზრახვის დროს წარმოშობილ ბევრ პასუხგაუცემელ კითხვებს არგუმენტირებულად ასაბუთებს.

მაშასადამე, არაპირდაპირ განზრახვაში ვოლუნტატიური კომპონენტი ყოველთვის უნდა დასაბუთდეს; თუმცა, ამ დროს ისევე, როგორც მეორე ხარისხის პირდაპირ განზრახვის შემთხვევაში, პრობლემურია სწორედ ნებისა (wollen) და სურვილის (wünsche) ურთიერთმიმართების საკითხის გარკვევა, რომელიც არსებით როლს თამაშობს აღნიშნულ ცნებებში. ეს პრობლემა კი გერმანიის უზენაესმა სასამართლომ გასული საუკუნის 50-იან წლებში, შეიძლება ითქვას, რომ რაციონალურად გადაწყვიტა.

2.2.2.3. გერმანიის უზენაესი სასამართლოს პოზიცია განზრახვაში ნებელობის ელემენტის შესახებ

ნებისა და სურვილის ურთიერთგამიჯვნის საკითხის გარკვევას შეეცადა გერმანიის უზენაესი სასამართლო სამოსამართლეო პრაქტიკაში არსებული ერთერთი გახმაურებული საქმის განხილვის დროს, რომლის არსი შემდეგში მდგომარეობს[125]: „კ.-სა და ა.-ს სურდათ მ.-ის დაყაჩაღება, ისინი თავიდანვე გეგმავდნენ ტყავის ქამრით მის გაკოჭვასა და ისე გათიშვას, რომ იგი უგონო მდგომარეობაში ჩაეგდოთ და შემდგომ მისგან ნივთები გაეტაცათ. თუმცა, დამნაშავეები იმასაც ფიქრობდნენ, რომ ამ მოქმედებას შესაძლებელია, მ.-ის სიკვდილი მოჰყოლოდა, რაც მათ ნამდვილად არ სურდათ. სწორედ ამიტომ, თავდაპირველი გეგმა შეცვალეს და გადაწყვიტეს მ.-სთვის თავზე ტომარა ჩამოეცვათ და ისე გაეთიშათ. გეგმის განხორციელების დროს, ტომრის ჩამოცმისას, კ.-სა და ა.-ს დიდი წინააღმდეგობა შეხვდათ მ.-ის მხრიდან, რის გამოც ისინი იძულებული გახდნენ, ისევ თავდაპირველ გეგმას დაბრუნებოდნენ და მ.-ის „გასანეიტრალებლად“ ტყავის ქამარი გამოეყენებინათ, რომელიც, ყოველი შემთხვევისთვის, თან ჰქონდათ წამოღებული. მათ მ.-ს ყელზე ტყავის ქამარი შემოახვიეს, გაუკეთეს მარყუჟი და, მისი გათიშვის მიზნით, ორივე მხრიდან მოქაჩეს. ქაჩავდნენ მანამ, სანამ მ.-მა მოძრაობა არ შეწყვიტა, რის შემდეგადაც დაეუფლნენ მის ქონებას. წასვლისას კ.-ს და ა.-ს გაახსენდათ, რომ მ.-ი შესაძლებელია, გაგუდულიყო, ამიტომ უკან მობრუნდნენ და დაზარალებულს ყელიდან ქამარი მოხსნეს. უგონო მდგომარეობაში მყოფი მ.-ის გონზე მოყვანას დამნაშავეები რამდენიმე წუთის განმავლობაში ცდილობდნენ, თუმცა ამაოდ, იგი უკვე გარდაცვლილი იყო“[126].

ეს კონკრეტული შემთხვევა განზრახ მკვლელობაა თუ გაუფრთხილებლობით

მოგვიანებით მან ეს პოზიცია შეიცვალა და არაპირდაპირ განზრახვაში ნებელობის, როგორც ნორმატიული ნიშნის დასაბუთებას შეეცადა. ამის შესახებ იხ. *Roxin C.*, Rudolphi-FS, 2004, გვ. 257.

[125] შეად.: *Roxin C.*, Strafrecht, AT I, 2006, გვ. 445; *Wessels J.*, *Beulke W.*, AT, 2011, გვ. 85-86.

[126] იხ.: BGHSt 7, გვ. 363; *Roxin C.*, Strafrecht, AT I, 2006, გვ. 445.

სიცოცხლის მოსპობა, ერთი შეხედვით, შესაძლოა სადავო გახდეს[127]. კერძოდ, აღნიშნულ მაგალითში განზრახვის არსებობის დასაბუთების არგუმენტია ის, რომ დამნაშავეებს მსხვერპლის სიკვდილის შესაძლებლობა „კონკრეტულად თვალწინ ედგათ", ხოლო განზრახვის არსებობის საწინააღმდეგოდ მეტყველებს ის გარემოება, რომ მათ მსხვერპლის სიკვდილი საერთოდ არ სურდათ. გამოსავალი ამ პრობლემიდან კი შეიძლება იყოს იმის დადგენა, განზრახვის რომელ კომპონენტზე – ცოდნასა თუ ნებელობაზე – უნდა გაკეთდეს ძირითადი აქცენტი.

გერმანიის უზენაესმა სასამართლომ ამ შემთხვევაში არაპირდაპირი განზრახვის არსებობას დაუჭირა მხარი და პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა ნებელობის თეორიით, უფრო სწორად კი, მისი ერთ-ერთი სახის ე.წ. მოწონების თეორიით (die Einwilligungstheorie) დაასაბუთა.[128] მან აღნიშნულ განაჩენში შემდეგი მითითება გააკეთა: „არაპირდაპირი განზრახვა შეიძლება, აგრეთვე, მაშინაც იყოს მოცემული, როცა დამნაშავისთვის დამდგარი შედეგი არასასურველია."[129] სასამართლომ ამ შემთხვევაში ჩათვალა: თუ დამნაშავე შედეგის დადგომას შინაგანად იწონებს და მას ეგუება, ეს იმას ნიშნავს, რომ პირს ეს შედეგი ნებავს (wollen), მიუხედავად იმისა, რომ ასეთი შედეგის დადგომა შესაძლოა, მისთვის სრულებითაც არასასურველი იყოს[130].

ასე რომ, აღნიშნული განაჩენით სასამართლო ცდილობს განზრახვის ცნებაში არსებულ ორ კომპონენტს – ნებელობასა და სურვილს – შორის ერთგვარი ზღვარი გააველოს[131]. კერძოდ, თუკი შედეგის დადგომა პირს გამიზნულად არ სურს, მაგრამ ეს შედეგი სხვა მიზნის მიღწევის საშუალებაა, მას უცილობლივ ქმედების შემადგენლობის განხორციელების ნებელობაც აქვს მაშინაც კი, როცა ამ ქმედების შედეგი მისთვის შეიძლება, მართლაც არასასურველი აღმოჩნდეს.[132] სასამართლოს ამ გადაწყვეტილებამ, თავის მხრივ, საფუძველი სხვა ანალოგიური დასაბუთების მქონე განაჩენებსაც დაუდო, რომელთა მიხედვითაც, ნებელობის ელემენტის შემოწმება ევენტუალური განზრახვის არსებობის შემთხვევაში საჭიროდ იქნა მიჩნეული.[133]

მაშასადამე, აღნიშნული გადაწყვეტილების მიხედვით, შეიძლება ითქვას, რომ სურვილი (wünschen) და ნებელობა (wollen)[134] ერთმანეთისგან იმით

---

[127] იხ. *Roxin C.*, Strafrecht, AT I,2006, გვ. 445.

[128] იხ. BGHSt 7, გვ. 369, ასევე, შეად.: *Wessels J., Beulke W.*, AT, 2011, გვ. 85-86; *Heinrich B.*, Strafrecht, AT I, 2010, გვ. 114. სასამართლოს აღნიშნული გადაწყვეტილების კრიტიკის შესახებ იხ. *Schmidhäuser E.*, 1980, გვ. 245-246.

[129] იხ. BGHSt 7, გვ. 369.

[130] იქვე.

[131] იხ. *Safferling C.*, Vorsatz und Schuld, 2008, გვ. 172.

[132] იხ.: BGHSt 7, გვ. 369; BGHSt 19, გვ. 101; *Joecks W.*, წიგნში: Strafgesetzbuch, Münchener Kommentar, 2011, გვ. 769, 776.

[133] იხ.: BGHSt 36, გვ. 1, BGHSt 36, გვ. 362-367; *Joecks W.*, წიგნში: Strafgesetzbuch, Münchener Kommentar, 2011, გვ. 776.

[134] სწორედ ამ ტერმინს უკავშირდება ტერმინი – ნების თავისუფლება. გერმანულად: Wil-

განსხვავდება, რომ სურვილში მხოლოდ მიზანმიმართული მოქმედება მოიაზრება, ხოლო ნებელობაში როგორც მიზანმიმართული, ისე არამიზანმიმართული ქმედება. გამომდინარე აქედან, ნებელობა ზოგადად უფრო ფართო გაგების ცნებაა, ვიდრე თავად ცნება „სურვილი". ამაზე მიუთითებს აგრეთვე, არაერთი გერმანელი მეცნიერიც. ასე, მაგალითად, პროფესორი *პ. ბიერი*, აღნიშნავს, რომ, „თუკი ვინმეს რაღაც ნებავს, ეს ნიშნავს უბრალოდ იმას, რომ პიროვნებაში ერთდროულადაა მოცემული სურვილის, დარწმუნების, მოფიქრებისა და მზადყოფნის ერთგვარი მონახაზი და სწორედ ეს შინაგანი სტრუქტურა არის პირის ქმედებისთვის პასუხისმგებელი."[135] სურვილი ასეთ შემთხვევაში გულისხმობს უფრო აბსტრაქტულ, ზოგად კატეგორიას, მაშინ როდესაც ნებელობა ფაქტობრივია და ნიშნავს პირის შინაგან გადაწყვეტილებას, რათა ქმედება რეალურად განახორციელდეს[136]. უფრო კონკრეტულად რომ ითქვას, თუკი პირს ვინმეს მოკვლის მხოლოდ სურვილი აქვს, მარტო სურვილის არსებობა სისხლისსამართლებრივად ირელევანტურია, მთავარია, ამ სურვილს ქმედითი ნაბიჯები მოჰყვეს, რათა ასეთი სურვილი ნებელობით და, შესაბამისად, დასჯად ქცევად იქცეს[137]. ამ პოზიციას ემხრობა ასევე, გერმანელი პროფესორი *ჰ. ბლაიც.* მეცნიერი თავის ნაშრომში[138] მიუთითებს, რომ „იქ, სადაც დამნაშავეს შედეგის დადგომა მხოლოდ სურს, ჯერ კიდევ არ ნიშნავს იმას, რომ განზრახვაა განხორციელებული, ამიტომ მხოლოდ სურვილი ნებელობა არ არის."[139] აღნიშნული მოსაზრების გასამყარებლად ავტორს შემდეგი მაგალითი მოჰყავს: „თუკი პირი თავის მემკვიდრეს სასეირნოდ ტყეში გაუშვებს იმ იმედით, რომ მას იქ მეხი დაეცემა და მოკვდება, მკვლელობის განზრახვა არ იქნება მოცემული. დამნაშავეს ასეთ შემთხვევაში არ შეეძლო მოვლენების მიმდინარეობაზე რაიმე ზეგავლენის მოხდენა... შესაბამისად, მხოლოდ სურვილი არაფერს ნიშნავს, თუ იგი ნებელობით ქმედებაში არ იქნა ასახული."[140]

ამრიგად, განზრახვაში სინტაგმა „არ სურდა" არ გულისხმობს იმას, რომ შედეგის დადგომა არ იყო პირის ნების გამოხატულება. არანებელობითი განზრახი მოქმედება სისხლის სამართლის კანონის მიხედვით დასჯადობას არ ექვემდებარება. ბრალეული პასუხისმგებლობის პრინციპიდან გამომდინარე კი, სისხლის სამართალს მხოლოდ ნებელობითი ქცევა აინტერესებს და არა ე.წ. ინსტინქტური თუ იმპულსური მოქმედება[141]. სწორედ ამიტომ, არაპირდაპირი

---

lensfreiheit.

[135] იხ. *Bieri P.*, Das Handwerk der Freiheit, მე-3 გამოცემა, 2005, გვ. 40.

[136] შეად. *Maurer R.*, Das voluntative Element des Vorsatzes als Beweisthema vor Gericht, 2007, გვ. 11-12.

[137] იხ. *Welzel H.*, Das deutsche Strafrecht, 1969, გვ. 64.

[138] იხ. *Blei H.*, Strafrecht, 1983, გვ. 114.

[139] იქვე.

[140] იქვე.

[141] შეად. *Maurer R.*, Das voluntative Element des Vorsatzes als Beweisthema vor Gericht, 2007, გვ. 11-12.

განზრახვა, როგორც დანაშაულის ჩადენის შესახებ პირის თანხმობა და სამართლებრივი სიკეთის დაზიანების მოწონება[142], ყოველთვის გულისხმობს ასევე ნებელობითი ელემენტის არსებობასაც. თუმცა, ნებელობა ამგვარ ვითარებაში ისევე, როგორც მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვის დროს, გაგებულ უნდა იქნეს არა წმინდა ფსიქოლოგიურად, არამედ ნორმატიულად. ეს კი ნიშნავს იმას, რომ ნებელობაა არაპირდაპირ განზრახვაში ფიქციის სახით"[143], ე.წ. „პირობადებულად"[144] არსებობს. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ნებელობის ელემენტის დასაბუთება სისხლის სამართალში, რომელიც ნორმატიული (შეფასებითი) მეცნიერებაა, მხოლოდ წმინდა ფსიქოლოგიურად შეუძლებელი იქნებოდა.

3. დასკვნა

ამრიგად, განზრახვა გერმანულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში ნიშნავს ცოდნითა და ნებელობით ქმედების შემადგენლობის განხორციელებას. მისი არსი მდგომარეობს შემდეგში:

(1) იგი წარმოადგენს ქმედების შემადგენლობის სუბიექტურ ნიშანს და მოიცავს როგორც ინტელექტუალურ, ისე ნებელობით მომენტებს, რის გამოც განზრახვა მართლწინააღმდეგობის შეგნებისგან დამოუკიდებელად განიხილება;

(2) განზრახვის დასასაბუთებლად საჭიროა აქტუალური ცოდნის არსებობა, ხოლო მისი პოტენციურად წარმოდგენა საკმარისი არ არის;

(3) განზრახვა დანაშაულის ჩადენის ყველა ეტაპზე უწყვეტად და კონკრეტულად უნდა არსებობდეს (ე.წ. „თანხვედრის პრინციპი"). სწორედ ამიტომ, როგორც ე.წ. წინმსწრები, ისე ე.წ. შემდგომში აღმოცენებული განზრახვა არ შეიძლება გახდეს პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დასაბუთების საფუძველი;

(4) განზრახვაში ფსიქოლოგიური კომპონენტის დასაბუთება აფექტური დანაშაულების ჩადენის დროს, განსხვავებით აფექტის გარეშე ჩადენილი დელიქტისგან, შემდეგი ფორმით უნდა ხდებოდეს: აფექტურ დანაშაულებში ფაქტობრივი გარემოებების შესაცნობად საკმარისი უნდა იყოს ამ გარემოებათა უბრალო აღქმა და არა მათი სიღრმისეული გაცნობიერება;

(5) განზრახვა, ბრალის კატეგორიისაგან განსხვავებით, რომელიც მხოლოდ შეფასებითია, არის წმინდა ფსიქოლოგიური (პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვა) და ნორმატიული (მეორე ხარისხის პირდაპირი და ევენტუალური განზრახვა).

---

142 იხ. *Müller I.*, NJW, 1980, გვ. 2390; *Hippel R., v.*, Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1903 და ამავე ავტორის ნაშრომს წიგნში: Lehrbuch des Strafrechts, 1932, გვ. 132-136.

143 იხ. *Schroth U.*, Vorsatz und Irrtum, 1998, გვ. 3.

144 შეად.: *Spendel G.*, Zum Begriff des Vorsatzes, წიგნში: FS für Karl Lackner, 1987, გვ. 174; *Stuckenberg C., F.*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, გვ. 256-257.

დოქტორანტი, ასისტენტ-პროფესორი, ლავრენტი მაღლაკელიძე

განზრახვის ცნების ზოგიერთი პრობლემისათვის თანამედროვე გერმანულ სისხლის სამართალის დოგმატიკაში

რეზიუმე

სტატიაში გადმოცემულია გერმანულ იურიდიულ დოქტრინაში ჩამოყალიბებული სისხლისსამართლებრივი განზრახვის შინაარსობრივი მხარე. ცნობილია, რომ გერმანიის მოქმედი სისხლის სამართლის კანონი განზრახვის ცნებას არ განსაზღვრავს. მისი მე-15 პარაგრაფი შეიცავს მხოლოდ განმარტებას იმის შესახებ, რომ ის ქმედების შემადგენლობები, რომლებიც მოცემულია კანონის კერძო ნაწილში, შესაძლებელია, მხოლოდ განზრახ იქნეს ჩადენილი, თუკი მათი გაუფრთხილებლობისთვის დასჯადობა პირდაპირ არ იქნება კოდექსში გათვალისწინებული. გამომდინარე აქედან, კანონმდებელი აღნიშნული საკითხის გადაწყვეტას ანდობს სისხლის სამართლის დოგმატიკასა და სასამართლო პრაქტიკას.

განზრახვის ცნება თანამედროვე გერმანულ იურიდიულ ლიტერატურაში შემდეგი სახით განისაზღვრება: „განზრახვა – ეს არის ცოდნითა და ნებელობით განხორციელებული ქმედების შემადგენლობა“.

ქმედების სუბიექტურ შემადგენლობაში განზრახვის გადატანა და მისი ამგვარი ფორმით ჩამოყალიბება კი უკავშირდება დანაშაულის შესახებ არსებულ ე.წ. ფინალურ მოძღვრებას. კერძოდ, ბრალის ცნებიდან ქმედების შემადგენლობის ეტაპზე ბუნებრივი განზრახვის გადატანის იდეა მოგვიანებით გაბატონებულ შეხედულებად იქცა გერმანულ სისხლის სამართლის დოგმატიკასა და პრაქტიკაში. ამაზე მიუთითებს სასამართლოს ის გადაწყვეტილებებიც, რომლებიც განზრახვას ქმედების შემადგენლობის ნიშნად აღიარებს.

განზრახვის ცნების ამგვარი სახით არსებობა ნიშნავს იმას, რომ ობიექტური შემადგენლობის ყველა ნიშანი „ცოდნითა და ნებელობით“ კუმულაციურად უნდა განხორციელდეს. თუმცა, როგორც ინტელექტუალური, ისე ნებელობითი ელემენტის მიმართ გერმანულ იურიდიულ ლიტერატურაში არაერთგვაროვანი შეხედულებაა. ეს კი განპირობებულია, უპირველეს ყოვლისა, განზრახვის მისამართით არსებული რამდენიმე პრობლემური შეკითხვით, კერძოდ, (1) რა მოცულობითა და ინტენსიურობით უნდა არსებობდეს განზრახვაში ინტელექტუალური ელემენტი – აქტუალური თუ პოტენციური ფორმით; (2) როგორ უნდა დადგინდეს განზრახვის კოგნიტიური ელემენტი აფექტური, რეფლექსური და ავტომატიზებული დანაშაულების ჩადენის დროს; (3) საჭიროა თუ არა განზრახვაში საერთოდ ვოლუნტატიური ელემენტის დასაბუთება.

დასახელებულ ნაშრომში სწორედ ამ პრობლემების გამოკვლევაა წარმოდ-

გენილი და მათი ურთიერთმიმართების საკითხის გარკვევით თავად განზრახვის შინაარსობრივი მხარეა გაანალიზებული.

სტატიის დასკვნით ნაწილში კი განსაზღვრულია განზრახვის სტრუქტურა და მისი არსი, რაც მდგომარეობს შემდეგში:

(1) განზრახვა წარმოადგენს ქმედების შემადგენლობის სუბიექტურ ნიშანს და მოიცავს როგორც ინტელექტუალურ, ისე ნებელობით მომენტებს, რის გამოც იგი მართლწინააღმდეგობის შეგნებისგან დამოუკიდებელად განიხილება;

(2) განზრახვის დასასაბუთებლად საჭიროა აქტუალური ცოდნის არსებობა, ხოლო მისი პოტენციურად წარმოდგენა საკმარისი არ არის;

(3) განზრახვა დანაშაულის ჩადენის ყველა ეტაპზე უწყვეტად და კონკრეტულად უნდა არსებობდეს (ე.წ. „თანხვედრის პრინციპი"). სწორედ ამიტომ, როგორც ე.წ. წინმსწრები, ისე ე.წ. შემდგომში აღმოცენებული განზრახვა არ შეიძლება გახდეს პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დასაბუთების საფუძველი;

(4) განზრახვაში ფსიქოლოგიური კომპონენტის დასაბუთება აფექტური დანაშაულების ჩადენის დროს, განსხვავებით აფექტის გარეშე ჩადენილი დელიქტისგან, შემდეგი ფორმით უნდა ხდებოდეს: აფექტურ დანაშაულებში ფაქტობრივი გარემოებების შესაცნობად საკმარისი უნდა იყოს ამ გარემოებათა უბრალო აღქმა და არა მათი სიღრმისეული გაცნობიერება;

(5) განზრახვა, ბრალის კატეგორიისაგან განსხვავებით, რომელიც მხოლოდ შეფასებითია, არის წმინდა ფსიქოლოგიური (პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვა) და ნორმატიული (მეორე ხარისხის პირდაპირი და ევენტუალური განზრახვა).

Doktorand, Assistent-Prof. Lavrenti Maglakelidze
Ivane Javakhishvili Staatliche Universität Tbilissi

Abstract: Über einige Probleme des Vorsatzbegriffs in der deutschen Strafrechtslehre

Der Beitrag spricht über die inhaltliche Seite des in der deutschen Strafrechtslehre formulierten Vorsatzes. Es ist bekannt, dass das deutsche StGB den Begriff Vorsatz nicht bestimmt. §15 des dStGB beinhaltet lediglich eine Erläuterung: „strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht". Vor diesem Hintergrund überlässt der Gesetzgeber die Lösung dieser Frage der Strafrechtslehre und der Rechtsprechung.

Der Begriff "Vorsatz" wird in der gegenwärtigen deutschen Rechtsliteratur folgendermaßen bestimmt: "Vorsatz ist das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung bei Begehung der Tat". Eine Übertragung des Vorsatzes in den subjektiven Tatbestand und eine derartige Formulierung hängt zusammen mit der so genannten finalen Tatbestandslehre. Und zwar wurde die Idee der Übertragung vom natürlichen Vorsatz aus dem Begriff "Schuld" in den Tatbestand später zur herrschenden Meinung in der deutschen Strafrechtslehre und -praxis. Darauf verweisen auch die richterlichen Urteile, die den Vorsatz als Tatbestandsmerkmal anerkennen.

Dass der Begriff "Vorsatz" in dieser Form besteht, bedeutet, dass alle Tatbestandsmerkmale mit Wissen und Wollen durchgeführt werden. Wobei die deutsche Rechtsliteratur unterschiedliche Auffassungen gegenüber intellektuellen und Willenselementen vertritt. Das ist vor allem durch problematische Fragen zum Vorsatz bedingt und zwar: 1. In welchem Umfang und welcher Intensität hat im Vorsatz ein intellektuelles Element zu bestehen – in aktueller oder potentieller Form? 2. Wie ist ein kognitives Vorsatzelement bei affektiven, reflexiven und automatisierten Straftaten zu bestimmen? 3. Muss man im Vorsatz überhaupt voluntative Elemente begründen?

Im vorliegenden Beitrag wird die Erforschung gerade dieser Probleme angesprochen und die inhaltliche Seite des Vorsatzes durch eine Wechselwirkung analysiert.

Im abschließenden Teil werden jedoch Struktur und Wesen des Vorsatzes bestimmt: 1. Der Vorsatz ist ein subjektives Tatbestandsmerkmal und umfasst intellektuelle und Wollensmomente, weshalb er unabhängig vom Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zu betrachten ist; 2. Zur Begründung des Vorsatzes braucht man die aktuellen Kenntnisse und es reicht nicht aus, es potentiell vorzustellen; 3. Der Vorsatz muss auf allen Stadien der Begehung einer Straftat ununterbrochen und konkret vorhanden sein – das so genannte Übereinstimmungsprinzip. Deshalb

können der so genannte zuvorkommende und der später entstandene Vorsatz nicht als Grundlage zur Begründung der strafrechtlichen Verantwortung gewertet werden; 4. Die Begründung der psychologischen Komponente im Vorsatz bei der Begehung von affektiven Straftaten – im Unterschied zu den affektlos begangenen Straftaten sollte in folgender Form geschehen: Zur Erkennung der Tatbestände bei affektiven Straftaten sollte es ausreichen, diese Tatbestände wahrzunehmen und nicht tiefgehend zu begreifen; 5. Der Vorsatz ist – im Unterschied zu Schuldkategorien – bewertend, rein psychologisch (direkter Vorsatz ersten Grades) und normativ (direkter Vorsatz zweiten Grades und Eventualvorsatz).

გიორგი დგებუაძე
ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტის დოქტორანტი

ამსრულებლობა საერთაშორისო სისხლის სამართალში[1]

(სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს გადაწყვეტილებათა ანალიზი)

ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის საკითხის ფარგლებში, დანაშაულში ამსრულებლობის ინსტიტუტი როგორც ნაციონალურ, ასევე საერთაშორისო სისხლის სამართალში, კერძოდ, საერთაშორისო სისხლის სამართლის სასამართლოს (ICC) წესდების, რომის სტატუტის ფარგლებში, მის იურისდიქციაში შემავალი დანაშაულების სპეციფიკიდან გამომდინარე, ერთ-ერთი აქტუალური საკითხია. აღნიშნულთან მიმართებაში, ICC-ს გადაწყვეტილებები მეტად ყურადსაღებია, რომელთა რაოდენობა არც ისე დიდია, თუმცა მრავლისმომცველია. ბევრ კითხვაზე, რა თქმა უნდა, ჯერ კიდევ პასუხი არ არის გაცემული, თუმცა მუხლის განმარტება, როდესაც ის მხოლოდ ცარიელი სიტყვებით არსებობს წესდებაში, ნებისმიერ შემთხვევაში წინ გადადგმული ნაბიჯია. ნაშრომი წარმოადგენს ICC-ს პრაქტიკის ანალიზს დანაშაულში ამსრულებლობასთან მიმართებაში. თავდაპირველად მოკლედ მიმოვიხილავთ ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის განვითარების ისტორიულ ეტაპებს, საერთაშორისო სისხლის სამართლის დანაშაულის შინაარსს, რომის სტატუტის 25-ე მუხლით გათვალისწინებულ პასუხისმგებლობის სახეებს და განსაკუთრებულ ყურადღებას გავამახვილებთ ICC-ს საქმიანობაზე, რომის სტატუტში დანაშაულში ამსრულებლობასთან კავშირში, თუ რა ფორმით არის მასში გააზრებული თანაამსრულებლობისა და არაპირდაპირი ამსრულებლობის ინსტიტუტი და კვალიფიკაციისათვის რა აუცილებელ მოთხოვნებს უნდა აკმაყოფილებდეს ის.

I. შესავალი

საერთაშორისო სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებისადმი ინტერესი დღითი დღე უფრო იზრდება. ამის მიზეზი მსოფლიოში დატრიალებული მოვლენებია. სახელმწიფოთა ტერიტორიებზე ეროვნული, ეთნიკური, რასობრივი, რელიგიური ნიშნით გაერთიანებულ ჯგუფის წევრებს შორის დაწყებული შეიარაღებული თუ სხვა სახის კონფლიქტები არაერთხელ გამხდარა საერთაშთარისო სისხლის სამართლით გათვალისწინებული დანაშაულების ჩადენის მიზეზი. საერთაშორისო თანამეგობრობის მთავარი მიზანიც, აღნიშნული სიტუაციების თავიდან აცილებასთან ერთად, როდესაც ეს გარდუვალია, მის პროცესში ჩადენილ დანაშაულებზე საერთაშორისო სისხლისსამართლებრივი ღონისძიებების გატარებაა.

[1] *Perpetration in International Criminal Law.*

საერთაშორისო სისხლის სამართალი საერთაშორისო სამართლისა და სისხლის სამართლის კომბინაციაა, რომელიც იურიდიულ ლიტერატურაში არსებითად განსხვავებული დისციპლინების „არაკომფორტულ კავშირადაც" არის მოხსენიებული.[2] მიუხედავად მეორე მსოფლიო ომამდე გარკვეული ნიშნების არსებობისა,[3] მის „დაბადების მოწმობად",[4] ნიურნბერგის საერთაშორისო სამხედრო ტრიბუნალის წესდება უნდა მივიჩნიოთ, რომელიც მეორე მსოფლიო ომში ოთხი გამარჯვებული ძალის მიერ 1945 წლის 8 აგვისტოს ლონდონის შეთანხმებით იქნა მიღებული.[5] ამ უკანასკნელში ჩამოყალიბებულმა პრინციპებმა ფეხი მოიკიდა შორეულ აღმოსავლეთში, ტოკიოს ტრიბუნალზეც და დღესდღეობით აღიარებულია, როგორც ჩვეულებითი სამართალი, რომელიც საერთაშორისო მატერიალური სისხლის სამართლის ბირთვს წარმოადგენს. ნიურნბერგიდან იუგოსლავიამდე – ეს არის საერთაშორისო თანამეგობრობის მხრიდან სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს შექმნაზე მიმართული უშედეგო ეტაპი.[6]

ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის განვითარების ახალი ერა, რომელიც „რენესანსის" პერიოდადაც არის მოხსენიებული,[7] ეს არის „ტყუპი"[8] *ad hoc* ექს-იუგოსლავიისა *(ICTY)*[9] და რუანდის *(ICTR)*[10] სისხლის სამართლის საერთაშორისო ტრიბუნალების შექმნა. ასევე, აღნიშვნის ღირსია ე.წ. ჰიბრიდული, ინტერნაციონალიზებული ტრიბუნალები, რომლებიც წარმოადგენენ საერთაშორისო და ნაციონალური სამართლის „მიქსს" საიდანაც მომდინარეობს კიდეც თვით ტერმინი.[11]

---

[2] იხ. *Elies van Sliedregt* - The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003, გვ. 4.

[3] იხ. *M. Cherif Bassiouni* - The Making International Criminal Court წიგნში: *M. Cherif Bassiouni* - International Criminal Law, Vol. III, Martinus Nijhoff, Leiden, 3rd ed., 2008, გვ. 117-132; იხ. ასევე: *Claus Kreß* - Versailles-Nuremberg-The Hague: Germany and International Criminal Law, 40 The International Lawyer, 2006, გვ. 15-39.

[4] შეად. *Gerhard Werle* - Principles of International Criminal Law, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2nd ed., 2009, გვ. 7.

[5] იხ. London Agreement, 8 August 1945, ხელმისაწვდომია: http://www.icls.de/ (ნანახია 20.03.2012).

[6] ისტორიული ექსკურსი მიმართული *ICC-ს* შექმნისკენ იხ. *მერაბ ტურავა* – სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლო, ბონა კაუზა, თბ., 2005, გვ. 8-13.

[7] იხ. *Gerhard Werle* - Principles of International Criminal Law, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2nd ed., 2009, გვ. 15.

[8] იხ. *Roberto Bellelli* - The Establishment of the System of International Criminal Justice წიგნში: *Roberto Bellelli (ed.)* - International Criminal Justice, Ashgate, Farnham, Repr., 2011, გვ. 13.

[9] იუგოსლავიის კრიზისთან მიმართებაში იხ. *Michael P. Scharf* - Balkan Justice: The Story Behind the First International War Crimes Trial Since Nuremberg, Carolina Academic Press, Durham, 1997, გვ. 21-36; *ICTY-ის* საქმიანობასთან დაკავშირებით იხ. ასევე: *John Hagan* - Justice in the Balkans: Prosecuting War Crimes in the Hague Tribunal, University of Chicago Press, Chicago, 2003, გვ. 133-დან...

[10] *ICTR-ს* საქმიანობასთან დაკავშირებით იხ. *Erik Mose* - The International Criminal Tribunal for Rwanda წიგნში: *Roberto Bellelli (ed.)* – International Criminal Justice, Ashgate, Farnham, Repr., 2011, გვ. 79-99.

[11] მათ რიცხვს მიეკუთვნება: გაერთიანებული ერების ორგანიზაციასა *(გაერო)* და სახელმწიფოს შორის დადებული შეთანხმებით შექმნილი ტრიბუნალები – კამბოჯის სასამართლოს საგანგე-

ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის განვითარების მთავარ ეტაპად ქ. ჰააგაში მდებარე მუდმივმოქმედი სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლო *(ICC)* უნდა მივიჩნიოთ, რომლის წესდებამ, რომის სტატუტმა, პირველად მსოფლიო ისტორიაში, მუდმივმოქმედი სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების განმახორციელებელი ორგანოს შექმნისა და ფუნქციონირების სამართლებრივი საფუძველი შექმნა.[12] სწორედ *ICC-ს* გადაწყვეტილებებზე დაყრდნობით მიმოვიხილავთ დანაშაულში ამსრულებლობის ინსტიტუტის კონსტრუქციას საერთაშორისო სისხლის სამართალში, რომელიც ეყრდნობა რა *ICTY-ს* მიერ ჩამოყალიბებულ ძირითად პრინციპებს, ნოვაციური თეორიების მეშვეობით, გერმანულ სისხლისსამართლებრივ დოგმატიკაზე დაყრდნობით, ახალ ინტერპრეტაციას ჰმატებს რომის სტატუტის მუხლის განმარტებას. აღნიშნული სფერო არანაკლებ ყურადსაღებია სისხლის სამართლის ქართული სისტემისთვის, რომელიც აშკარად განიცდის გერმანული სისტემური აზროვნების ზეგავლენას და სტრუქტურულად განსხვავდება ანგლოამერიკული მატერიალური სისხლის სამართლის სისტემისაგან,[13] არაფერი რომ არ ვთქვათ, ზოგადად *ICC-ს*, რომის სტატუტის განსაკუთრებულ როლზე ქართულ სისხლისსამართლებრივ სისტემაში.

II. საერთაშორისო სისხლის სამართლის დანაშაული

საერთაშორისო სისხლის სამართალი, ორი ერთმანეთისაგან განსხვავებული, ანგლოამერიკული და კონტინენტალურ-ევროპული სამართლებრივი სისტემების ნორმათა ერთობლიობაა.[14] აღნიშნულმა რომის სტატუტის შექმნის პროცესში არაერთხელ იჩინა თავი, როდესაც სახეზე იყო ორივე სისტემის წარმომადგენელ მეცნიერთა და პრაქტიკოს იურისტთა შორის აზრთა სხვადასხვაობა რიგ საკითხებთან მიმართებაში.[15]

ბო პალატები, სიერა ლეონეს სპეციალური სასამართლო, ლიბანის სპეციალური ტრიბუნალი; სასამართლოები, როგორც გაეროს დროებითი ადმინისტრაციის ნაწილი: აღმოსავლეთ ტიმორის და კოსოვოს სასამართლოები; სასამართლოები, რომლებიც არ მიეკუთვნებიან გაეროს ადმინისტრაციას: ბოსნიისა და ერაყის ტრიბუნალები. ჰიბრიდულ ტრიბუნალებთან მიმართებაში დაწვრილებით იხ. *Fidelma Donlon* - Hybrid Tribunals წიგნში: *William A. Schabas* and *Nadia Bernaz (ed.)* - Routledge Handbook of International Criminal Law, Routledge, London, 2011, გვ. 85-105; იხ. ასევე: *Alexander Zahar* and *Goran Sluiter* - International Criminal Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, გვ. 11-13.

[12] იხ. *მერაბ ტურავა* – სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლო, ბონა კაუზა, თბ., 2005, გვ. 1. *ICC-ს* საქმიანობასთან და რომის სტატუტთან დაკავშირებით იხ. აღნიშნული წიგნი ზოგადად.

[13] შეად. *მერაბ ტურავა* – დანაშაულის მოძღვრება, მერიდიანი, თბ., 2011, გვ. 69. დანაშაულის ქართულ სისტემაზე გერმანული სისტემის გავლენაზე იხ. იქვე გვ. 1-35, 153-504.

[14] ანგლოამერიკულ და საერთაშორისო სისხლის სამართალში დანაშაულის სისტემასთან მიმართებაში იხ. იქვე, გვ. 56-57.

[15] იხ. *Roger S. Clark* - Drafting a General Part to a Penal Code: Some Thoughts Inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court's First Substantive Law Discussion in the Lubanga Dyilo Confirmation Proceedings, 19 Criminal Law

საერთაშორისო სისხლის სამართალში, ისევე როგორც ნებისმიერ ნაციონალურ სამართლებრივ სისტემაში, პასუხისმგებლობა წარმოიშობა არა მხოლოდ მაშინ, როდესაც პირი „მატერიალურად" სჩადის დანაშაულს, არამედ მაშინაც, როდესაც სხვა ფორმით მონაწილეობს დანაშაულის ჩადენაში.[16] განსხვავებით ნაციონალური სამართლებრივი სისტემისაგან, სადაც დამნაშავის პიროვნების ტრადიციული გაგება, ეს არის პერსონა, რომელიც უშუალოდ „სასხლეტს გამოჰკრავს ხელს",[17] საერთაშორისო სისხლის სამართალში ის გაიგივებულია პირთან, რომელიც დანაშაულს ახორციელებს დანაშაულებრივი გეგმის ორგანიზებით, ბრძანების გაცემითა და მაღალ დონეზე საიდუმლო ლიდერობით.

პირთა უმეტესობა, რომლებიც *ICC-ს* მიერ სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაში არიან მიცემული, არ არიან დანაშაულის აქტიური ამსრულებლები (დანაშაულში ფიზიკური მონაწილეობის გაგებით) და უმეტეს სამართლებრივ სისტემაში, ისინი, შესაძლებელია, პასუხისმგებელნი იყვნენ, როგორც დანაშაულის თანამონაწილენი.[18]

საერთაშორისო სისხლის სამართლის დანაშაულები, როგორიც არის გენოციდი, ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაული, ომის დანაშაული, აგრესია, ტერორიზმი, ადამიანით ვაჭრობა, ნარკოტიკული დანაშაულები და სხვა, თავისი სპეციფიკურობით გამოირჩევიან. მათი ჩადენა, უმეტესწილად, ადამიანთა დაჯგუფების მიერ კონსოლიდირებული ძალისხმევით ხორციელდება. აღნიშნული დანაშაულებიდან საერთაშორისო ტრიბუნალებისა და *ICC-ს* იურისდიქცია მხოლოდ ოთხ დანაშაულზე: გენოციდზე, ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულზე, ომის დანაშაულსა და აგრესიაზე ხორციელდება. ეს არის დანაშაულთა ის წრე, რომელიც დიდ დარტყმას აყენებს საერთაშორისო თანამეგობრობას, მსოფლიოს მშვიდობას, უშიშროებასა და კეთილდღეობას.

III. ინდივიდუალური პასუხისმგებლობა რომის სტატუტის 25-ე მუხლში

ზემოთ აღნიშნულ დანაშაულებზე სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელების მიზანს ემსახურება სწორედ ზოგადად რომის სტატუტი და, კერძოდ, მისი 25-ე მუხლი, რომელიც ეხება ინდივიდუალურ პასუხისმგებლობას, პასუხისმგებლობის სახეებს *ICC-ში*. რომის სტატუტის 25-ე მუხლი, ისევე, როგორც *ICC-ს* წესდების დიდი ნაწილი, ძალიან განსხვავებული სამართლებრივი ტრადიციების მქონე იურისტების მოლაპარაკების გზით მიღწეული კომპრო-

Forum *(CLF)*, 2008, გვ. 519-552.

[16] იხ. *Antonio Cassese, Guido Acquaviva, Mary Fan,* and *Alex Whiting* - International Criminal Law, Cases and Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2011, გვ. 323.

[17] იხ. *Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst* - An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge University Press, Cambridge, 2nd ed., 2010, გვ. 361.

[18] იხ. *William A. Schabas* - The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford University Press, Oxford, 2010, გვ. 422.

მისის შედეგია.[19] მისი ჩამოყალიბების პროცესში, მათ შორის ხშირად ყოფილა გარკვეულ საკითხებთან მიმართებაში აზრთა სხვადასხვაობა.[20] პასუხისმგებლობის სახეების კონსტრუქცია 25(3)-ე მუხლის ფარგლებში შემდეგია:

1) ძირითადი პასუხისმგებლობა, გათვალისწინებული დანაშაულში ამსრულებლობისათვის (*principal liability* - რომის სტატუტის 25(3)(a)-ე მუხლი);[21]

2) დამატებითი პასუხისმგებლობა, გათვალისწინებული დანაშაულში თანამონაწილეობისათვის (*accesory liability* - რომის სტატუტის 25(3)(b)(c)(d)-ე მუხლი);

3) დაწყებული ან დაუმთავრებელი ქმედებებისათვის გათვალისწინებული პასუხისმგებლობები, გენოციდის დანაშაულის პირდაპირი და საჯარო მოწოდება (25(3)(e)-ე მუხლი) და მცდელობა (25(3)(f)-ე მუხლი).[22]

როგორც ვხედავთ, რომის სტატუტის 25-ე მუხლი ძირითად და დამატებით პასუხისმგებლობის სახეებს გამოყოფს. ზოგიერთი ქვეყნის კანონმდებლობა არ ითვალისწინებს აღნიშნულ დაყოფას (მაგ., ამერიკის შეერთებული შტატები, საფრანგეთი, ავსტრია, ავსტრალია, იტალია, ურუგვაი და სხვ.) და შესაბამისადაც, სახეზე არ გვაქვს განსხვავებული სასჯელის სახეები დანაშაულში ამსრულებლობისა და თანამონაწილეობისათვის. მათი აზრით, ნებისმიერი დანაშაულის მონაწილე, მიუხედავად მისი აქტიურობის ხარისხისა, ჩაითვლება ძირითად ამსრულებლად, თუმცა განაჩენში შესაძლებელია გათვალისწინებულ იქნეს დამნაშავის როლი დანაშაულის ჩადენაში.[23]

ნაშრომის მიზნიდან გამომდინარე, ყურადღებას გავამახვილებთ პასუხისმგებლობის პირველ, ძირითად სახეზე. თუმცა, ჯერ მიმოვიხილოთ *ICC*-ზე მიწერილ საქმეთა არსებული მდგომარეობა.

---

[19] იხ. იქვე, გვ. 424.

[20] იხ. *Elies van Sliedregt* - The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003, გვ. 4.

[21] *ICC* რომის სტატუტის 25(3)-ე მუხლის ფარგლებში, გამოყოფს ძირითად (*principal* 25(3)(a)) და დამატებით (*accesory* 25(3)(b)(c)(d)) პასუხისმგებლობის სახეებს. იხ. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decesion on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest (ICC-01/04-01/06), Pre-Trial Chamber I, 10 February 2006, პარ. 78; *Prosecutor Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges (ICC-01/04-01/06), Pre-Trial Chamber I, 29 January 2007, პარ. 320 (*Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges).

[22] იხ. *William A. Schabas* - The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford University Press, Oxford, 2010, გვ. 425; რომის სტატუტის 25-ე მუხლში ინდივიდუალურ პასუხისმგებლობასთან მიმართებაში იხ. ასევე: *Vincenzo Militello* - The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute, 5 Journal of International Criminal Justice *(JICJ)*, 2007, გვ. 944-947.

[23] იხ. *Antonio Cassese, Guido Acquaviva, Mary Fan*, and *Alex Whiting* - International Criminal Law, Cases and Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2011, გვ. 323; იხ. ასევე: *მერაბ ტურავა* – დანაშაულის მოძღვრება, მერიდიანი, თბ., 2011, გვ. 56-57.

IV. არსებული მდგომარეობა *(status quo) ICC*-ში

1. ზოგადი მიმოხილვა

ICC-ზე დღეის მდგომარეობით 15 საქმეა მიწერილი, 7 ქვეყანაში არსებული მძიმე სიტუაციიდან[24] გამომდინარე, სადაც რომის სტატუტით გათვალისწინებული დანაშაულების ჩადენა თითქმის ჩვეულებრივი მოვლენა გახდა.[25]

ICC-ს წესდების მიხედვით, როგორც ცნობილია, პროკურორს გამოძიების დაწყების უფლებამოსილება ნებისმიერი სტატუტის მონაწილე სახელმწიფოსა თუ გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის *(გაერო)* უშიშროების საბჭოს მიმართვის საფუძველზე გააჩნია. დამატებით, მას შეუძლია *proprio motu* დაიწყოს გამოძიება სასამართლოს იურისდიქციაში შემავალი დანაშაულების ჩადენის შესახებ მიღებულ ინფორმაციაზე დაყრდნობით, რომელიც ხელმისაწვდომია სამთავრობო თუ არასამთავრობო ორგანიზაციებისაგან, კონკრეტული პირებისა და სხვა სანდო წყაროებიდან, რომელსაც ის მიიჩნევს სარწმუნოდ.[26]

სამმა სტატუტის მონაწილე სახელმწიფომ – უგანდამ, კონგოს დემოკრატიულმა რესპუბლიკამ *(კდრ)* და ცენტრალური აფრიკის რესპუბლიკამ *(ცარ)* მიმართა *ICC*-ს იმ დანაშაულებზე სისხლისსამართლებრივი ღონისძიებების გასატარებლად, რომლებსაც ადგილი ჰქონდა მათ ტერიტორიაზე. დამატებით, *გაერო*-ს უშიშროების საბჭომ *ICC*-ს პროკურატურის ოფისს, გამოძიების დაწყების მიზნით, განსახილველად გადასცა სუდანისა და ლიბიის საქმეები, ორივე სტატუტის არამონაწილე სახელმწიფოებისაგან. სრული ანალიზის შემდგომ, ხელმისაწვდომი ინფორმაციების საფუძველზე, პროკურორმა ყველა ზემოთ აღნიშნულ საქმეზე დაიწყო გამოძიება. ასევე, *ICC*-ძ პროკურორს მისცა უფლება *proprio motu* დაეწყო გამოძიება კენიასა (2010 წლის 31 მარტი) და კოტდიუარში (2011 წლის 3 ოქტომბერი).[27]

დანაშაულში ამსრულებლობასთან მიმართებაში, საინტერესოა *კდრ*-ს, *ცარ*-ის და სუდანის სიტუაციები.

---

[24] *ICC* თავის პრაქტიკაში ქვეყნებში არსებულ მდგომარეობას, როგორც „situation" ისე მოიხსენიებს.

[25] იხ. Situations and Cases, ხელმისაწვდომია: http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations +and+Cases/ (ნანახია 20.03.2012).

[26] იხ. რომის სტატუტი, მუხლი მე-11-დან..., აგრესიის დანაშაულთან მიმართებაში იურისდიქციის განხორციელებაზე იხ. რომის სტატუტის 15*bis* და 16*ter* მუხლები; აგრესიის დანაშაულის შემადგენლობასთან მიმართებაში იხ. ასევე: *კლაუს კრესი* და *ლეონი ფონ ჰოლტცენდორფი* – კამპალას კომპრომისი აგრესიის დანაშაულზე, 1 სამართლის ჟურნალი, 2011, გვ. 278-319 (ქართულ ენაზე); *Claus Kreß and Leonie von Holtzendorff* - The Kampala Compromise on the Crime of Aggression, 8 *JICJ*, 2010, გვ. 1179-1217 (ინგლისურ ენაზე).

[27] სრული ინფორმაცია *ICC*-ს გამოძიებასთან დაკავშირებით ხელმისაწვდომია: http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/ (ნანახია 20.03.2012); იხ. ასევე: Report of the *ICC* to the United Nations General Assembly (Report of the *ICC* to the *UNGA*), 19 August 2011, ხელმისაწვდომია: http://www.icc-cpi.int/ (ნანახია 20.03.2012).

2. სიტუაცია კონგოს დემოკრატიულ რესპუბლიკაში

ICC-ს ყოფილმა მთავარმა პროკურორმა, *ლუის მორენო ოკამპომ*, პირველი გამოძიების დაწყების გადაწყვეტილება *კდრ-ს* საქმესთან დაკავშირებით 2004 წლის 23 ივნისს მიიღო. აღნიშნულს წინ უძღოდა 2004 წლის 19 მარტს *კდრ-ს* მთავრობის სახელით გამოგზავნილი წერილი, სადაც ის თავის ქვეყანაში სასამართლოს იურისდიქციაში შემავალი დანაშაულების ჩადენის შესახებ იუწყებოდა და გამოძიების დაწყების თხოვნით მიმართავდა.[28]

მილიონობით მოქალაქე გახდა *კდრ-ში* არსებული კონფლიქტის მსხვერპლი. სახელმწიფოები, საერთაშორისო ორგანიზაციები, სამთავრობო და არასამთავრობო ორგანიზაციები ათასობით მსხვერპლის შესახებ იუწყებოდნენ, რასაც სხვადასხვა დანაშაულებრივი ქმედების შედეგად 2002 წლიდან ჰქონდა ადგილი.[29]

მთავარი პროკურორი გამოძიების ფოკუსირებას უფრო იმ დანაშაულებზე აკეთებდა, რომლებიც მიმდინარე პერიოდში *კდრ-ს* იტურის რეგიონში ხორციელდებოდა. *ICC* თავის იურისდიქციაში ვერ მოიცავდა იმ დანაშაულების გამოძიებას, რომლებსაც 2002 წლამდე ჰქონდა ადგილი, გამომდინარე იქიდან, რომ სწორედ ამ პერიოდიდან შევიდა რომის სტატუტი ძალაში.[30]

მთავარი პროკურორის მზადყოფნას გამოძიების დასაწყებად *კდრ-ს* მთავრობაც მიესალმა. *ლუის მორენო ოკამპოს* აზრით, პროკურატურის პირველი გამოძიების დაწყება საერთაშორისო იუსტიციისათვის წინ გადადგმულ ნაბიჯს წარმოადგენდა, რომელიც მსხვერპლთა დაცვისა და დაუსჯელობის წინააღმდეგ იყო მიმართული.[31]

კდრ-ს შემთხვევიდან, დანაშაულში ამსრულებლობის საკითხთან მიმართებაში, მეტად საინტერესოა *თომას ლუბანგა დაილოს (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo)*[32] და *ჯერმეინ კატანგასა და მათიუ ნგადჯოლო ჩუის (Pros-*

---

[28] იხ. Report of the *ICC* to the *UNGA*, 31 August 2007, გვ. 5; იხ. ასევე: Press Release, Prosecutor Receives Referral of the Situation in the Democratic Republic of Congo, 19 April 2004, ICC-OTP-20040419-50-En., ხელმისაწვდომია: http://www.icc-cpi.int/ (ნანახია 20.03.2012).

[29] *კდრ-ში* არსებულ მდგომარეობასთან დაკავშირებით იხ. *Human Rights Watch-ის* 2003 წლის მოხსენება „Ituri Covered in Blood", ხელმისაწვდომია: http://www.hrw.org/reports/2003/ituri0703/ DRC0703.pdf (ნანახია 20.03.2012).

[30] იხ. Report of the *ICC* to the *UNGA*, 22 August 2008, გვ. 7.

[31] იხ. Press Release, The Office of The Prosecutor of the *ICC* Opens its First Investigation, 23 June 2004, ICC-OTP-20040623-59-En., ხელმისაწვდომია: http://www.icc-cpi.int/ (ნანახია 20.03.2012); *კდრ-ს* სიტუაციასთან მიმართებაში იხ. ასევე: *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 1-დან.

[32] *თომას ლუბანგა დაილო (Thomas Lubanga Dyilo, ლუბანგა)* იყო მეამბოხე ჯგუფ *Union des Patriotes Congolais (კონგოელ პატრიოტთა კავშირი (UPC))-ს* ხელმძღვანელი და *UPC-ს* სამხედრო ფრთის *Forces Patriotiques pour la Liberation dy Congo (კონგოს გათავისუფლების პატრიოტული ძალები (FPLC))-ს* მთავარსარდალი. ორივე *UPC* და *FPLC* 2002-2003 წლებში იტურის (*Ituri* - რეგიონი *კდრ-ში*, უგანდის საზღვართან) რეგიონში მიმდინარე კონფლიქტში აქტიურ ძალას წარმოადგენდა. ლუბანგა *ICC-ს* 2006 წელს გადაეცა. იხ. Report of the *ICC* to

ecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui)[33] საქმეები.

3. სიტუაცია ცენტრალური აფრიკის რესპუბლიკაში

ლუის მორენო ოკამპომ ცარ-ში არსებულ მდგომარეობაზე წერილი აღნიშნული სახელმწიფოს ხელისუფლებისაგან 2004 წლის 22 დეკემბერს მიიღო, სადაც აღწერილი იყო *ICC-ს* იურისდიქციაში შემავალი დანაშაულების ჩადენის ფაქტი. პროკურატურისათვის, ასევე არსებითი ინფორმაცია *ცარ-ში* განხორციელებული დანაშაულების შესახებ მიწოდებულ იქნა როგორც არასამთავრობო, ისე საერთაშორისო ორგანიზაციების მიერ.[34]

---

the *UNGA*, 31 August 2007, გვ. 5; იხ. ასევე: Report of the *ICC* to the *UNGA*, 19 August 2011, გვ. 7; *ICC-ს* პირველი განაჩენი *ლუბანგას* მიმართ: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (ICC-01/04-01/06), Trial Chamber I, 14 March 2012, (*Prosecutor v. Lubanga*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute).

ლუბანგა, ICC-ს 2012 წლის 14 მარტის განაჩენით, დამნაშავედ იქნა ცნობილი, როგორც თანაამსრულებელი ომის დანაშაულში, რომის სტატუტის 25(3)(a)-ე და მე-8(2)(e)(vii) მუხლების მიხედვით (თხუთმეტი წლის ასაკამდე ბავშვების გაწვევა, ან შეგროვება *FPLC-ში* და მათი გამოყენება სამხედრო მოქმედებებში აქტიური მონაწილეობის მისაღებად, 2002 წლის 1 სექტემბრიდან, 2003 წლის 13 აგვისტომდე). იხ. *Prosecutor v. Lubanga*, Summary of the "Judgment pursuant to Article 74 of the Rome Statute" (ICC-01/04-01/06), Trial Chamber I, 14 March 2012, გვ. 16-17.

[33] *ჯერმენ კატანგა (Germain Katanga, კატანგა)* ცნობილი, ასევე, როგორც *სიმბა (Simba)*, კონფლიქტის დროს იყო *Force de resistance patriotique en Ituri (წინააღმდეგობის პატრიოტული ძალა იტურში (FRPI))-ს* მეთაური. სამშვიდობო პროცესის შესაბამისად, ის დაინიშნა *Forces Armees de la Republique Democratique du Congo (კდრ-ს შეიარაღებული ძალები (FARDC))-ს* ბრიგადის გენერლად, რათა სხვა ლიდერებთან ერთად კონფლიქტის გადაწყვეტის მცდელობა მომზდარიყო. მას ბოლომდე აღნიშნული პოზიცია ეკავა.

მათიუ ნგუდჯოლო ჩუი (Mathieu Ngudjolo Chui, ჩუი) მას შემდეგ, რაც *UPC-მა* დაამყარა კონტროლი *ბუნიასა* და *ზუმბეში (Bunia* და *Zumbe* - დასახლებები იტურის რეგიონში), ის ჩაება მეომართა ძალებში, რომელიც ცნობილი იყო, როგორც *Front des Nationalistes et Integrationnistes (ნაციონალური ინტეგრაციის ფრონტი (FNI))*. იმავე ინიციატივით, რომლითაც *კატანგა* იქნა ინტეგრირებული *FARDC-ში, ჩუი* დანიშნულ იქნა პოლკოვნიკად. *ჩუი* იყო *FARDC-ს* წევრი ბოლომდე. იხ. *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges (ICC-01/04-01/07), Pre-Trial Chamber I, 30 September 2008 (*Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges), პარ. 5-10; საქმის მიმდინარეობა იხ. ასევე: Report of the *ICC* to the *UNGA*, 19 August 2011, გვ. 7.

კატანგასა და *ჩუის* ბრალდებები *ICC-ს* მიერ დამტკიცებულ იქნა 2008 წლის 30 სექტემბერს. ისინი სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაში მიცემულნი არიან სხვა პირთა მეშვეობით ერთობლივად ჩადენილი ომისა და ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულისათვის (რომის სტატუტის 25(3)(a)-ე, მე-8(2)(a)(i), მე-8(2)(b)(i), მე-8(2)(b)(xxii), მე-8(2)(b)(xiii), მე-8(2)(b)(xvi), მე-8(2)(b)(xxvi), მე-7(1)(a)(g) მუხლები). იხ. http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Cases (ნანახია 20.03.2012); იხ. ასევე: *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 5-10; საქმის მიმდინარეობა Report of the *ICC* to the *UNGA*, 19 August 2011, გვ. 7.

[34] იხ. Report of the *ICC* to the *UNGA*, 22 August 2008, გვ. 12; იხ. ასევე: Background Situation in the Central African Republic (*BS* in the *CAR*), 22 May 2007, ხელმისაწვდომია: http://www.

ეს იყო პროკურატურის მიერ წარმოებული პირველი გამოძიება, სადაც სექსუალური ხასიათის დანაშაულთა რიცხვი მნიშვნელოვად აღემატებოდა მკვლელობებს. მიღებული ინფორმაცია მშვიდობიანი მოსახლეობის გაუპატიურების შესახებ იმდენად დიდი იყო, რომ ის საერთაშორისო სისხლის სამართლის მიერ ვერ იქნებოდა უგულებელყოფილი. ასობით მოქალაქე აღწერდა მათ მიმართ ჩადენილი სექსუალური ხასიათის დანაშაულის ფაქტებს, სადაც გაუპატიურება დაჯგუფებების მიერ, საჯაროდ, ყველას დასანახად მიმდინარეობდა. *ლუის მორენო ოკამპოს* თქმით, დანაშაულებრივი ქმედებების შედეგად დაზარალებული მოსახლეობა მიმართავდა რა დახმარებისათვის მართლმსაჯულებას, მათ ვალდებულებას წარმოადგენდა იმის ჩვენება, რომ მასობრივი დანაშაულები ვერ განხორციელდებოდა დაუსჯელად.[35]

ცარ-ის საკასაციო სასამართლომ (უმაღლესი სასამართლო ორგანო) აღიარა, რომ ნაციონალური იუსტიცია უძლური იყო განეხორციელებინა თავისი საქმიანობა ქვეყანაში გამოვლენილი დანაშაულების მიმართ. აღნიშნული, რომის სტატუტის ფარგლებში საქმის დასაშვებობიდან გამომდინარე, ერთ-ერთ აუცილებელ პირობას წარმოადგენს, ვინაიდან *ICC* – ეს არის ზესახელმწიფოებრივი სასამართლო ორგანო და ის ერევა კონკრეტულ საქმეში, როდესაც ნაციონალური მართლმსაჯულება უძლურია,ან არ სურს განახორციელოს მასზე დაკისრებული მოვალეობა.[36]

ICC-ს მთავარმა პროკურორმა, მიღებული ინფორმაციების მერე, დარწმუნდა რა, რომ *ცარ-ში* ადგილი ჰქონდა *ICC-ს* იურისდიქციაში შემავალი სერიოზული დანაშაულების ჩადენას, რომის სტატუტით გათვალისწინებული პროცედურების შემდეგ, 2007 წლის 22 მაისს დაიწყო გამოძიება.[37] გამოძიების მიხედვით, დანაშაულებრივი ქმედებების პიკი გამოვლინდა 2002 და 2003 წლებში.[38]

ცარ-ის სიტუაციიდან, დანაშაულში ამსრულებლობის საკითხთან მიმართებაში, საინტერესოა *ჯინ-პიერ ბემბა გომბოს* (*Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*)[39] საქმე.

---

icc-cpi.int (ნანახია 20.03.2012).

[35] იხ. *BS* in the *CAR*; იხ. ასევე: Press Release, Prosecutor Opens Investigation in the *CAR*, 22 May 2007, ICC-OTP-20070522-220-En., ხელმისაწვდომია: http://www.icc-cpi.int (ნანახია 20.03.2012).

[36] იხ. იქვე; იხ. ასევე: რომის სტატუტის მე-17(1) მუხლი.

[37] იხ. იქვე; იხ. ასევე: Report of the *ICC* to the *UNGA*, 22 August 2008, გვ. 12.

[38] იხ. *BS* in the *CAR*.

[39] *ჯინ-პიერ ბემბა გომბო (Jean-Pierre Bemba Gombo, ბემბა)* იყო *Movument de Liberation du Congo (კონგოს გამათავისუფლებელი მოძრაობა (MLC))-ს* ყოფილი პრეზიდენტი და მთავარსარდალი. ის პასუხისმგებელია იმ დანაშაულების ჩადენაზე, რომლებიც განხორციელდა *ცარ-ის* სხვადასხვა ტერიტორიაზე, ქვეყანაში არსებული სამხედრო კონფლიქტის ფარგლებში, რომელსაც ადგილი ჰქონდა 2002 წლის 26 ოქტომბრიდან 2003 წლის 15 მარტის ჩათვლით. *Armee de Liberation du Congo (კონგოს გამათავისუფლებელი არმია (ALC))*, რომელიც წარმოადგენდა *MLC-ს* სამხედრო ფრთას, *კდრ-დან* შევიდა *ცარ-ში* ამ უკანასკნელის ყოფილი პრეზიდენტის მხარდასაჭერად.

ბემბას მიმართ წაყენებული ბრალდებები *ICC-ს* მიერ დამტკიცებულ იქნა 2009 წლის 15

4. სიტუაცია სუდანში

ლუის მორენო ოკამპოს დარფურში არსებული სიტუაცია *გაერო-ს* უშიშროების საბჭომ ქარტიის მე-7 თავის შესაბამისად 2005 წლის 31 მარტს მიღებული რეზოლუციით გადასცა. აღნიშნულს დართული ჰქონდა *გაერო-ს* მიერ *დარფურის* საქმესთან დაკავშირებით შექმნილი საერთაშორისო კომისიის დოკუმენტები.[40]

დარფურის საქმესთან დაკავშირებით შექმნილი საერთაშორისო საგამოძიებო კომისია დაარსდა 2004 წელს.[41] 2005 წლის იანვარში კომისიამ მიმართა *გაერო-ს*, რომ არსებობდა საფუძვლიანი ეჭვი იმისა, რომ *დარფურში* მიმდინარეობდა ომისა და ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ჩადენა და რეკომენდებული იყო აღნიშნული მოხსენებოდა *ICC-ს.*[42] *გაერო-ს* უშიშროების საბჭო თავისი რეზოლუციით ავალდებულებს სუდანსა და *დარფურის* კონფლიქტის ყველა სხვა მონაწილეს, ითანამშრომლოს *ICC-სთან.*

მთავარმა პროკურორმა, რომის სტატუტის შესაბამისად, ხელმისაწვდომი ინფორმაციის ანალიზის შემდეგ, დარწმუნდა რა, რომ არსებობდა საფუძვლიანი ეჭვი სუდანში *ICC-ს* იურისდიქციაში შემავალი დანაშაულების ჩადენისა, 2005 წლის 1 ივნისს მიიღო გამოძიების დაწყების გადაწყვეტილება.[43]

დარფურის შემთხვევიდან, დანაშაულში ამსრულებლობის საკითხთან მიმართებაში, საინტერესოა *ომარ ჰასან ამად ალ ბაშირის (Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir)*[44] საქმე.

ივნისს. ის სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაში მიცემულია სამხედრო მეთაურობისათვის ომისა და ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებში (რომის სტატუტის 28-ე, მე-7(1)(a)(g), მე-8(2)(c)(i), მე-8(2)(e)(v)(vi) მუხლები). იხ. http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Cases (ნანახია 20.03.2012); იხ. ასევე: *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Atricle 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges (ICC-01/05-01/08), Pre-Trial Chamber II, 15 June 2009 (*Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges), პარ: 90-115, 446-477; Report of the *ICC* to the *UNGA*, 19 August 2011, გვ. 9.

[40] იხ. Press Release, The Office of the *ICC* Opens Investigation in Darfur, 06 June 2006, ICC-OTP-0606-104-En., ხელმისაწვდომია: http://www.icc-cpi.int/ (ნანახია 20.03.2012); იხ. ასევე: *UN* Security Council Resolution 1593, 31 March 2005, ხელმისაწვდომია: http://www.un.org/en/ (ნანახია 20.03.2012); *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest (ICC-01/05-01/09), Pre-Trial Chamber I, 4 March 2009, (*Prosecutor v. Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest), პარ. 1-დან...

[41] იხ. იქვე.

[42] იხ. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the *UN* Secretary General (Pursuant to Security Council Resolution 1564, 18 September 2004), ხელმისაწვდომია: http://www.un.org/en/ (ნანახია 20.03.2012).

[43] იხ. Decision to Open Investigation, ხელმისაწვდომია: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc251671.PDF (ნანახია 20.03.2012).

[44] *ომარ ჰასან ამად ალ ბაშირი (Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ალ ბაშირი)* არის პირველი პირი, რომელზეც *ICC-მ* სისხლისსამართლებრივი დევნა განახორციელა, როგორც სახელმწი-

V. ამსრულებლობა რომის სტატუტის 25-ე მუხლის მიხედვით

1. ზოგადი მიმოხილვა

ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის ფარგლებში, საერთაშორისო სისხლის სამართლის სფეროში, გამოსაყოფია რამდენიმე დოქტრინა. ერთი მხრივ, კრიმინალური მიზნობრივი დაჯგუფების *(joint criminal enterprise, JCE)* დოქტრინა,[45] დაფუძნებული *ICTY-ს* მიერ ანგლოამერიკული სამართლის სისტემაზე დაყრდნობით, რომელმაც გამოყენება პოვა, ასევე *ICTR-სა* და სხვა ტრიბუნალებში, და მეორე მხრივ, თანაამსრულებლობისა *(co-perpetration)* და არაპირდაპირი ამსრულებლობის *(indirect perpetration)* პასუხისმგებლობის დოქტრინები, რომელიც *ICC-ს* მიმდინარე გამოყენებად ინსტრუმენტს წარმოადგენს და უმეტესწილად დაფუძნებულია გერმანული სისხლის სამართლის დოგმატიკაზე.

განსხვავებით *ICTY-ს* სტატუტის მე-7 მუხლისგან, *ICC-ს* სტატუტის 25(3)(a)-ე მუხლი პირდაპირ გამოყოფს ამსრულებლობის სამ სახეს და აღნიშნავს, რომ დანაშაულის ამსრულებლები *(Principals)* არიან ისინი, რომლებსაც გააჩნიათ „დანაშაულზე კონტროლი"[46] და აცნობიერებენ ყოველივე ამას.[47] ესენი არიან, ვინც:

1) ფიზიკურად ახორციელებენ დანაშაულის ელემენტებს (*direct perpetration,* პირდაპირი ამსრულებლობა);

2) სხვებთან ერთად ახორციელებენ დანაშაულზე კონტროლს, მათზე დაკისრებული არსებითი ამოცანებიდან გამომდინარე (*commission of the crime jointly with others,* ან *co-perpetration,* თანაამსრულებლობა);

ფოს მეთაურის მიმართ. აღსანიშნავია, რომ მას დღესაც სუდანის პრეზიდენტის თანამდებობა უკავია. ალ ბაშირი, როგორც სუდანის პრეზიდენტი და სუდანის სამხედრო ძალების მთავარსარდალი, არსებით როლს თამაშობდა საერთო გეგმის ასრულებაში, რომელიც დარფურის მშვიდობიანი მოსახლეობის ნაწილზე უკანონო თავდასხმაში გამოიხატებოდა. მოსახლეობის ეს ნაწილი სპეციფიკურ ეთნიკურ ჯგუფს განეკუთვნებოდა. იხ. *Prosecutor v. Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, პარ. 215, 209-223.

ალ ბაშირი სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაში მიცემულია, როგორც არაპირდაპირი (თანა)ამსრულებელი (არაპირდაპირ (თანა)ამსრულებლობასთან მიმართებაში იხ. ქვემოთ) გენოციდში, ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულსა და ომის დანაშაულში (რომის სტატუტის 25(3)(a)-ე, მე-6(a)(b)(c), მე-7(1)(a)(b)(d)(f)(g), მე-8(2)(e)(i)(v) მუხლები). იხ. http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Cases/ (ნანახია 20.03.2012).

[45] *JCE-ს* დოქტრინასთან დაკავშირებით დაწვრილებით იხ. *გიორგი დგებუაძე* – კრიმინალური მიზნობრივი დაჯგუფების - *Joint Criminal Enterprise* დოქტრინის შექმნისა და გამოყენების აუცილებლობა საერთაშორისო სისხლის სამართალში, 1(28) მართლმსაჯულება და კანონი, 2011, გვ. 101-110.

[46] *ICC* თავის პრაქტიკაში ამკვიდრებს ტერმინს „*control over the crime*", რომელიც ნაშრომში აღნიშნული იქნება შემდეგი სიტყვებით: „დანაშაულზე კონტროლი".

[47] იხ. რომის სტატუტის 25(3)(a)-ე მუხლი; იხ. ასევე: *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 332; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 487; *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 346.

3) ახორციელებენ კონტროლს იმ პირის ნებაზე, რომელიც უშუალოდ ასრულებს დანაშაულის ობიექტურ ელემენტებს (*commission of the crime through another person*, ან *indirect perpetration*, არაპირდაპირი ამსრულებლობა);[48]

მისასალმებელია, რომ *ICC* ცდილობს არა *ICTY-ს* ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის წესების გამოკვლევასა და ახსნას, რომელიც დადგენილია პრეცედენტული სამართლით, არამედ იძლევა რომის სტატუტის შინაარსის ახალ ინტერპრეტაციას. *ICC-ს* გადაწყვეტილებებიდან გამოსაყოფია *Prosecutor v. Lubanga-ს* (თანაამსრულებლობის პასუხისმგებლობის თეორიასთან მიმართებაში), *Prosecutor v. Katanga and Chui-ს* (არაპირდაპირი ამსრულებლობის, არაპირდაპირი (თანა)ამსრულებლობის პასუხისმგებლობის თეორიასთან მიმართებაში) და *Prosecutor v. Bemba-ს* (სუბიექტური მხარის ელემენტებთან მიმართებაში) საქმეები, რომლებიც ისევე როგორც თავის დროზე *ICTY-ს Prosecutor v. Tadic-ის*[49] და სხვათა საქმეები, გამოირჩევა ნოვაციური საინტერესო შინაარსით.

2. თანაამსრულებლობა საერთაშორისო სისხლის სამართალში

2.1. ზოგადი მიმოხილვა

თანაამსრულებლობის პასუხისმგებლობის კონცეფციის ჩამოყალიბებას, რა ფორმითაც ის დღესდღეობით რომის სტატუტში არსებობს, თავის დროზე ჯერ კიდევ *ICTY-ს* სასამართლო პალატა ცდილობდა, როგორც *JCE-ს* პასუხისმგებლობის ალტერნატიული ვარიანტისა. თუმცა სააპელაციო პალატამ მოგვიანებით მისი უგულებელყოფა მოახდინა. მისი აზრით, თანაამსრულებლობის პასუხისმგებლობის საშუალება, განსხვავებით *JCE-საგან*, არ იყო სათანადოდ მხარდაჭერილი საერთაშორისო პრეცედენტული სამართლითა და *ICTY-ს* იურისპრუდენციით.[50] *ICC* ეყრდნობა რა *ICTY-ში* თავის დროზე აღნიშნულ მოსაზრებას, საერთო

---

[48] ასევე, გამოსაყოფია *ICC-ს* მიერ *Prosecutor v. Katanga and Chui-ს* საქმეზე შემუშავებული ახალი ინსტიტუტი, როგორიც არის ე.წ. თანაამსრულებლობა სხვა პირის მეშვეობით (*co-perpetration of a crime through another person*), ან არაპირდაპირი (თანა)ამსრულებლობა *(indirect co-perpetration). ICC Prosecutor v. Al Bashir-ის* საქმეზე, ზემოთ აღნიშნული ამსრულებლობის სახეების გარდა, ასევე ამსრულებლობის ცალკე სახედ გამოყოფს თანაამსრულებლობას სხვა პირის მეშვეობით, იგივე არაპირდაპირ თანაამსრულებლობას. რისთვისაც, როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, *ალ ბაშირი* სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაში არის მიცემული. იხ. *Prosecutor v. Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, პარ. 210. არაპირდაპირ (თანა)ამსრულებლობას უფრო დაწვრილებით ქვემოთ შევეხებით.

[49] იხ. *Prosecutor v. Tadic*, Opinion and Judgement (ICTY-IT-94-1-T), Trial Chamber, 7 May 1997; *Prosecutor v. Tadic*, Judgement (ICTY-IT-94-1-A), Appeal Chamber, 15 July 1999.

[50] იხ. *Prosecutor v. Stakic*, Judgement (ICTY-IT-97-24-A), Appeal Chamber, 22 March 2006, პარ. 62; იხ. ასევე: *Hector Olasolo* - Developments in the distinction between principal and accessorial liability in light of the first case law of the International Criminal Court წიგნში: *Carsten Stahn* and *Goran Sluiter (ed.)* - The Emerging Practice of the International Criminal Court, Martinus Nijnoff, Leiden, 2009, გვ. 342-351; *მერაბ ტურავა* – დანაშაულის მოძღვრება, მერიდიანი, თბ., 2011, გვ. 57, პარ. 98.

ჯამში, სხვა ინტერპრეტაციით წარმოგვიდგენს თანაამსრულებლობის შინაარსს.

ICC თანაამსრულებლობას განმარტავს როგორც შემთხვევას, როდესაც კოორდინირებულ ადამიანთა დაჯგუფების კონტრიბუციის შედეგად, სახეზეა დანაშაულის ობიექტური ელემენტების რეალიზაცია, სადაც თითოეული მათგანი, როგორც ამსრულებელი მთლიანი დანაშაულისა, პასუხს აგებს სხვის მიერ განხორციელებული ქმედებებისათვის.[51]

ზემოთ აღნიშნულიდან გამომდინარე, *ICC* თანაამსრულებლობის დეფინიციურ კრიტერიუმს უკავშირებს ამსრულებლობის (ძირითადი პასუხისმგებლობის) და თანამონაწილეობის (დამატებითი პასუხისმგებლობის) განმასხვავებელ კრიტერიუმებს, როდესაც დანაშაული ჩადენილია რამდენიმე პირის მიერ.[52]

ძირითადი და დამატებითი პასუხისმგებლობების განსასხვავებლად *ICC-ძ* სამი კომპონენტი გამოყო. ეს არის დანაშაულზე კონტროლის კონცეფცია, ობიექტური მხარის ელემენტები და სუბიექტური მხარის ელემენტები.[53] მიმოვიხილოთ მათი რეგულაცია *ICC-ს* გადაწყვეტილებათა ჩარჩოებში.

2.2. დანაშაულზე კონტროლის კონცეფცია

ICC-ს პრეცედენტული სამართალი მხარს უჭერს რა ამსრულებლობის ფართო გაგებას, სადაც ის თავის თავში მოიცავს ორგანიზატორებისა და ლიდერების ფიზიკური მონაწილეობის გარეშე განხორციელებულ ქმედებებს, რომის სტატუტის 25(3)(a)-ე მუხლში *ძირითადი (principal liability)* და დამატებითი *(accessory liability)* პასუხისმგებლობების განსასხვავებლად, ყურადღებას ამახვილებს დანაშაულის კონტროლის ცნებაზე.[54]

დანაშაულზე კონტროლის კონცეფციასთან მიმართებაში, რომელიც მრავალ სამართლებრივ სისტემაშია აღიარებული,[55] *ICC* დასძენს: დანაშაულის ამსრულებლები არიან არა მხოლოდ ისინი, ვინც ფიზიკურად ახორციელებენ დანაშაულის ობიექტურ ელემენტებს, არამედ ისინი, ვინც კონტროლს ან საიდუმლო ლიდერობას უწევენ მის მსვლელობას, მიუხედავად იმისა, რომ დანაშაულის „მოქმედების ადგილიდან" არიან მოშორებული.[56] სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, აუცილებელი არ არის, რომ თითოეული მათგანი მოქმედებდეს ერთდროულად. *auctor intel-*

---

[51] იხ. *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 326; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 520.

[52] იხ. იქვე, პარ. 327.

[53] იხ. იქვე, პარ. 326-367, ზოგადად 326-330; *Prosecutor v. Lubanga*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, პარ. 919.

[54] იხ. იქვე, პარ. 326-341; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 480-486; *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 347; *Prosecutor v. Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, პარ. 210.

[55] იხ. *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 485.

[56] იხ. იქვე, პარ. 485; *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 330; *Prosecutor v. Lubanga*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, პარ. 920.

lectualis შესაძლებელია „დარჩეს სახლში, როდესაც სხვა ასრულებს მის შავ სამუშაოს".[57]

დანაშაულზე კონტროლის კონცეფციას თავის თავში მოიცავს, ასევე არა-პირდაპირი ამსრულებლობის პასუხისმგებლობა.

2.3. თანაამსრულებლობის ობიექტური ელემენტები

დანაშაულზე კონტროლის თეორიაზე დაფუძნებული თანაამსრულებლობის პასუხისმგებლობა გულისხმობს ორი ან მეტი პირის კოორდინირებულ მოქმედებას დანაშაულის ჩასადენად. აღნიშნულის სისრულეში მოსაყვანად, ისინი ინაწილებენ მათზე დაკისრებულ გარკვეულ ამოცანებს. დანაშაულის არც ერთ კონკრეტულ მონაწილეს არ გააჩნია საერთო კონტროლი დანაშაულზე, ვინაიდან თითოეული მათგანი დამოკიდებულია ერთმანეთზე, ისინი იზიარებენ კონტროლს დანაშაულზე და მათი პოზიციიდან გამომდინარე, მათზე დაკისრებული ამოცანების შეუსრულებლობით, შეუძლიათ გავლენა მოახდინონ დანაშაულის ჩადენაზე.[58]

ICC გამოყოფს თანაამსრულებლობის ობიექტური მხარის ორ აუცილებელ ელემენტს. ესენია:

1. ორ ან მეტ პირს შორის საერთო გეგმის, ან შეთანხმების არსებობა;

2. თითოეული თანაამსრულებლის მხრიდან კოორდინირებული არსებითი კონტრიბუცია, მიმართული დანაშაულის ობიექტური ელემენტების რეალიზაციისკენ.[59]

---

[57] იხ. *Harmen G. van der Wilt* - The Continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility, 7 *JICJ*, 2009, გვ. 310.

[58] იხ. *Prosecutor v. Stakic*, Judgement (ICTY-IT-97-24-T), Trial Chamber, 31 July 2003, პარ. 440; *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 342; *Prosecutor v. Lubanga*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, პარ. 922; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 521; *Prosecutor v. Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, პარ. 212.

[59] იხ. *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 343-348; *Prosecutor v. Lubanga*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, პარ. 924-925; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 522-526; *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 350.

2.3.1. ორ ან მეტ პირს შორის საერთო გეგმის ან შეთანხმების არსებობა

საერთო გეგმა ან შეთანხმება – ეს არის ორი აუცილებელი კრიტერიუმი აღნიშნული პირველი ობიექტური ელემენტისთვის.[60] *ICC-ს* წინასასამართლო პალატა *Prosecutor v. Lubanga-ს* საქმეზე განმარტავს, რომ საერთო გეგმა, რომელიც აუცილებლად „დანაშაულებრივი" უნდა იყოს, არ არის აუცილებელი პირდაპირ დანაშაულის ასრულებისკენ იყოს მიმართული. საკმარისია: 1) თანაამსრულებლები შეთანხმდნენ: ა) საერთო გეგმის განხორციელების დაწყებაზე, რომელიც მიმართულია არადანაშაულებრივი მიზნის ასრულებისკენ და ბ) დანაშაულის ჩადენაზე; 2) თანაამსრულებლებს ა) ჰქონდათ შეგნებული ის რისკი, რომ საერთო მიზნის რეალიზაცია (რომელიც კონკრეტულად მიმართულია არადანაშაულებრივი მიზნის ასრულებისკენ) აისახება დანაშაულის ამსრულებლობაზე და ბ) დათანხმდნენ ასეთ შედეგს.[61] თუმცა წინასასამართლო პალატა *Prosecutor v. Katanga and Chui-ს* საქმეზე, *Prosecutor v. Lubanga-სგან* განსხვავებით, დასძენს, რომ საერთო გეგმა დანაშაულის ჩადენისკენ უნდა იყოს მიმართული.[62]

ICC შეთანხმებისთვის მყარ მოთხოვნად არ აყენებს მის არსებობას ზუსტი, დაწერილებითი ფორმით, ის, შესაძლებელია, თანაამსრულებელთა შეთანხმებული ქმედებებიდან იქნეს გამოტანილი.[63]

2.3.2. თითოეული თანაამსრულებლის მხრიდან კოორდინირებული არსებითი კონტრიბუცია, მიმართული დანაშაულის ობიექტური ელემენტების რეალიზაციისკენ

მეორე აუცილებელ მოთხოვნად *ICC* განსაზღვრავს რა თითოეული თანაამსრულებლის მხრიდან დანაშაულში კოორდინირებულ არსებით კონტრიბუციას, აღნიშნავს, რომ ეს უნდა იყოს მიმართული დანაშაულის ობიექტური ელემენტების რეალიზაციისაკენ.[64] როდესაც დანაშაულის ობიექტური ელემენტები

---

[60] იხ. იქვე, პარ. 343; *Prosecutor v. Stakic*, Judgement (ICTY-IT-97-24-T), Trial Chamber, 31 July 2003, პარ. 470-477; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 522-523; *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 350; აღსანიშნავია, რომ პირველ ობიექტურ ელემენტს *თომას ვაიგენდი* თავის ნაშრომში, როგორც თანაამსრულებლობის სუბიექტურ ელემენტს, ისე მოიხსენიებს. იხ. *Thomas Weigend* - Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the *Lubanga* Decision on Confirmation of Charges, 6 *JICJ*, 2008, გვ. 482-483.

[61] იხ. იქვე, პარ. 344.

[62] იხ. *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 523; იხ. ასევე: *Elies Van Sliedregt* - Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2012, გვ. 100.

[63] იხ. *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 345; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 523.

[64] იხ. იქვე, პარ. 346-348; *Prosecutor v. Stakic*, Judgement (ICTY-IT-97-24-T), Trial Chamber,

შესრულებულია საერთო გეგმის ფარგლებში მოქმედი რამდენიმე პირის მიერ, *ICC* დასძენს, რომ დანაშაულზე კონტროლი აქვთ მხოლოდ იმათ, რომლებზეც მიწერილია არსებითი ამოცანები და შედეგად, აქვთ ძალაუფლება, მასზე დაკისრებული ამოცანების შეუსრულებლობით გავლენა მოახდინონ დანაშაულის ამსრულებლობაზე.[65]

სუბიექტურ ელემენტებს, მისი საერთო სახით ჩამოყალიბების მიზნით, ნაშრომის ბოლოს დავუბრუნდებით, ახლა მიმოვიხილოთ არაპირდაპირი ამსრულებლობის რეგულაცია *ICC-ში*.

3. არაპირდაპირი ამსრულებლობა

3.1. ზოგადი მიმოხილვა

არაპირდაპირი ამსრულებლობის კონცეფცია, რომელიც იურიდიულ ლიტერატურაში, როგორც „სავარძელში მსხდომ მკვლელებზე საერთაშორისო სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელების იდეალურ შესაძლებლობად" არის მოხსენიებული,[66] *ICC-ს* მიერ ობიექტურ ელემენტებზე ყურადღების გამახვილებით კონკრეტულად *Prosecutor v. Katanga and Chui-ს* საქმეზე არის ფართოდ გაშლილი. ასევე ჩამოყალიბებულია, ე.წ. არაპირდაპირი (თანა)ამსრულებლობის (თანაამსრულებლობა სხვა პირის მეშვეობით) ინსტიტუტი, რომელსაც *ICC Prosecutor v. Al Bashir-ის* საქმეზეც პასუხისმგებლობისათვის მთავარ იარაღად იყენებს.

არაპირდაპირი ამსრულებლობის ინსტიტუტი მსოფლიოს მრავალ სამართლებრივ სისტემაში კარგად გამოყენებადი სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის სახეა, სადაც შუალობითი ამსრულებელი იყენებს უშუალო ამსრულებელს, როგორც იარაღს დანაშაულის ჩასადენად. არაპირდაპირი ამსრულებლობის შინაარსის განმარტებისას, *ICC* ავითარებს *კლაუს როქსინის* მიერ შემუშავებულ დოქტრინას, „ამსრულებელი ამსრულებლის უკან" (*perpetrator behind perpetrator* (ინგ.), *Täter hinter dem Täter (გერმ.)*,[67] სადაც არაპირდაპირ ამსრულებელზე,

---

31 July 2003, პარ. 478-491; *Prosecutor v. Katanga* and Chui, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 524-526; *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 350.

[65] იხ. იქვე, პარ. 347; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 525.

[66] იხ. *Gerhard Werle* and *Boris Burghardt* - Indirect Perpetration: A Perfect Fit for International Prosecution of Armchain Killers?, 9 *JICJ*, 2011, გვ. 85.

[67] იხ. *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 496-497, ICC-ს წინასასამართლო პალატის მიერ ციტირებულია: *Claus Roxin* - Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, Goltdammer's Archiv für Srafrecht, 1963, გვ. 193-207; ინგლისური ვერსია იხ. *Claus Roxin* - Crimes as Part of Orginized Power Structures, 9 *JICJ*, 2011, გვ. 193-205; აღნიშნული ნაშრომის გამოქვეყნების შემდგომ, *კლაუს როქსინის* თეორია, აღიარებულ

პირდაპირ ამსრულებელთან ერთად, ხდება ინდივიდუალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრება. პირდაპირ ამსრულებელზე დანაშაულის სუბიექტური და ობიექტური ელემენტების ასრულებისათვის და არაპირდაპირ ამსრულებელზე – დანაშაულზე კონტროლისათვის პირდაპირი ამსრულებლის ნებაზე კონტროლის მეშვეობით. ამსრულებელი ამსრულებლის უკან არის პასუხისმგებელი, გამომდინარე იქიდან, რომ ის ახორციელებს კონტროლს პირდაპირი ამსრულებლის ნებაზე.[68]

ICC რომის სტატუტის ფარგლებში ავითარებს „ორგანიზაციაზე კონტროლის" (*control over the an organization (ინგ.); Organisationsherrschaft (გერმ.)* ცნებას, სადაც ამსრულებელი ამსრულებლის უკან დანაშაულს სჩადის ორგანიზაციაზე კონტროლის მეშვეობით.[69] განვიხილოთ, რა ფორმით ამკვიდრებს *ICC* ზემოთ აღნიშნული გერმანული თეორიის შინაარსს რომის სტატუტის ფარგლებში.

3.2. არაპირდაპირი ამსრულებლობის ობიექტური ელემენტები

ICC არაპირდაპირი ამსრულებლობისათვის სამ აუცილებელ ობიექტურ ელემენტს გამოყოფს. ესენია:

1. ორგანიზაციაზე კონტროლი;
2. ორგანიზებული და იერარქიული ძალაუფლების აპარატის არსებობა;
3. დანაშაულის ასრულება, უზრუნველყოფილი ბრძანებაზე „ავტომატური" თანხმობის მეშვეობით.

3.2.1. ორგანიზაციაზე კონტროლი

ICC უთითებს სამ მიზეზს, თუ რატომ ეყრდნობა ის ორგანიზაციაზე კონტროლის ცნებას და შემდგომში ავითარებს მას.[70]

პირველი მიზეზის თანახმად, ორგანიზაციაზე კონტროლის კონცეფცია ისედაც იგულისხმება რომის სტატუტის შინაარსში, გამომდინარე იქიდან, რომ

იქნა გერმანიის ფედერალური სასამართლოს *(Bundesgerichtshof)* მიერ. ამასთან დაკავშირებით დაწვრილებით იხ. *Thomas Weigend* - Perpetration through an Organization, The Unexpected Career of a German Legal Concept, 9 *JICJ*, 2011, გვ. 94-99; დოქტრინის კრიტიკასთან მიმართებაში იხ. იქვე, გვ. 99-101.

[68] იხ. იქვე, პარ. 496-497.

[69] იხ. იქვე, პარ. 498, *ICC-ს* წინასასამართლო პალატის მიერ ციტირებულია: *Claus Roxin* - Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, Goltdammer's Archiv für Srafrecht, 1963, გვ. 193-207; ინგლისური ვერსია იხ. *Claus Roxin* - Crimes as Part of Orginized Power Structures, 9 *JICJ*, 2011, გვ. 193-205; *Organisationsherrschaft-თან* მიმართებაში იხ. ასევე: *Kai Ambos* - Individual Criminal Responsibility (Article 25) წიგნში: *Otto Triffierer (ed.)* - Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, C.H.Beck.hart.Nomos., München, 2nd ed., 2008, გვ. 750-752.

[70] იხ. იქვე, პარ. 500.

საერთაშორისო დანაშაულები, რომლებიც საფრთხეს უქმნიან მსოფლიოს მშვიდობას, უსაფრთხოებასა და კეთილდღეობას, ყოველთვის მოიცავს თავის თავში კოლექტიურობას და მასობრივ დანაშაულებრიობას, ანუ ორგანიზაციაზე კონტროლს.[71]

მეორე მიზეზის თანახმად, ორგანიზაციაზე კონტროლის კონცეფცია ხშირად გამოიყენება ნაციონალურ სამართლებრივ სისტემებში იმ მიზნით, რომ პასუხისმგებლობა დააკისრონ ხელისუფლების მაღალ თანამდებობის პირებს ორგანიზაციის ფარგლებში, როგორც ამსრულებლობისათვის და არა თანამონაწილეობისათვის.[72]

მესამე მიზეზი – ეს არის ის, რომ ორგანიზაციაზე კონტროლი უკვე იყო საერთაშორისო სისხლის სამართლში გამოყენებული საერთაშორისო ტრიბუნალების ფარგლებში.[73] აქ სასამართლო უპირველესად ყურადღებას ამახვილებს *Prosecutor v. Stakic-ის* საქმეზე, როდესაც *ICTY* ცდილობდა თანააშრულებლობის თეორიის განვითარებას *JCE-ს* სანაცვლოდ.[74] ამ საკითხზე ჩვენ ზემოთ გვქონდა საუბარი.

3.2.2. ორგანიზებული და იერარქიული ძალაუფლების აპარატის არსებობა

ICC არაპირდაპირი ამსრულებლობისათვის ობიექტური ელემენტის აუცილებელ მეორე მოთხოვნად ორგანიზებული და იერარქიული ძალაუფლების აპარატის არსებობას ასახელებს. მისი აზრით, ორგანიზაცია უნდა იყოს დაფუძნებული იერარქიულ ურთიერთობაზე მეთაურსა და ხელქვეითს შორის. ორგანიზაცია უნდა დაკომპლექტდეს მნიშვნელოვანი ხელქვეითებით, რომ იყოს გარანტია მეთაურის ბრძანების აღსრულებისა ერთი ამსრულებლის მიერ თუ არა, მეორისგან მაინც.[75] ლიდერმა უნდა გამოიყენოს თავისი კონტროლი აპარატზე დანაშაულის აღსასრულებლად, რაც ნიშნავს იმას, რომ ლიდერი, როგორც ამსრულებელი ამსრულებლის უკან, მობილიზებას უკეთებს თავის ძალაუფლებას ორგანიზაციის მეშვეობით, რომ მისი ბრძანებებით უზრუნველყოს თანხმობა. თანხმობა უნდა მოიცავდეს ყველა იმ დანაშაულის ჩადენას, რომელიც გათვალისწინებულია *ICC-ს* იურისდიქციით.[76]

---

[71] იხ. იქვე, პარ. 501; იხ. ასევე: რომის სტატუტის პრეამბულა.

[72] იხ. იქვე, პარ. 504-505.

[73] იხ. იქვე, პარ. 506-დან.

[74] იხ. იქვე, პარ. 506, იხ. ასევე: *Prosecutor v. Stakic*, Judgement (ICTY-IT-97-24-T), Trial Chamber, 31 July 2003, პარ. 439.

[75] იხ. იქვე, პარ. 512.

[76] იხ. იქვე, პარ. 514, *ICC-ს* წინასასამართლო პალატის მიერ ციტირებულია: *Claus Roxin* - Täterschaft und Tatherrschaft, de Grueter, Berlin, 8th ed, 2006, გვ. 245 და გერმანიის ფედერალური სასამართლოს გადაწყვეტილება BGHSt. 40,218,236, იხ. ასევე: *Prosecutor v. Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, პარ. 211.

3.2.3. დანაშაულის ასრულება, უზრუნველყოფილი ბრძანებაზე „ავტომატური" თანხმობის მეშვეობით

ორგანიზებული და იერარქიული აპარატი უფლებას აძლევს ლიდერს, უზრუნველყოს დანაშაულის აღსრულება. მისი მეშვეობით ის იყენებს ხელქვეითებს, როგორც „უბრალო მექანიზმს გიგანტურ მანქანაში" იმ მიზნით, რომ შესრულდეს მისი ბრძანებები „ავტომატურად".[77] ამ ორგანიზაციების ძირითადი მახასიათებელი ნიშანი – ეს არის მექანიზმი, რომელიც აძლევს საშუალებას მაღალ პოზიციებზე მდგომ პირებს, თავისი ბრძანებებით ავტომატური თანხმობა უზრუნველყონ. აღნიშნული ორგანიზაცია ავითარებს ისეთ გარემოს, სადაც არაფერი იცვლება მისი წევრების შეცვლით. ის ფუნქციონირებს, მიუხედავად ამსრულებლის პიროვნებისა.[78] აღნიშნულის გარდა, ორგანიზაციისათვის დამახასიათებელია ავტომატური თანხმობა, ინტენსიური, მკაცრი და ძალადობრივი რეჟიმების საფუძველზე შექმნილ აპარატზე კონტროლის მეშვეობით.[79]

4. თანაამსრულებლობა სხვა პირის მეშვეობით (არაპირდაპირი (თანა) ამსრულებლობა)

ამსრულებლობის აღნიშნული ფორმა წარმოადგენს რომის სტატუტის 25(3)(a)-ე მუხლის, ამსრულებლობის მეორე და მესამე ფორმების, თანაამსრულებლობისა და არაპირდაპირი ამსრულებლობის კომბინაციას. პასუხისმგებლობის ეს ფორმა, *Prosecutor v. Katanga and Chui-ს* საქმეზე, ზემოთ აღნიშნულ, არაპირდაპირი ამსრულებლობის პასუხისმგებლობის ფორმასთან ერთად, გარკვეულწილად დაფუძნებულ იქნა რომის სტატუტში.[80]

---

[77] იხ. იქვე, პარ. 515, *ICC-ს* წინასასამართლო პალატის მიერ ციტირებულია: *Claus Roxin* - Täterschaft und Tatherrschaft, de Grueter, Berlin, 8th ed, 2006, გვ. 245.

[78] იხ. იქვე, პარ. 516-517.

[79] იხ. იქვე, პარ. 518.

[80] იხ. იქვე, პარ. 487-539; აღნიშნულთან მიმართებაში, *Prosecutor v. Katanga and Chui-ს* საქმეზე დაცვის მხარემ აღნიშნა, რომ არაპირდაპირი (თანა)ამსრულებლობის ფორმას რომის სტატუტის 25(3)(a)-ე მუხლი არ მოიცავდა თავის თავში, გამომდინარე იქიდან, რომ მუხლში საუბარია ამსრულებლობაზე *სხვა პირთან ერთად, ან სხვა პირის მეშვეობით.* არაპირდაპირი (თანა)ამსრულებლობა კი შესაძლებელი იქნებოდა, რომ ყოფილიყო შემდეგი შინაარსი: „სხვა პირთან ერთად და სხვა პირის მეშვეობით". *ICC-ძ* უარყო დაცვის მხარის მოსაზრება. პალატის აზრით, კონსტრუქცია „ან", თავის თავში მოიცავს ორ მნიშვნელობას. პირველი – ეს არის მსუბუქი, ინკლუზიური გაგება, სადაც შესაძლებელია ამსრულებლობა როგორც „სხვა პირთან ერთად", ან „სხვა პირის მეშვეობით" და ორივე ფორმით. მეორე – ეს არის ძლიერი, ექსკლუზიური გაგება, სადაც შესაძლებელია ამსრულებლობა „სხვა პირთან ერთად", ან „სხვა პირის მეშვეობით" და არა ორივე ფორმით. პალატის აზრით, რომის სტატუტის 25(3)(a)-ე მუხლი თავის თავში მოიცავს „ან" კონსტრუქციის მსუბუქ, ინკლუზიურ გაგებას, რაც ნიშნავს იმას, რომ არაპირდაპირი (თანა)ამსრულებლობა დასაშვებია მის შინაარსში. იხ. *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 490-491; არაპირდაპირ (თანა) ამსრულებლობასთან მიმართებაში იხ. ასევე: *Thomas Weigend* - Perpetration through an Organization, The Unexpected Career of a German Legal Concept, 9 *JICJ*, 2011, გვ. 110-111; *Elies Van*

არაპირდაპირი (თანა)ამსრულებლობისთვის, რომის სტატუტის 25(3)(a)-ე მუხლის ფარგლებში, სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაშია მიცემული *ICC-ს* მიერ *ალ ბაშირი*. ის, როგორც სუდანის პრეზიდენტი და სამხედრო ძალების მთავარსარდალი, სხვა მაღალი რანგის სუდანელ პოლიტიკოსებსა და სამხედრო ლიდერებთან ერთად, სუდანის სამხედრო და სახელმწიფოს აპარატში შემავალი სხვა ძალების მეშვეობით, არსებითად მონაწილეობდა საერთო გეგმის იმპლემენტაციაში. საერთო გეგმა დარფურში მცხოვრები სხვადასხვა ეთნიკურ ჯგუფზე უკანონო თავდასხმაში მდგომარეობდა.[81]

5. სუბიექტური ელემენტები

ICC Prosecutor v. Lubanga-ს საქმეზე აყალიბებს თანაამსრულებლობის სუბიექტურ ელემენტებს, ხოლო *Prosecutor v. Katanga and Chui-ს* საქმეზე იძლევა არაპირდაპირი (თანა)ამსრულებლობის ნაწილობრივ განსხვავებულ ინტერპრეტაციას. თუმცა, სუბიექტურ ელემენტებთან მიმართებაში, საინტერესოა *Prosecutor v. Bemba-ს* საქმე, რომელიც გარკვეულწილად ნოვაციური ინტერპრეტაციით წარმოგვიდგენს მის სტრუქტურას. აღნიშნული საქმეების ფარგლებში მიმოვიხილოთ ამსრულებლობის სუბიექტური ელემენტების რეგულაცია რომის სტატუტში. *ICC* აუცილებელ სუბიექტურ ელემენტებს სამი სახით გამოყოფს. ესენია:

1. ბრალდებულის მხრიდან იმ აუცილებელი სუბიექტური ელემენტების ასრულება, რომელიც მის მიერ განხორციელებული დანაშაულის მიმართ არის გათვალისწინებული;

2. ბრალდებულებს უნდა ჰქონდეთ შეგნებული, რომ საერთო გეგმის ასრულებას „შეიძლება შედეგად მოჰყვეს" (ან „შედეგად მოჰყვება")[82] დანაშაულის ობიექტური მხარის ელემენტების რეალიზაცია და დათანხმდეს ასეთი მოვლენის განვითარებას;

3. ბრალდებულის მხრიდან იმ ფაქტობრივი გარემოებების შეგნება, რომელიც მას საშუალებას აძლევს, სხვასთან ერთად ჰქონდეს დანაშაულზე კონტროლი.[83]

Sliedregt - Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2012, გვ. 157-170; *გიორგი დგებუაძე* – არაპირდაპირი (თანა)ამსრულებლობის დოქტრინა საერთაშორისო სისხლის სამართალში, 3(34) მართლმსაჯულება და კანონი, 2012, გვ. 91-101.

[81] იხ. *Prosecutor v. Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, პარ. 216,221-223; *ალ ბაშირის* საქმესთან დაკავშირებით იხ. ასევე: *Jessberger* and *Julia Geneuss* - On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir, 6 *JICJ*, 2008, გვ. 853-869.

[82] *ICC Prosecutor v. Lubanga-ს* საქმეზე ამ ელემენტთან მიმართებაში აღნიშნავს, რომ საერთო გეგმის ასრულებას, *„შეიძლება შედეგად მოჰყვეს" (may)* დანაშაულის ობიექტური მხარის ელემენტების რეალიზაცია, ხოლო *Prosecutor v. Bemba-ს* საქმეზე საერთო გეგმის ასრულებას *„შედეგად მოჰყვება" (will)* დანაშაულის ობიექტური მხარის ელემენტების რეალიზაცია. იხ. *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 361; *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 370.

[83] იხ. იქვე, პარ. 349-367; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 527-538; *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 352-371.

5.1. ბრალდებულის მხრიდან იმ აუცილებელი სუბიექტური ელემენტების ასრულება, რომელიც მის მიერ განხორციელებული დანაშაულის მიმართ არის გათვალისწინებული

რომის სტატუტის 30-ე მუხლი სუბიექტური ელემენტის ზოგად მოთხოვნად ყველა დანაშაულის მიმართ სამ ელემენტს ასახელებს. ეს არის „თუ სხვაგვარად არ არის გათვალისწინებული" ელემენტი, განზრახვა და შეგნებულობა.[84]

„თუ სხვაგვარად არ არის გათვალისწინებული" ელემენტის შინაარსის გასააზრებლად რომის სტატუტისა და დანაშაულის ელემენტების რეგულაციით უნდა შემოვიფარგლოთ, რაც ნიშნავს იმას, რომ დანაშაულის მატერიალური ელემენტები[85] ჩადენილია განზრახვითა და შეგნებულობით, თუ რომის სტატუტითა და დანაშაულის ელემენტებით სხვა რამე არ არის გათვალისწინებული კონკრეტული დანაშაულისათვის.[86]

რომის სტატუტის 30-ე მუხლში განზრახვისა და შეგნებულობის შინაარსს, *ICC* ლათინური ტერმინის გამოყენებით, *dolus-ის* კონსტრუქციით გადმოგვცემს, რომელიც 30(2)(3)-ე მუხლის ფარგლებში ვოლუნტატიური და კოგნიტიური ელემენტების არსებობას მოითხოვს. *ICC-ს* პრაქტიკა მიუთითებს, რომ არსებობს *dolus-ის* სამი ფორმა. ესენია: პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვა *(dolus directus in the first degree)*, მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვა *(dolus*

---

[84] იხ. რომის სტატუტის 30-ე მუხლი:

1. თუ სხვაგვარად არ არის გათვალისწინებული, პირს ეკისრება სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა და დაისჯება სასამართლოს იურისდიქციაში შემავალი დანაშაულისთვის მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ობიექტური მხარისათვის დამახასიათებელი ნიშნებით იგი ჩადენილი იყო განზრახ და შეგნებულად.

2. ამ მუხლის მიზნებისთვის პირს აქვს განზრახვა:

(a) ქმედების მიმართ, თუ ის აპირებს ამ ქმედების ჩადენას;

(b) შედეგის მიმართ, თუ ის აპირებს გამოიწვიოს ეს შედეგი ან გაცნობიერებული აქვს, რომ ის დადგება მოვლენების ჩვეულებრივი განვითარების შემთხვევაში.

3. შეგნებულად ნიშნავს იმის გაცნობიერებას, რომ გარემოება არსებობს ან შედეგი დადგება მოვლენების ჩვეულებრივი განვითარების შემთხვევაში. „ცოდნა" და „შეგნება" უნდა განიმარტოს შესაბამისად.

[85] დანაშაულის ობიექტური (მატერიალური) ელემენტების ზოგადი მოთხოვნა, რომის სტატუტის 30(2)(3)-ე მუხლის მიხედვით, ეს არის ქმედება, შედეგი და გარემოება. იხ. *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 353; საინტერესოა, რომ *ICC* ობიექტურ და სუბიექტურ ელემენტებს, როგორც *materlial element* და *mental element* ისე აღნიშნავს, *ICTY* და *ICTR-სგან* განსხვავებით, რომელიც ანგლოამერიკულ ტერმინებს *actus reus* და *mens rea-ს* იყენებს. იხ. *Elies Van Sliedregt* - Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2012, გვ. 39; იხ. ასევე: რომის სტატუტის 30-ე მუხლის სათაური.

[86] „თუ სხვაგვარად არ არის გათვალისწინებული" ელემენტთან მიმართებაში იხ. *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 353-354; იხ. ასევე: *William A. Schabas* - The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford University Press, Oxford, 2010, გვ. 474-475; *Gerhard Werle* and *Florian Jessberger* - Unless Otherwise Provided: Article 30 of the *ICC* and the Mental Elements of Crimes under International Criminal Law, 5 *JICJ*, 2005, გვ. 35-55.

directus in the second degree) და ევენტუალური განზრახვა *(dolus eventualis)*.[87] *ICC* დასძენს, რომ რომის სტატუტის 30(2)(3)-ე მუხლი მოიცავს *dolus-ის* ორ ფორმას. ეს არის პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვა და მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვა.[88]

პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვა – ეს არის ბრალდებულის მხიდან იმის ცოდნა, რომ მისი მოქმედება თუ უმოქმედობა გამოიწვევს დანაშაულის ობიექტური ელემენტების შესრულებას და აღნიშნულის უზრუნველსაყოფად, კონკრეტული განზრახვით, თავის თავზე იღებს მოქმედებებისა თუ უმოქმედობების შესრულებას.[89] ანუ, ვოლუნტატიური ელემენტი წარმოდგენილია, როგორც ბრალდებულის მიზანდასახული სურვილი აკრძალული შედეგის მისაღწევად.[90]

მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვა – ეს არის სიტუაციები, რომლებშიც ბრალდებულს დანაშაულის ობიექტური ელემენტების ასრულების კონკრეტული განზრახვის გარეშე, შეგნებული აქვს, რომ ამგვარი ელემენტები მისი მოქმედებისა თუ უმოქმედობის აუცილებელი შედეგი იქნება. ე.ი. ბრალდებულს გაცნობიერებული აქვს, რომ ეს შედეგი გამოწვეული იქნება მოვლენების ჩვეულებრივი განვითარების შემთხვევაში (რომის სტატუტის 30(2)(b)-ე მუხლი).[91] აქ ვოლუნტატიური ელემენტი არსებითად იკლებს და კოგნიტიური ელემენტი იკავებს ადგილს, ანუ სახეზეა შეგნება, რომ მისი მოქმედებები თუ უმოქმედობები გამოიწვევს არასასურველ აკრძალულ შედეგს.[92]

ICC ასევე დასძენს, რომ ბრალდებულმა უნდა შეასრულოს იმ დანაშაულის სუბიექტური ელემენტები, რომლისთვისაც ის იქნა სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაში მიცემული, აუცილებელი სპეციალური განზრახვის *(dolus specialis)* ჩათვლით.[93]

dolus eventualis-ის მსგავს ტერმინებს სხვადასხვა დროსა და სამართლებრივ სისტემებში სხვადასხვა დამატებითი მნიშვნელობები აქვს შეძენილი და სხვადასხვა სამართლებრივ სისტემაში აღნიშნული ლათინური სახელწოდება განსხვავებული შინაარსით გამოიყენებოდა.[94] *ICC-მ Prosecutor v. Lubanga-ს*

---

[87] იხ. იქვე, პარ. 363; *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 352; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 530.

[88] იხ. იქვე, პარ. 358.

[89] იხ. იქვე, პარ. 357; *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 351; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 529.

[90] იხ. იქვე, პარ. 358; პირველი ხარისხის პირდაპირ განზრახვასთან მიმართებაში იხ. ასევე: *მერაბ ტურავა* – დანაშაულის მოძღვრება, მერიდიანი, თბ., 2011, გვ. 271-278.

[91] იხ. იქვე, პარ. 359; *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 352; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 530.

[92] იხ. იქვე; მეორე ხარისხის პირდაპირ განზრახვასთან მიმართებაში იხ. ასევე: *მერაბ ტურავა* – დანაშაულის მოძღვრება, მერიდიანი, თბ. 2011, გვ. 279-280.

[93] იხ. იქვე, პარ. 354; *Prosecutor v. Stakic*, Judgement (ICTY-IT-97-24-T), Trial Chamber, 31 July 2003, პარ. 495; *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 349; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 527.

[94] იხ. *Thomas Weigend* - Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the *Lubanga* Decision on

საქმეზე სცადა *dolus eventualis-ის* წაკითხვა რომის სტატუტის 30-ე მუხლის შინაარსში,[95] თუმცა ის უგულებელყოფილ იქნა *Prosecutor v. Bemba-ს* საქმეზე, სადაც *ICC-ს* წინასასამართლო პალატამ განაცხადა, რომ *dolus-ის* მესამე ფორმას, *dolus eventualis-ს*, ანგლოამერიკული სამართლის სისტემის *recklessness-ის* მონათესავე კონცეფციას,[96] ან პასუხისმგებლობის სხვა დაბალ დონეს, რომის სტატუტის 30-ე მუხლის ფორმულირება და მისი პროექტი არ ითვალისწინებდა.[97]

რომის სტატუტის შექმნის მოლაპარაკებების პროცესში არც ერთ მონაწილეს არ სურდა, რომ მუხლის პროექტში ჩადებულიყო პასუხისმგებლობის ზუსტი სახე. გარკვეული აზრთა სხვადასხვაობა არსებობდა პასუხისმგებლობის ისეთი ორი ფორმის მიმართ, როგორიცაა *negligence-ი* და *recklessness-ი*.[98] სათანადო კომპრომისის შედეგად ჩამოყალიბდა 30-ე მუხლი: „თუ სხვანაირად არ არის გათვალისწინებული" კონსტრუქცია და მატერიალური ელემენტების ჩადენის შესაძლებლობა განზრახვითა და შეგნებულობით.[99] რომის კონფერენციაზე, *dolus eventualis* და მისი ანგლოამერიკული სამართლის სისტემის მონათესავე *recklessness* საერთო კონსენსუსის შედეგად იქნა ამოღებული.[100] აღნიშნულ დასკვნამდე მივიდა წინასასამართლო პალატაც *Prosecutor v. Bemba-ს* საქმეზე, *travaux preparatoires* მოლაპარაკებების გადახედვის შემდეგ.[101]

წინასასამართლო პალატა განმარტავს თავის გადაწყვეტილებას. იგი გამოტანილ იქნა 30(2)(b)-ე მუხლის შემდეგი შინაარსიდან: *ამ მუხლის მიზნებისათვის პირს აქვს განზრახვა, თუ ის აპირებს გამოიწვიოს ეს შედეგი ან გაცნობიერებული აქვს, რომ ის დადგება მოვლენების ჩვეულებრივი განვითარების შემთხვევაში.*

წინასასამართლო პალატა მიიჩევს, რომ ლიტერატურული ინტერპრეტაციით სიტყვებისა: „*შედეგი დადგებოდა*", ეს ნიშნავს იმას, რომ ის გარდაუვლად მოსალოდნელია. თუ ამას დავამატებთ სიტყვებს: „*მოვლენების ჩვეულებრივი განვითარების შემთხვევაში*", ანუ, „*შედეგი დადგებოდა მოვლენების ჩვეულებრივი განვითარების შემთხვევაში*", ნიშნავს, რომ შედეგის დადგომის აუცილებელი სტანდარტი ახლოს არის უდავო მოსალოდნელობასთან. ამასთან მიმართებაში, პალატა ამ სტანდარტს განსაზღვრავს, როგორც „ვირტუალურ უდავო მოსა-

Confirmation of Charges, 6 *JICJ*, 2008, გვ. 482.

[95] იხ. *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 352-356.

[96] იხ. *William A. Schabas* - The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford University Press, Oxford, 2010, გვ. 476.

[97] იხ. *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 360.

[98] *dolus eventualis, recklessness* და *negligence-ის* შესახებ დაწვრილებით იხ. *მერაბ ტურავა* – დანაშაულის მოძღვრება, მერიდიანი, თბ., 2011, გვ. 280-309.

[99] იხ. *Roger S. Clark* - Drafting a General Part to a Penal Code: Some Thoughts Inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court's First Substantive Law Discussion in the Lubanga Dyilo Confirmation Proceedings, 19 *CLF*, 2008, გვ. 525-526.

[100] იხ. იქვე, გვ. 529.

[101] იხ. *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 366.

ლოდნელობას", ან „პრაქტიკულ უდავო მოსალოდნელობას", რომ შედეგი იქნება სახეზე, მოულოდნელი და გაუთვალისწინებელი ჩარევის, „ინტერვენციის" გამორიცხვით, რომელიც თავიდან აიცილებდა შედეგს.[102]

ეს სტანდარტი უდავოდ უფრო მაღალია, ვიდრე *dolus eventualis-თვის* დადგენილი სტანდარტი, რომელიც, წინასასამართლო პალატის აზრით, არის არასასურველი შედეგის გათვალისწინება, როგორც ნაკლებად მოსალოდნელი, ან შესაძლებელი. წინასასამართლო პალატის აზრით, რომის სტატუტის შემქმნელებს რომ სდომებოდათ *dolus eventualis-ის* 30-ე მუხლში ჩადება, ისინი შეიტანდნენ შემდეგი შინაარსის წინადადებას: *„შეიძლება დამდგარიყო*[103] *მოვლენების ჩვეულებრივი განვითარების შემთხვევაში"*.[104]

შეგნებულობა სახეზეა, როდესაც პირს შეგნებული აქვს დანაშაულის გარემოება, ან შედეგი. შეგნებულობის ნათელი მაგალითია რომის სტატუტის მე-7(1) მუხლი, ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაული, სადაც ამსრულებელს გააჩნია „შეგნებულობა" ფართომასშტაბიანი ან სისტემატური თავდასხმების მიმართ, რომელიც მიმართულია სამოქალაქო მოსახლეობისადმი.[105]

---

[102] იხ. იქვე, პარ. 362.

[103] აქ პალატა, შედეგს, ალბათობის ხარისხში განიხილავს, ანუ მის მიერვე აღნიშნული *dolus eventualis-ის* შინაარსის ჩარჩოებში.

[104] იხ. *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 363; *კაი ამბოსი*, რომელიც არ ემხრობა წინასასამართლო პალატის გადაწყვეტილებას, მიიჩნევს, რომ 30(2)(b)-ე მუხლის შინაარსი არ ითვალისწინებს შედეგის უდავოდ დადგენის შესაძლებლობას. ის აღნიშნავს, რომ *dolus eventualis-ის* (რომელსაც ის, ასევე *„პირობადებულ განზრახვას"-აც* უწოდებს) დროს, ამსრულებელს არ აქვს შეგნებული, ისევე, როგორც რომის სტატუტის 30(2)(b)-ე მუხლის შინაარსში, რომ *შედეგი დადგებოდა მოვლენების ჩვეულებრივი განვითარების შემთხვევაში*, მისი აზრით, ეს შემთხვევა მოიცავს, ასევე *recklessness-საც*. დაწვრილებით იხ. *Kai Ambos* - Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision, 22 Leiden Journal of International Law, 2009, გვ. 718-719; იხ. ასევე: *Kai Ambos* - General Principles of Criminal Law in the Rome Statute, 10 *CLF*, 1999, გვ. 21-22.

[105] შეგნებულობასთან მიმართებაში, დაწვრილებით იხ. *William A. Schabas* - The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, Oxford University Press, Oxford, 2010, გვ. 478; ზოგადად სუბიექტურ ელემენტებთან მიმართებაში იხ. ასევე: *William A. Schabas* - An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, Cambridge, 4th ed., 2011, გვ. 235-238.

5.2. ბრალდებულს უნდა ჰქონდეს შეგნებული, რომ საერთო გეგმის ასრულებას „შეიძლება შედეგად მოჰყვეს" (ან „შედეგად მოჰყვება") დანაშაულის ობიექტური მხარის ელემენტების რეალიზაცია და დათანხმდეს ასეთი მოვლენის განვითარებას

აღნიშნულ ელემენტს *ICC* აუცილებელი რამდენიმე კომპონენტის ჩამოყალიბებით წარმოგვიდგენს: 1) ბრალდებულებს ერთობლივად უნდა ჰქონდეთ შეგნებული, რომ საერთო გეგმის ასრულებას „შეიძლე შედეგად მოჰყვეს" (ან „შედეგად მოჰყვება") დანაშაულის ობიექტური ელემენტების რეალიზაცია; 2) ისინი ახორციელებენ ქმედებებს, მიზანმიმართული განზრახვით, რათა გამოიწვიონ დანაშაულის მატერიალური ელემენტები, ან შეგნებული აქვთ ის ფაქტი, რომ მოვლენების ჩვეულებრივი განვითარების შემთხვევაში, მატერიალური ელემენტების შესრულება, მათი ქმედებების თანამდევი შედეგი იქნება.[106]

ICC Prosecutor v. Katanga and Chui-ს საქმეზე, არაპირდაპირი (თანა)ამსრულებლობისათვის დამატებით განისაზღვრა, ასევე მესამე ელემენტიც, რომელიც მდგომარეობს ბრალდებულების მხრიდან იმ ფაქტობრივი გარემოებების შეგნებაში, რომლებიც აძლევს მათ საშუალებას განახორციელონ დანაშაულზე კონტროლი სხვა პირის მეშვეობით.[107]

5.3. ბრალდებულის მხრიდან იმ ფაქტობრივი გარემოებების შეგნება, რომელიც აძლევს მას საშუალებას, სხვასთან ერთად ჰქონდეს დანაშაულზე კონტროლი

აღნიშნული სუბიექტური მხარის კრიტერიუმი,[108] რომელიც გარკვეულწილად უფრო სპეციფიკურია არაპირდაპირი (თანა)ამსრულებლობისთვის,[109] – გულისხმობს ბრალდებულის მხრიდან ფაქტობრივი გარემოებების შეგნებას, რომლითაც შესაძლებელი ხდება დანაშაულზე კონტროლი სხვა თანაამსრულებლებთან ერთად.

ამ ელემენტის მიმართ *ICC* მოთხოვნად აყენებს იმას, რომ ბრალდებულს შეგნებული ჰქონდეს: ა) რომ მისი როლი მნიშვნელოვანია დანაშაულის საერთო

---

[106] *ICC Prosecutor v. Lubanga-ს* საქმეზე ამ ელემენტთან მიმართებაში აღნიშნავს, რომ საერთო გეგმის ასრულებას, *„შეიძლება შედეგად მოჰყვეს" (may)* დანაშაულის ობიექტური მხარის ელემენტების რეალიზაცია, ხოლო *Prosecutor v. Bemba-ს* საქმეზე საერთო გეგმის ასრულებას *„შედეგად მოჰყვება" (will)* დანაშაულის ობიექტური მხარის ელემენტების რეალიზაცია. იხ. *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 361-365; *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 370.

[107] იხ. *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 534.

[108] იხ. *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 349-367; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 527; *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 352-371.

[109] იხ. *Elies Van Sliedregt* - Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2012, გვ. 168.

გეგმის ასრულებაში და ბ) რომ მასზე დაკისრებული არსებითი ამოცანის შეუსრულებლობით, შეუძლია გამოიწვიოს საერთო გეგმის ჩაშლა.[110]

VI. შეჯამება

1. თანაამსრულებლობის ცნება *ICC*-ში

ICC-ს მიერ თანაამსრულებლობისათვის გათვალისწინებული აუცილებელი ელემენტების მიმოხილვის შემდეგ, შესაძლებელია რომის სტატუტში 25-ე მუხლის მიხედვით თანაამსრულებლობის შინაარსის ჩამოყალიბება.

თანაამსრულებლობა – ეს არის დანაშაულის ჩადენის მიზნით რამდენიმე ადამიანის კოორდინირებული მოქმედება, სადაც თითოეულ მათგანს გააჩნია დანაშაულზე კონტროლი, თამაშობს მნიშვნელოვან როლს დანაშაულის ამსრულებლობაში და მასზე დაკისრებული ამოცანების შეუსრულებლობით შეუძლია გავლენა მოახდინოს დანაშაულის მიმდინარეობაზე. თანაამსრულებელს უნდა ჰქონდეს შეგნებული, რომ მისი კონტრიბუცია დანაშაულში არსებითია და ამოძრავებს მენტალური ელემენტის ის აუცილებელი მოთხოვნები, რომელიც გათვალისწინებულია მის მიერ ჩადენილი დანაშაულისათვის. ცხადია, *ICC*-ს მიერ თანაამსრულებლობისათვის წაყენებული დანაშაულში კონტრიბუციის დონე უფრო მაღალია, ვიდრე *ICTY*-ს სააპელაციო პალატამ განსაზღვრა *JCE*-სთვის.[111]

ზემოთ აღნიშნული თანაამსრულებლობის გაგებით, *ICC* თავის პრაქტიკაში ამკვიდრებს ქმედებაზე ფუნქციონალური ბატონობის (*functional control over the act* (ინგ.); *funktionelle Tatherrschaft (გერმ.)* გერმანულ დოქტრინას, რომელიც დაფუძნებულია ქმედებაზე ბატონობის დოქტრინაზე (*domination of the act (ინგ.) ან control of the act (ინგ.); Tatherrschaft (გერმ.)* და ემსახურება ამსრულებლობასა და თანამონაწილეობას შორის არგუმენტირებული მიჯნის გავლების მიზანს,[112] „თუ ვინ არის უფრო პასუხისმგებელი".[113]

---

[110] იხ. *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 366-367; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 538-539; *Prosecutor v. Bemba*, Decision on the Confirmation of Charges, პარ. 371.

[111] იხ. *Antonio Cassese, Guido Acquaviva, Mary Fan,* and *Alex Whiting* - International Criminal Law, Cases and Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2011, გვ. 360.

[112] იხ. *Kai Ambos* - The First Confirmation Decision of the International Criminal Court: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* - Kostsalis, Courakis Mylonopiulos (ed.), Essays in honour of Agryrios Karras, Athen, 2010, გვ. 998-999, ხელმისაწვდომია: http://www.department-ambos.uni-goettingen.de (ნანახია 15.04.2012); იხ. ასევე: *მერაბ ტურავა* – დანაშაულის მოძღვრება, მერიდიანი, თბილისი, 2011, გვ. 6 (პარ. 9), 239-240; აღნიშნული თეორიის რეგულაცია გერმანულ სისხლის სამართალში იხ. *Neha Jain* - The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law, 12 Chicago Journal of International Law, 2011, გვ. 161-176.

[113] იხ. *Elies Van Sliedregt* - Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford University Press, Oxford, 2012, გვ. 77.

2. არაპირდაპირი ამსრულებლობის ცნება *ICC*-ში

არაპირდაპირი ამსრულებლობის ინსტიტუტი, რომელიც ასევე გერმანულ დოქტრინას ეყრდნობა, დღესდღეობით მთავარი გასაღებია *ICC*-ს მხრიდან პოლიტიკურ და სამხედრო ლიდერებზე სისხლისსამართლებრივი დევნის განსახორციელებლად.[114]

არაპირდაპირი ამსრულებლობა უნდა გავიგოთ, როგორც დანაშაულზე კონტროლი, რომელიც მოიცავს ორგანიზაციაზე კონტროლსაც. არაპირდაპირი ამსრულებლობისათვის აუცილებელია ორგანიზებული აპარატის არსებობა, სადაც პირდაპირი და არაპირდაპირი ამსრულებლები მოქმედებენ და რომელიც შესაძლებლობას აძლევს არაპირდაპირ ამსრულებელს, უზრუნველყოს დანაშაულის ამსრულებლობა.

არაპირდაპირ ამსრულებლობასთან მიმართებაში დანაშაულზე კონტროლი გაგებულ უნდა იქნეს, როგორც კონტროლი იმ პირებზე, იმ პირთა ნებაზე, რომლებიც ახორციელებენ დანაშაულის ობიექტურ შემადგენლობას.

არაპირდაპირი ამსრულებლობა სისხლის სამართალში ძირითადად ორი გაგებით არსებობს. პირველი, ეს არის ე.წ. „უდანაშაულო აგენტის" შემთხვევა, რომელიც აღიარებულია მსოფლიოს მრავალ სამართლებრივ სისტემაში. აქ სახეზეა დანაშაულის ამსრულებლობა, როდესაც პირდაპირი ამსრულებელი ფიზიკური ან ფსიქიკური ძალადობის, თუ საფრთხის გამო იძულებით სჩადის დანაშაულს.[115] მეორე, ეს არის ე.წ. „ამსრულებელი ამსრულებლის უკან" შემთხვევა, რომელზეც ზემოთ გვქონდა საუბარი. პირდაპირი ამსრულებელი გამოყენებულია არაპირდაპირი ამსრულებლის მიერ, როდესაც ორივე პასუხისმგებელია ჩადენილი ქმედებისათვის.[116] ეს უკანასკნელი ჩვეულებრივ მოვლენას წარმოადგენს საერთაშორისო სისხლის სამართალში, მასში შემავალი დანაშაულების სისტემიდან, მაკროკრიმინალურობიდან გამომდინარე, როდესაც დანაშაულის უშუალო ამსრულებელი ქმედებას მენტალური ელემენტის აუცილებელი მოთხოვნების

---

[114] იხ. *Gerhard Werle* and *Boris Burghardt* - Indirect Perpetration: A Perfect Fit for International Prosecution of Armchair Killers?, 9 *JICJ*, 2011, გვ. 85.

[115] მაგალითად, ჯარისკაცი, რომელსაც უბრძანეს უკანონოდ მოკლას პირი და სისრულეში მოჰყავს ქმედება იმის შიშით, რომ ბრძანების შეუსრულებლობის შემთხვევაში მეთაური გამოასალმებს სიცოცხლეს. ჯარისკაცი რომის სტატუტის 31-ე მუხლის მიხედვით, არ არის პასუხისმგებელი, რომლის მიხედვითაც აღნიშნული შემთხვევა სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის გამომრიცხველ გარემოებას წარმოადგენს. აქ მეთაური იქნება პასუხისმგებელი იმ მკვლელობისთვის, რომელიც განახორციელა პირდაპირმა ამსრულებელმა. იხ. *Stefano Manacorda* and *Chantal Meloni* - Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise, Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?, 9 *JICJ*, 2011, გვ. 169; ამის მაგალითია, ასევე რომის სტატუტის 26-ე მუხლი, 18 წლამდე ასაკის პირებზე იურისდიქციის გავრცელების დაუშვებლობა.

[116] იხ. იქვე, გვ. 169; იხ. ასევე: *Florian Jessberger* and *Julia Geneuss* - On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir, German Doctrine at The Hague?, 6 *JICJ*, 2011, გვ. 857-858.

შეგნებით ახორციელებს. „მაღალი დონე" დამოკიდებულია „დაბალ დონეზე", რომელსაც სისრულეში მოჰყავს დანაშაული. არაპირდაპირი ამსრულებლობის ამ გაგებას საერთაშორისო სისხლის სამართალში შეიცავს რომის სტატუტის 25(3)(a)-ე მუხლი.[117]

3. დასკვნა

საერთაშორისო სისხლის სამართლის, *ICC-ს* მთავარი მიზანი,[118] რომელიც ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის დაკისრებაა იმ პირებზე, რომლებიც ახორციელებენ მასობრივ დანაშაულებს დაჯგუფების, ორგანიზაციის, თუ სხვა გაერთიანების მეშვეობით, საკუთარი განზრახვის სისრულეში მოსაყვანად, რთულად რეალიზებადი პროცესია. არაერთი დოქტრინა იქნა შემუშავებული, კრიმინალური მიზნობრივი დაჯგუფებისა და მეთაურის პასუხისმგებლობის ჩათვლით. თითოეული მათგანი ხშირად გამხდარა დისკუსიის, კრიტიკის ობიექტი, მიუხედავად იმისა, რომ მათ საერთაშორისო ტრიბუნალებსა და სასამართლოებში ფართო გამოყენება პოვეს. *ICC*, რომის სტატუტის პრეამბულის შინაარსის განხორციელების მიზნით, ძველ დოგმატიკაზე დაყრდნობით, თანაამსრულებლობისა და არაპირდაპირი ამსრულებლობის თეორიებს აყალიბებს და ამით საერთაშორისო სისხლის სამართლის დანაშაულების სისტემიდან გამომდინარე, სძენს მათ ახალ ინტერპრეტაციას. ეს ორი თეორია, რომელიც ახალი „ხილია" *ICC-ს* ჩვეულებით სამართალში, სავარაუდოდ, არაერთხელ იქნება გამოყენებული მის მიერ ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის დასაკისრებლად.

ზემოთ განხილული *ICC-ს* ახალი გადაწყვეტილებები არის იმის მანიშნებელი, რომ საერთაშორისო სისხლის სამართალი განვითარების ახალ ეტაპზე დგას. *ICC-ს* შექმნის მთავარი მიზანი, რომელიც საერთო სისხლის სამართლის საერთაშორისო მართლმსაჯულების, კონსოლიდირებული პრაქტიკის, დოგმატიკის შექმნაა, იმედია, წარმატებით იქნება მომავალში განხორციელებული. ფაქტია, რომ დღევანდელ მსოფლიოში სხვადასხვა ქვეყნებში არსებული მდგომარეობიდან გამომდინარე, ის დიდი გამოწვევის წინაშე დგას. იგი მომავალშიც უნდა იყოს საერთაშორისო დონეზე სამართლიანი მართლმსაჯულების განხორციელებისა და ადამიანის უფლებათა დაცვის ეფექტური საშუალება.

---

[117] იხ. იქვე, გვ. 169-170.

[118] *ICC-ს* გამოწვევებთან მიმართებაში იხ. *Bene Blattmann* and *Kirsten Bowman* - Achievements and Problems of the International Criminal Court, 6 *JICJ*, 2008, გვ. 722-730.

დოქტორანტი, გიორგი დგებუაძე

ამსრულებლობა საერთაშორისო სისხლის სამართალში

რეზიუმე

ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის საკითხის ფარგლებში, დანაშაულში ამსრულებლობის ინსტიტუტი როგორც ნაციონალურ, ასევე საერთაშორისო სისხლის სამართალში, კერძოდ, საერთაშორისო სისხლის სამართლის სასამართლოს *(ICC)* წესდების, რომის სტატუტის ფარგლებში, მის იურისდიქციაში შემავალი დანაშაულების სპეციფიკიდან გამომდინარე, ერთ-ერთი აქტუალური საკითხია. აღნიშნულთან მიმართებაში, *ICC-ს* გადაწყვეტილებები მეტად ყურადსაღებია, რომელთა რაოდენობა არც ისე დიდია, თუმცა მრავლისმომცველია. ბევრ კითხვაზე, რა თქმა უნდა, ჯერ კიდევ პასუხი არ არის გაცემული, თუმცა მუხლის განმარტება, როდესაც ის მხოლოდ ცარიელი სიტყვებით არსებობს წესდებაში, ნებისმიერ შემთხვევაში წინ გადადგმული ნაბიჯია. ნაშრომი წარმოადგენს *ICC-ს* პრაქტიკის ანალიზს დანაშაულში ამსრულებლობასთან მიმართებაში. თავდაპირველად მოკლედ არის მიმოხილული ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის განვითარების ისტორიული ეტაპები, საერთაშორისო სისხლის სამართლის დანაშაულის შინაარსი, რომის სტატუტის 25-ე მუხლით გათვალისწინებულ პასუხისმგებლობის სახეები და განსაკუთრებული ყურადღება გამახვილებულია *ICC-ს* საქმიანობაზე, რომის სტატუტში დანაშაულში ამსრულებლობასთან კავშირში, თუ რა ფორმით არის მასში გააზრებული თანაამსრულებლობისა და შუალობითი ამსრულებლობის ინსტიტუტი და კვალიფიკაციისათვის რა აუცილებელ მოთხოვნებს უნდა აკმაყოფილებდეს იგი.

Doktorand, Giorgi Dgebuadze
Ivane Javakhishvili Staatliche Universität Tbilissi

Abstract: Täterschaft im Völkerstrafrecht

Im Rahmen der Frage der individuellen Verantwortung ist das Institut der Täterschaft im nationalen und internationalen Strafrecht, und zwar im Rahmen des Römischen Statuts vom Internationalen Strafgerichtshof – ICC – eine der aktuellsten Fragen ausgehend von der Besonderheit der seiner Zuständigkeit angehörenden Straftaten. ICC-Urteile, deren Quantität nicht so hoch, deren Umfang jedoch groß ist, sind sehr wichtig. Viele Fragen sind selbstverständlich immer noch nicht beantwortet. Aber die Auslegung der Vorschrift, die als leere Worte in der Satzung verankert ist, ist auf alle Fälle ein Fortschritt. Der Beitrag ist eine Widerspiegelung der ICC-Rechtsprechung bezüglich der Täterschaft in Straftaten. Am Anfang betrachtet man die historischen Entwicklungsetappen der individuellen Verantwortung, den Inhalt der internationalen Straftaten, die Arten der im Sinne des Artikels 25 des Römischen Statuts vorgesehenen Verantwortung und insbesondere die ICC-Tätigkeit in Verbidung mit der Täterschaft im Römischen Statut, inwiefern in ihm das Institut der Mittäterschaft und mittelbaren Täterschaft vorgesehen ist und welchen genauen Subsumierungsanforderungen es zu genügen hat.

ლევან ხარანაული
დოქტორანტი,
ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტის
ასისტენტ-პროფესორი

დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტი

შესავალი

ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების საფუძველია დამნაშავის ნაკლები საშიშროება, რომელიც გამოიხატება იმაში, რომ დამნაშავე დანაშაულს ნებაყოფლობით არ ამთავრებს, რის გამოც დაცული სამართლებრივი სიკეთე არ ზიანდება და შესაბამისად, პრევენციის საჭიროება აღარ არსებობს. ამასთან, დამნაშავისათვის, მისი სასჯელისაგან გათავისუფლების შესაძლებლობით (პირობით), დაზარალებულის ინტერესების გათვალისწინებით, ე.წ. „ოქროს ხიდი" უნდა გაიდოს და საბოლოოდ დამნაშავის ქცევით დარღვეული ნორმისადმი ნდობა კვლავ უნდა აღდგეს.[1]

მაშასადამე, სახელმწიფო მოწოდებულია დამნაშავეზე მოტივაციური ზეგავლენით თავიდან აიცილოს სამართლებრივ სიკეთეთა ხელყოფა. სწორედ ამიტომ, სახელმწიფო მიზნად ისახავს დამნაშავეს არ მოუჭრას უკან დასაბრუნებელი გზა, არამედ, პირიქით, ცდილობს აუგოს მას ე.წ. „ოქროს ხიდი", რომლითაც დამნაშავეს თავიდან აარიდებს სისხლის სამართლის რეპრესიას.[2] ამ მიზნის მისაღწევად სახელმწიფო იყენებს **დარწმუნების მეთოდს**, რომელიც ნათლად ვლინდება სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლში. აღნიშნული ნორმა წამახალისებელ ნორმას წარმოადგენს, რაც იმას გულისხმობს, რომ ნებისმიერი დანაშაულის ჩამდენ პიროვნებას, რომელიც თავიდან აიცილებს დანაშაულებრივ შედეგს, სახელმწიფო სთავაზობს დაუსჯელობის გარანტიას.[3] სისხლის სამართლის ლიტერატურაში არსებობს განსხვავებული მოსაზრება, რომლის თანახმადაც, ნებაყოფლობით ხელის აღების ნორმა არა წამახალისებელ, არამედ მასტიმულირებელ ნორმად მიიჩნევა.[4]

ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტს სისხლის სამართალში განვითარების ხანგრძლივი ისტორია გააჩნია. ნებაყოფლობითი ხელის აღების

---

[1] იხ. *M. Heger*, Die neuere Rechtsprechung zum strafbefreienden Rücktritt vom Versuch (§24 StGB), StV 2010, გვ. 320.

[2] იხ. *თ. წერეთელი*, დანაშაულის მომზადება და მცდელობა, 1961, გვ., 222.

[3] იხ. *მ. ტურავა*, სისხლის სამართალი. ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-8 გამოცემა, 2010, გვ. 263. ასევე, იხ. *ი. დვალიძე*, წიგნში: *გ. ნაჭყებია, ი. დვალიძე* (რედ.), სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, 2007, გვ. 175.

[4] დაწვრილებით იხ. *დ. სულაქველიძე*, ნებაყოფლობით ხელის აღება დანაშაულის ჩადენაზე, ნაშრომი, 1992, გვ. 38.

შესახებ სისხლის სამართლის მეცნიერებაში ჩამოყალიბდა სხვადასხვა შეხედულება (თეორიები), რომლებიც დროთა განმავლობაში ენაცვლებოდნენ ერთმანეთს და გაბატონებულ პოზიციას იკავებდნენ.

სისხლის სამართლის დოგმატიკაში ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტის დასაბუთების თვალსაზრისით ყველაზე უფრო მისაღებ თეორიად კრიმინალ-პოლიტიკური თეორია („ოქროს ხიდის თეორია") ითვლება,[5] თუმცა თანამედროვე სისხლის სამართლის დოგმატიკაში მას სხვა თეორიებიც უწევენ კონკურენციას. ამ მხრივ განსაკუთრებით გამოირჩევა, ე.წ. „სასჯელის მიზნის მოდიფიცირების თეორია".[6] ამდენად, ნებაყოფლობითი ხელის აღების შესახებ განვითარებული შეხედულებები დაწვრილებით ქვემოთ იქნება განხილული.

გარდა ამისა, ძალზედ მნიშვნელოვანია საკითხი იმის შესახებ, თუ რა ადგილი უკავია ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტს დანაშაულის სისტემაში. ამ საკითხთან დაკავშირებით, ქართულ და გერმანულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში, გამოთქმულია სხვადასხვა მოსაზრება, რომელთა განხილვა ყურადღებას იმსახურებს. ასევე, ფრიად საგულისხმოა ის თავისებურებები, რომელსაც ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტი სისხლის სამართლის სხვა ინსტიტუტებთან ურთიერთობაში ავლენს. სწორედ ამიტომ, ინტერესმოკლებული არ იქნება, რომ ნებაყოფლობითი ხელის აღების სპეციფიკურობა შემოწმდეს, მაგალითად, თანამონაწილეობის დროს, ანდა ერთიან დანაშაულებში და ა.შ. დაბოლოს, რაც ყველაზე უფრო ყურადსაღებია, არის ის, რომ ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტი ზოგიერთი სახის დამთავრებულ დანაშაულებში განსხვავებულ რეგულირებას მოითხოვს, რაც, რა თქმა უნდა, აღნიშნული ინსტიტუტის ახლებურად გააზრების შედეგია.

I. ნებაყოფლობითი ხელის აღების ირგვლივ აღმოცენებული შეხედულებები (თეორიები)

ნებაყოფლობითი ხელის აღების შესახებ დიდი ხანია მიმდინარეობს მწვავე დისკუსია. სისხლის სამართლის დოგმატიკაში აღიარებულია, რომ ამ თემის ირგვლივ აღმოცენებული საკითხების უკეთ გასაგებად, როდესაც სემანტიკური, ისტორიული და სისტემური განმარტებების გამოყენება საკმარისი არ არის, მაშინ აუცილებელია ნებაყოფლობითი ხელის აღების ratio-ს ახსნა, ანუ მის შესახებ არსობრივი მსჯელობა, სადაც თელეოლოგიური ინტერპრეტაცია განმარტების გადამწყვეტი მეთოდია.[7]

---

[5] იხ. *ბ. ტურავა*, დასახ. ნაშრ., გვ. 263.

[6] იხ. *C. Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, გვ. 479.

[7] იხ. *I. E. Weinhold*, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, Diss., 1990, გვ. 15.

ნებაყოფლობითი ხელის აღების არსის განსაზღვრების დროს სისხლის სამართლის მეცნიერები ტრადიციულად **სამ შეხედულებაზე** ამახვილებენ ყურადღებას. ესენია: შეწყალების, იგივე წახალისების თეორია, „ოქროს ხიდის", იგივე კრიმინალ-პოლიტიკური თეორია და სასჯელის მიზნის თეორია, სპეციალური და გენერალური პრევენციის გათვალისწინებით.[8]

„შეწყალების იგივე წახალისების ანდა დამსახურების თეორიის" მიხედვით, დამნაშავე, დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო, უნდა წახალისდეს, რადგან იგი დანაშაულზე ხელის აღებით კვლავ ექცევა კანონიერების ფარგლებში. აღნიშნული თეორია დაზარალებულის დაცვის ხაზს კი არ მიჰყვება, არამედ თავად დამნაშავის პიროვნება დგას შეფასების ცენტრში.[9] შეწყალების თეორიას შემდგომში საფუძველი გამოეცალა,[10] რადგან მის მიხედვით, დამნაშავის წახალისება კრიმინალ-პოლიტიკური ლეგიტიმაციის გარეშე, სასჯელისაგან გათავისუფლების საფუძველს საბოლოოდ ღიად ტოვებს.[11] მაშასადამე, ეს პოზიცია მხოლოდ კანონის ტექსტს აღწერს და არაფერს ამბობს იმის შესახებ, თუ რატომ რჩება დაუსჯელი ნებაყოფლობითი ხელის აღება.[12]

„კრიმინალ-პოლიტიკური", „ოქროს ხიდის" თეორია (Kriminalpolitische Theorie oder Theorie von der „goldenen Brücke") მომდინარეობს **ფოიერბახიდან**.[13] მან განავითარა პოზიცია, რომლის მიხედვითაც, დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღებისათვის პრივილეგიის მინიჭების გარეშე, საფრთხე არ გაივლის. ამ თეორიის მიხედვით, სახელმწიფომ დამნაშავეს ხელის აღების შემთხვევაში, სასჯელის გამოუყენებლობით გარკვეული სტიმული უნდა მისცეს, რათა მან შედეგი აიცილოს თავიდან. დამნაშავემ, ხელის აღების მოტივების მიუხედავად, „ოქროს ხიდის" მეშვეობით უნდა შეძლოს უკან დაბრუნება.[14] აქედან გამომდინარე, კრიმინალისტები თვლიან, რომ ნებაყოფლობითი ხელის აღების ნორმის შემოტანა სისხლის სამართლის კოდექსში განპირობებულია კრიმინალ-პოლიტიკური მოსაზრებებით და ამ ნორმის საფუძველზე დამნაშავის გათავისუფლება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან სავალდებულოა.[15] მათ მიაჩნიათ, რომ კრიმინალურ-პოლიტიკური მოსაზრებების საფუძველზე აღმოცენებული კონცეფცია ყველაზე უფრო სრულყოფილად ხსნის ნებაყოფლობითი ხელის აღების მნიშვნელობას,[16] განსხვავებით სხვა შეხედულებისაგან, რომლის თანახმად, დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღება სახელმწიფოს ართმევს დას-

[8] იხ. იქვე, გვ. 16.

[9] იხ. *B. Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 2. Auflage, 2010, გვ. 323.

[10] იხ. *I. E.Weinhold*, დასახ. ნაშრ., გვ. 16.

[11] იხ. *C. Jäger*, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, გვ. 7.

[12] იხ. *C. Roxin*, დასახ. ნაშრ., გვ. 485.

[13] იხ. *გ. ტურავა*, დასახ. ნაშრ., გვ. 263.

[14] იხ. *H. Boß*, Der halbherzige Rücktritt, zum Rüktritt des Alleintäters vom beendeten Versuch, 2002, გვ. 16.

[15] იხ. *დ. სულაქველიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 45-46.

[16] იხ. იქვე, გვ. 112.

ჯის უფლებას.[17]

კრიმინალ-პოლიტიკური თეორიის წინააღმდეგ მრავალი არგუმენტი გაჩნდა სასამართლო პრაქტიკაში და სისხლის სამართლის დოგმატიკაში. საწინააღმდეგო პოზიციის მიხედვით, როდესაც დამნაშავეს აქვს ცოდნა სახელმწიფოს მხრიდან ასეთი დათმობის შესახებ, იქ უკვე საეჭვოა, რომ დამნაშავემ გადაწყვიტოს კანონიერად მოქმედება. ვინაიდან აქ სასჯელის მუქარა დანაშაულის უშუალო დაწყებისას უარყოფილია, ამიტომ ძნელია იმის პროგნოზირება, რომ დამნაშავე ნებაყოფლობითი ხელის აღების მხედველობაში მიღებით იხელმძღვანელებს სასჯელისაგან გათავისუფლების მომენტით. ამიტომ ზოგიერთი ავტორი ფოიერბახის მოძღვრებას იურიდიულ შეცდომად მიიჩნევს.[18]

კრიმინალურ-პოლიტიკური თეორიის მიზანი მხოლოდ დანაშაულის თავიდან აცილებაა და იგი ნებაყოფლობითი ხელის აღებაში ნებაყოფლობითობის აუცილებლობას ვერ ხსნის.[19]

„სასჯელის მიზნის თეორიის" მიხედვით, ნებაყოფლობითი ხელის აღება სასჯელის მიზანს უნდა ემთხვეოდეს. ეს თეორია გამოდის იქიდან, რომ დანაშაულის ნებაყოფლობით შეწყვიტისას დამნაშავე ლეგალურ პოზიციაზე ბრუნდება და მისი დანაშაულებრივი ნება ისეთი ძლიერი აღარ არის, როგორც ეს დანაშაულის განხორციელებისას იქნებოდა. ამიტომ დასჯადობა თავის მნიშვნელობას კარგავს როგორც დამნაშავის მხრიდან მომავალში დანაშაულის კვლავ ჩადენის თავიდან აცილების თვალსაზრისით (სპეციალური პრევენცია), ასევე სხვების დაშინებისა და დარღვეული მართლწესრიგის აღდგენის თვალსაზრისითაც (გენერალური პრევენცია).[20]

სისხლის სამართლის ლიტერატურაში სასჯელის მიზნის თეორიას მრავალი მხარდამჭერი გამოუჩნდა, რომლებიც სპეციალურ (მაგალითად, ვალტერი) და გენერალურ პრევენციას (მაგ., როქსინი და ბოტკე) შორის ვარირებენ.[21]

ამ უკანასკნელი პოზიციის მიმდევრები აყალიბებენ ე.წ. **„სასჯელის მიზნის მოდიფიცირებულ თეორიას"** რომელსაც *თანამედროვე სისხლის სამართლის დოგმატიკაში გადამწყვეტ მნიშვნელობას* ანიჭებენ. დასახელებული თეორია ამოდის იქადან, რომ გენერალური პრევენცია დასჯადობის აუცილებლობას ვერ ხედავს იმის გამო, რომ ნებაყოფლობითი ხელის აღებით ქრება მცდელობისას წარმოშობილი საფრთხე, თუმცა იგი თავად ხელის ამღების მიერ უნდა იქნეს აცილებული თავიდან. ამასთან ერთად, ნორმაშემარყეველი შთაბეჭდილებაც ქარწყლდება, რომელიც შეიძლება არა საშიშ მცდელობასაც ახასიათებდეს. თუკი დამნაშავეს დამთავრებული მცდელობის სტადიაზე შედეგის აცილება არ გამოუვიდა, მაშინ გენერალური პრევენციიდან გამომდინარე, მისი დასჯა

---

[17] იხ. *თ. წერეთელი*, დასახ. ნაშრ., გვ. 221.

[18] იხ. *H. Boß*, დასახ., ნაშრ., გვ. 16-17.

[19] იხ. იქვე, გვ. 18.

[20] იხ. იქვე, გვ. 24.

[21] იხ. იქვე, გვ. 25.

აუცილებელია. მხოლოდ კეთილი ნება არ არის საკმარისი სასჯელის გამოუყენებლობისათვის. ამიტომ დასჯადობის აუცილებლობა შესაძლებელია მხოლოდ გენერალური პრევენციის საფუძველზე აღმოცენდეს და, პირიქით, შესაძლებელია, დამნაშავე მისმა უშედეგო ცდამ დაუსჯელობამდე მიიყვანოს, მაგრამ ამას ადგილი აქვს მაშინ, როდესაც დანაშაული დამნაშავის მონაწილეობის გარეშე არ მთავრდება.[22] ნებაყოფლობითი ხელის აღების დროს სპეციალური პრევენციის გამოყენების აუცილებლობა აღარ არსებობს იმიტომ, რომ დამნაშავის დანაშაულებრივი ნება მკვეთრად ძლიერი აღარ არის და შესაბამისად, მისი დასჯადობაც გაუმართლებელი იქნება.[23]

წარმოდგენილი თეორიების საბოლოო შეფასებისას აღსანიშნავია ის ფაქტი, რომ ისინი ერთმანეთისაგან არსებითად არ განსხვავდებიან, არამედ ის ფენომენი, რასაც ნებაყოფლობითი ხელის აღება ჰქვია, უბრალოდ სხვადასხვა მხრიდან არის გაშუქებული.[24]

დასახელებული სამი პოზიციის გარდა, არსებობს სხვა შეხედულებები, მაგალითად, სამართლის თეორია, ერთიანობის თეორია, ჰერცბერგის ბრალეულობის თეორია, დაზარალებულის დაცვის თეორია და სხვა, თუმცა მათ სისხლის სამართალში შედარებით ნაკლები ყურადღება ეთმობა.

სამართლის თეორიები XIX საუკუნის ბოლოს და XX საუკუნის დასაწყისში გერმანულ სისხლის სამართალში ბატონობდა და ნებაყოფლობით ხელის აღებაში განსხვავებული სიზუსტით ხედავდნენ სამართლებრივად წინააღმდეგობრივ, ხელის შემშლელ ფაქტორებს. ისინი გამოდიოდნენ იქიდან, რომ ნებაყოფლობითი ხელის აღება ობიექტურად გამოხატულ კანონსაწინააღმდეგო საქმიანობას და დანაშაულის დამთავრებაზე მიმართულ ბოროტ ნებას ანულირებას უკეთებს. თუმცა ეს მაშინ ხდება, როდესაც მცდელობა და ნებაყოფლობით ხელის აღება, როგორც ერთი მთლიანი ქმედება, ისე იქნება აღქმული. ამ თეორიებიდან ისეთი დასკვნა გამომდინარეობს, რომ ამსრულებლის მიერ ნებაყოფლობითი ხელის აღებისას მართლსაწინააღმდეგო ძირითადი ქმედების არარსებობის გამო, წამქეზებელი და დამხმარე არ უნდა დაისაჯონ. სწორედ ასეთი შედეგი გახდა სამართლის თეორიების დაკნინების მიზეზი. დღეისათვის სამართლის თეორიები მოძველებულ ხასიათს ატარებენ.[25] ამ თეორიებს სისხლის სამართლის ლიტერატურაში „ანულაციის თეორიის" სახელითაც მოიხსენიებენ.[26]

მაშასადამე, სამართლის თეორიების კრიტიკისას უთითებენ, რომ დანაშაულზე ხელის აღების დროს მცდელობის ანულირება კი არ ხდება, არამედ მცდელობის მეშვეობით შექმნილი საფრთხის თავიდან აცილებას აქვს ადგილი.[27]

---

[22] იხ. *C. Roxin*, დასახ. ნაშრ., გვ. 479.
[23] იხ. *B. Heinrich*, დასახ. ნაშრ., გვ. 323.
[24] იხ. იქვე, გვ. 324.
[25] იხ. Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., Band 1, გვ. 1660.
[26] იხ. *დ. სულაქველიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 107.
[27] იხ. *C. Jäger*, დასახ. ნაშრ., გვ. 63.

მიუხედავად წინააღმდეგობისა, სამართლის თეორიები გვიანდელ სისხლის სამართლის ლიტერატურაში კვლავ გამოჩნდასადაც ნებაყოფლობითი ხელის აღება გაგებულია, როგორც დანაშაულის შემადგენლობის ნეგატიური ნიშანი.[28]

ერთიანობის თეორია მიისწრაფოდა მცდელობისა და ნებაყოფლობითი ხელის აღების ერთგვაროვანი შეფასებისაკენ. მის მიხედვით, მცდელობის სრულყოფილი შეფასებისათვის მხედველობაში უნდა იყოს მიღებული ნებაყოფლობითი ხელის აღება, როგორც „**actus contrarius**", ანუ როგორც „კონტრ აქტი", ისე რომ მცდელობა და ნებაყოფლობითი ხელის აღება ნორმატიულად ერთგვაროვნად იყოს წარმოდგენილი. ამ თეორიის უპირატესობა სამართლის თეორიებთან შედარებით იმაში მდგომარეობს, რომ აქ პრობლემის გადაჭრა დანაშაულის დასჯადობის გათვალისწინებით ხდება, ანუ ქმედება ფასდება, როგორც ყველასათვის ერთი ღირებულების მატარებელი.[29] თუმცა ამ თეორიასაც ჰქონდა გარკვეული ხარვეზები, კერძოდ, იგი ხელის აღებას მხოლოდ დასჯადობის წესებით გაიგებდა და სასჯელისაგან გათავისუფლებას არანაირ ახსნას არ აძლევდა.[30]

II. დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების ადგილი დანაშაულის სისტემაში და ნებაყოფლობითი ხელის აღების პირობები

1. დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების ადგილი დანაშაულის სისტემაში

ნებაყოფლობითი ხელის აღების ადგილის განსაზღვრის საკითხი მჭიდროდ არის დაკავშირებული სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების საფუძვლებთან. ამის შესაბამისად, აქ წარმოდგენილი ძირითადი პოზიციები იწვევს დავას.[31]

განსაკუთრებით ეს ეხება სამართლის თეორიებს, რომლებიც ნებაყოფლობითი ხელის აღების დროს გამორიცხავენ უმართლობის ელემენტს. მაგალითად, სამართლის თეორიასთან ახლოს დგას **ჰიპელის** შეხედულება, რომლის მიხედვითაც, ნებაყოფლობითი ხელის აღება მცდელობის შემადგენლობაში განიხილება როგორც დანაშაულის შემადგენლობის ნეგატიური ნიშანი.[32]

თუმცა, ზემოთ როგორც უკვე ითქვა, ამ შეხედულების საწინააღმდეგოდ მოქმედებს ორი არგუმენტი, პირველი მიუთითებს იმაზე, რომ თანამონაწილე, რომელიც შედეგის თავიდან ასაცილებლად არ გარჯილა, უსამართლოდ ისარგებლებს ნებაყოფლობითი ხელის აღების შეღავათით, მაშინ, როდესაც ცნობილია, რომ ამ შეღავათით მხოლოდ თავად ხელის ამღები სარგებლობს. მეორე არგუ-

[28] იხ. *R. Hippel*, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966, გვ. 66.
[29] იხ. *C. Jäger*, დასახ. ნაშრ., გვ. 4.
[30] იხ. იქვე, გვ. 5.
[31] იხ. იქვე, გვ. 9.
[32] იხ. *H. Boß*, დასახ. ნაშრ., გვ. 36.

მენტი კი მიუთითებს იმაზე, რომ თუ უარყოფილ იქნება მართლწინააღმდეგობის არსებობა, დაზარალებულს აუცილებელი მოგერიების უფლება წაერთმევა.[33]

მსგავს შეხედულებას აყალიბებს **კოლსტერი**. იგი გამოდის მცდელობისა და ნებაყოფლობითი ხელის აღების ერთიანობის პრინციპიდან და ნებაყოფლობით ხელის აღებას განიხილავს, როგორც **დანაშაულის შემადგენლობის გამომრიცხავ პერსონალურ საფუძველს**.[34]

გერმანული სისხლის სამართლის ზოგიერთი ავტორი ნებაყოფლობითი ხელის აღების ადგილის საკითხს ბრალის სიბრტყეზე განიხილავს. თუ ნებაყოფლობითი ხელის აღებით ბრალეულობა გამოირიცხა, მაშინ იგი ბრალის გამომრიცხველ გარემოებად შეფასდება (Schuldaufhebungsgrund), მაგრამ თუ ნებაყოფლობითი ხელის აღებამ დასჯადობაზე იქონია გავლენა, მაშინ იგი ნაწილობრივ შეფასდება, როგორც ბრალის გამომრიცხველი გარემოება (Schuldausschließungsgrund) ან საპატიებელი გარემოება (Entschuldigungsgrund). არგუმენტად მიუთითებენ იმას, რომ მცდელობის დროს დანაშაულის უმართლობა და ბრალი ნებაყოფლობითი ხელის აღების მეშვეობით ირიცხება ანდა ისე იზღუდება, რომ სისხლისსამართლებრივად რელევანტური ბრალი არ არის სახეზე.[35]

დღეისათვის გაბატონებულია შეხედულება, რომლის მიხედვითაც, ნებაყოფლობითი ხელის აღება წარმოადგენს **სასჯელისაგან გათავისუფლების პერსონალურ** საფუძველს,[36] რადგან მცდელობით დაფუძნებული დასჯადობა ნებაყოფლობითი ხელის აღების მეშვეობით უქმდება.[37]

2. დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების სუბიექტური და ობიექტური პირობები

გაბატონებული შეხედულების თანახმად, დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღება შესაძლებელია მხოლოდ დაუმთავრებელი დანაშაულის, კერძოდ, დანაშაულის მომზადებისა და დანაშაულის მცდელობის სტადიაზე.[38]

დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტის განხილვა დაუმთავრებელ დანაშაულთან დაკავშირებით გამოწვეულია მისი ლოგიკური კავშირით დანაშაულის სტადიებთან, კერძოდ, დანაშაულის მომზადებასა და

---

[33] იხ. იქვე, გვ. 36-37.

[34] იხ. Leipziger Kommentar StGB, დასახ. ნაშრ., გვ. 1675.

[35] იხ. იქვე.

[36] იხ. *C. Roxin*, დასახ. ნაშრ., გვ. 488, ასევე იხ. *ი. კესელი, ვ. ბოილკე*, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაული და მისი აგებულება, 38-ე გადამუშავებული გამოცემა ქართულ ენაზე, მთარგმნელი, ზ. *არსენიშვილმა*, სამეცნიერო რედაქტორი, *ი. დვალიძე*, 2010, გვ. 365.

[37] იხ. Leipziger Kommentar StGB. დასახ. ნაშრ., გვ. 1676.

[38] იხ. *მ. ტურავა*, დასახ. ნაშრ., გვ. 259.

დანაშაულის მცდელობასთან. ეს იმას ნიშნავს, რომ ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტი შეუძლებელია მომზადებისა და მცდელობის გარეშე არსებობდეს. ამიტომ მიზანშეწონილია, სისტემური და დიდაქტიკური თვალსაზრისით, ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტის განხილვა დაუმთავრებელ დანაშაულში.

საქართველოს მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლი არეგულირებს ნებაყოფლობითი ხელის აღების საკითხებს. აღნიშნული ნორმის თანახმად, პირს არ დაეკისრება სისხლისსისამართლებრივი პასუხისმგებლობა, თუ მან დანაშაულის დამთავრებაზე **ნებაყოფლობით** და **საბოლოოდ** აიღო ხელი.

იმისათვის, რომ სუბიექტი გათავისუფლდეს სისხლისსისამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან, სახეზე უნდა იყოს შემდეგი პირობები:

ა) დანაშაულზე ხელის აღება აუცილებლად დამნაშავის ნებით უნდა ხორციელდებოდეს, ე.ი. **ნებაყოფლობითი** უნდა იყოს;

ბ) დანაშაულზე ხელის აღება **საბოლოო** ხასიათს უნდა ატარებდეს;

გ) დანაშაული **ბოლომდე არ უნდა** იყოს მიყვანილი, ე.ი. შედეგი არ უნდა განხორციელდეს ან *საფრთხემ არ უნდა მიიღოს დასრულებული სახე*;

დ) დანაშაულზე ხელის აღება **ობიექტურად** უნდა არსებობდეს და ნებაყოფლობითი ხელის აღებისათვის საკმარისი არ არის დამნაშავის წარმოდგენაში მისი არსებობა.

დასახელებული **ოთხი გენერალური პირობა** განსაზღვრავს დანაშაულზე ხელის აღების საკითხს, რაც იმას გულისხმობს, რომ სუბიექტი არ გათავისუფლდება სისხლისსისამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან, თუ ოთხივე პირობა კუმულაციურად არ იქნება სახეზე.

ა. ნებაყოფლობითობა, როგორც დანაშაულზე ხელის აღების სუბიექტური პირობა

ა)ა) დოგმატიკა

ნებაყოფლობითი ხელის აღების საკანონმდებლო ცნებიდან ძალზე კარგად ჩანს ის ერთადერთი სუბიექტური მოთხოვნა, რომელიც დანაშაულზე ხელის ამღებს წაეყენება. საქმე ეხება *„ნებაყოფლობითობას“*, როგორც ერთერთ აუცილებელ ნიშანს. ამ ნიშანზე მსჯელობის დროს სასამართლო პრაქტიკასა და სისხლის სამართლის დოგმატიკაში ერთმანეთისაგან განასხვავებენ **ფსიქოლოგიურ** და **ნორმატიულ** შეფასებებს,[39] რომელზე მსჯელობის დროსაც მეცნიერთა ნაწილი ფსიქოლოგიურ შეფასებას ანიჭებს უპირატესობას, ნაწილი კი თელის, რომ ნორმატიული შეფასება ყოვლისმომცველი საშუალებაა. დღეისათვის ერთიანი პოზიცია ამ საკითხში არ არსებობს, განსაკუთრებით კი ეს გერმანულ დოგმატიკაში შეიმჩნევა.

ფსიქოლოგიური შეფასების თანახმად, დანაშაულზე ხელის აღებას ნე-

[39] იხ. *H. Bopß*, დასახ. ნაშრ., გვ. 164.

ბაყოფლობითი ხასიათი გააჩნია მაშინ, როდესაც დამნაშავეს შინაგანად აღარ სურს დანაშაულის ჩადენა. მაშასადამე, დამნაშავე მოქმედებს ფსიქოლოგიური იძულების გარეშე. პირიქით, ნებაყოფლობითობას არა აქვს ადგილი, როდესაც რაღაც გარემოებები დამნაშავეზე იმდენად ძლიერ სულიერ გავლენას ახდენენ, რომ მას ისღა დარჩენია, შეწყვიტოს დანაშაულებრივი საქმიანობა. რაც შეეხება ნორმატიულ შეფასებას, იგი ნებაყოფლობითი ხელის აღების მოტივებს არა მარტო ფსიქიკაზე, არამედ ასევე შეფასებაზე დაყრდნობით განიხილავს.[40] აქედან გამომდინარე, ზოგიერთი ავტორის აზრით, ნორმატიული გაგება დანაშაულზე ხელის აღების ძირითად არსს უფრო კარგად ხსნის.[41]

„ნებაყოფლობითობის" ცნების **ფსიქოლოგიური** ახსნა **ფრანკს** ეკუთვნის. ფრანკის მიხედვით, დანაშაულზე ხელის აღება ნებაყოფლობით ხასიათს ატარებს მაშინ, როდესაც იგი ეყრდნობა ავტონომიურ მოტივებს. მაშასადამე, როდესაც დამნაშავე ამბობს: „მე არ მსურს ამის მიღწევა, მაშინ როდესაც მე ეს შემიძლია". ყველა სხვა შემთხვევაში, აღნიშნავს ფრანკი, დანაშაულზე ხელის აღება ნებაყოფლობით ხასიათს არ ატარებს, ე.ი. როდესაც დამნაშავე ამბობს: „მე არ შემიძლია მიზნის მიღწევა, მაშინ როდესაც მე მსურს იგი". აღსანიშნავია, რომ „ნებაყოფლობითობის" ასეთი გაგება სისხლის სამართლის ლიტერატურაში უარყოფილია, რადგან ფრანკის ფორმულის მეორე ნაწილიდან უფრო მიზანს აცდენილი მცდელობა გამომდინარეობს, სადაც გამორიცხულია როგორც ნებაყოფლობითი, ასევე იძულებითი (არანებაყოფლობითი) ხელის აღება.[42]

შროედერის აზრით, დანაშაულზე ხელის აღება ნებაყოფლობით ხასიათს ატარებს მაშინ, როდესაც იგი დამნაშავეში ავტონომიური მოტივების საფუძველზე აღმოცენდება. მაშასადამე, როდესაც დამნაშავე მხოლოდ შინაგანი მსჯელობის საფუძველზე გადაწყვეტს დანაშაულზე ხელის აღებას. დანაშაულზე ხელის აღება არ ატარებს ნებაყოფლობით ხასიათს მაშინ, როდესაც დამნაშავის გადაწყვეტილებას ჰეტერონომიული მოტივები განსაზღვრავენ... მაგრამ ამ ინტერპრეტაციის საწინააღმდეგოდ მეტყველებს ის ფაქტი, რომ... „ნებაყოფლობითობის" და „არანებაყოფლობითობის" ცნებები კანონში გაუთვალისწინებელი „ავტონომიური" და „ჰეტერონომიული" ცნებებით არ შეიცვლება.[43]

შმიდჰაიზერი ნებაყოფლობითობის სფეროს გასამიჯნად გადამწყვეტ მომენტად დამნაშავის დანაშაულებრივი ინტერესს მიიჩნევს. ავტორის მიხედვით, „ნებაყოფლობითობა" სახეზეა მაშინ, როდესაც უკან დამხევს კონკრეტული ქმედება და ასევე შედეგი კვლავ აინტერესებს, თუმცა იგი თავისი ინტერესებისაგან დისტანცირდება. პირიქით, „არანებაყოფლობითობას" მაშინ აქვს ადგილი, როდესაც უკან დამხევისათვის თავად ქმედება, როგორც ასეთი, ან თავად მოსალოდნელი შედეგი უინტერესო ხდება. ამ შეხედულების წინააღმდეგ მიუთითე-

[40] იხ. *C. Roxin*, დასახ. ნაშრ., გვ. 591.
[41] იხ. *C. Jäger*, დასახ. ნაშრ., გვ. 11.
[42] იხ. იქვე, გვ. 21.
[43] იხ. *C. Jäger*, დასახ. ნაშრ., გვ. 22.

ბენ იმას, რომ ყოველთვის დანაშაულის დამთავრება უკან დამბევისთვის შედარებით უმნიშვნელო ხასიათს ატარებს.[44]

„ნებაყოფლობითობის" ცნების ნორმატივისტულ ახსნას **როქსინი** ცდილობს. დანაშაულზე ხელის აღებას ნებაყოფლობითი ხასიათი უნდა ჰქონდეს მაშინ, როდესაც დამნაშავეს, მაგალითად, ქურდობის დროს კონკრეტული მიზეზის გარეშე, მოულოდნელად ძლიერი შიში შეეპყრობს და გაიქცევა. როქსინის შეხედულება უშუალო კავშირშია **„სასჯელის მიზნის თეორიასთან"**, სადაც იგი საკითხს წამსოწვევს შემდეგნაირად: კერძოდ, დანაშაულზე ხელის აღება არის ლეგალურობაში დაბრუნების სურვილის გამოხატვა.[45] როქსინი მიუთითებს, რომ დანაშაულზე ხელის აღება მაშინ არ არის ნებაყოფლობითი ხასიათის, როდესაც დამნაშავის მხრიდან შემდგომი მოქმედება უაზრობა იქნება. ამიტომ „ნებაყოფლობითობის" განსასაზღვრავად გადამწყვეტია არა თავისუფლების ან იძულების კრიტერიუმები, არამედ ის, არის თუ არა დამნაშავის ნება დასჯადობის ღირსი. ეს კი საბოლოოდ ნორმატიულ კრიტერიუმამდე დადის.[46]

მეცნიერების ნაწილი მიიჩნევს, რომ ნორმატიული შეფასება დანაშაულზე ხელის აღების დროს ნებაყოფლობითობის მნიშვნელობას საკმარისად ავიწროვებს, რადგან ნორმატიული შეფასების თანახმად, დამნაშავის ქმედებას მხოლოდ მაშინ აქვს ნებაყოფლობითი ხასიათი, როდესაც დამნაშავე ზნეობრივად გამოსწორების გზას დაადგება. მაშასადამე, აღნიშნული მიდგომა მხოლოდ კეთილსობილურ მოტივებს ანიჭებს გადამწყვეტ მნიშვნელობას.[47] ამიტომ მხოლოდ ფსიქოლოგიური, ან მხოლოდ ნორმატიული მიდგომა საკმარისი არ არის იმისათვის, რათა ზუსტად განისაზღვროს ნებაყოფლობითი ხელის აღების არსი. წმინდა ფსიქოლოგიური კრიტერიუმებით ხელმძღვანელობა წარმოადგენს ფსიქოლოგიზმს სისხლის სამართალში, რამაც სისხლის სამართალი შეიძლება გაუმართლებელ შედეგებამდე მიიყვანოს,[48] ხოლო ნორმატიული მიდგომით ნებაყოფლობითობის დასაბუთება ზნეობრივი მოტივებით, სისხლის სამართალში წარმოადგენს ეთიციზმს, რაც ასევე დაუშვებელია.[49]

მართალია, დანაშაულზე ხელის აღების საკითხის გადაწყვეტისათვის სისხლის სამართლის ლიტერატურაში ყურადღება ექცევა **მოტივსა** და **მიზანს**, რომლის ნიადაგზეც დამნაშავე უარს აცხადებს დანაშაულის ბოლომდე მიყვანაზე და რომელიც შეიძლება იყოს სხვადასხვა სახის, მაგალითად, სიბრალული, კანონის ან ღვთის შიში და სხვა,[50] მაგრამ დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის

---

[44] იხ. იქვე, გვ. 22.
[45] იხ. იქვე, გვ. 23.
[46] იხ. იქვე, გვ. 23-24.
[47] იხ. დ. *სულაქველიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 89.
[48] იხ. იქვე, გვ. 90.
[49] იხ. იქვე, გვ. 94.
[50] იხ. ი. *დვალიძე*, დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღება. ჟურნალი „ალმანახი", 2004, გვ. 21, ასევე იხ. ფედერალური სასამართლოს გადაწყვეტილება, (BGH 35) 1988, გვ. 186.

აღების დროს გადამწყვეტი მნიშვნელობა არ ენიჭება იმას, დამნაშავე ხელის აღების დროს **კეთილშობილური** მოტივებით (ზნეობრივად და ეთიკურად მაღალი მოტივებით) ხელმძღვანელობს თუ არა. მთავარია, რომ დამნაშავე დანაშაულზე ხელის აღების დროს მოქმედებდეს ნებაყოფლობით, რაც იმას ნიშნავს, რომ დამნაშავეს თავისუფალი არჩევანის პირობებში შეუძლია ბოლომდე განახორციელოს დანაშაული, ან ხელი აიღოს მასზე.[51] მაგალითად, ა. დაზარალებულისაგან გარკვეული თანხის მიღების სანაცვლოდ, ნებაყოფლობით უარს ამბობს მის გაუპატიურებაზე. მოცემულ მაგალითში დამნაშავეს დანაშაულის ბოლომდე მიყვანაში არაფერი არ უშლის ხელს და მისი გადაწყვეტილება ნებაყოფლობით და საბოლოო ხასიათს ატარებს.[52]

მოტივმა შეიძლება სუბიექტის საზოგადოებრივ, საშიშროების არსებობა-არარსებობაზე იქონიოს გავლენა. მაგალითად, თუ დამნაშავე დანაშაულზე ხელს აიღებს ღვთის შიშით, იგი მომავალში საზოგადოებისათვის საშიშ პიროვნებას აღარ წარმოადგენს, მაგრამ, თუ ამ უკანასკნელმა დანაშაულის ბოლომდე მიყვანაზე უარი თქვა სასჯელის მუქარის შიშით, მაშინ იგი საზოგადოებისთვის კვლავ რჩება საშიშ პიროვნებად.[53] მართალია, ასეთი შეფასება იმსახურებს ყურადღებას, მაგრამ იგი არ წარმოადგენს მატერიალური სისხლის სამართლის თემას. იგი უფრო კრიმინოლოგიისა და სოციოლოგიის პრობლემაა.

იმ შემთხვევაში, თუ დანაშაულზე ხელის აღება განპირობებულია დამნაშავის ფსიქიკაზე დამოუკიდებელი გარეშე ძალების ზეგავლენით, დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღებას არ ექნება ადგილი.[54] ეს ისეთი შემთხვევაა, როდესაც დამნაშავეს ხელი ეშლება დანაშაულის ბოლომდე მიყვანაში. მაგალითად, დამნაშავე, რომელიც ჩასაფრებული ელოდება მსხვერპლის გამოჩენას, დაინახავს მსხვერპლს თანმხლებ პირებთან ერთად, შეეშინდება და უარს განაცხადებს დანაშაულის ბოლომდე მიყვანაზე, ან კიდევ, დამნაშავეს სხვა პირი აიძულებს ხელი აიღოს დანაშაულზე.

მეტად მნიშვნელოვანია დანაშაულზე ხელის აღების საკითხის გადაწყვეტის დროს ერთმანეთისაგან გაიმიჯნოს კონკრეტული და აბსტრაქტული შიში. თუ დამნაშავე დანაშაულის განხორციელებაზე უარს ამბობს იმის გამო, რომ ეშინია მომავალში მის მიერ ჩადენილი დანაშაულის გამჟღავნების და მოსალოდნელი სასჯელის, მაშინ ადგილი აქვს ე.წ. აბსტრაქტულ შიშს, რომელიც ნებაყოფლობით ხელის აღებას აფუძნებს, მაგრამ თუ დამნაშავეს კონკრეტული შიში აღეძრა იმის გამო, რომ დანაშაულის ჩადენის მომენტში მესამე პირები გამოჩნდნენ, რომლებიც შეიარაღებულები იყვნენ და ამის გამო დამნაშავემ შეწყვიტა დანაშაულის განხორციელება, დანაშაულზე ხელის აღებას არ ექნება

---

[51] იხ. *თ. წერეთელი*, დასახ. ნაშრ., გვ. 222.

[52] იხ. *ი. დვალიძე*, წიგნში: *გ. ნაჭყებია, ი. დვალიძე* (რედ.), სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, 2007, გვ. 272.

[53] იხ. *ი. დვალიძე*, დასახ. ნაშრ., ჟურნალი „ალმანახი", 2004, გვ. 20-21.

[54] იხ. *თ. წერეთელი*, დასახ. ნაშრ., გვ. 223.

ადგილი და დამნაშავე პასუხს აგებს დანაშაულის მცდელობის ან მომზადებისათვის.[55]

არის ისეთი შემთხვევა, როდესაც დამნაშავე დანაშაულზე ხელს იღებს დაზარალებულის ან მესამე პირის მხრიდან გარკვეული დაპირების სანაცვლოდ. ასეთ შემთხვევაში დამნაშავე თავისუფლდება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისაგან დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო. ამის საილუსტრაციოდ სისხლის სამართლის ლიტერატურაში მოყვანილია ასეთი მაგალითი, ა. შეეცადა ბ.-ს გაუპატიურებას. ამ მიზნით იგი თავს დაესხა ბ.-ს და ძალადობის მუქარით მოსთხოვა დანებება. ბ.-მ უთხრა ა.-ს, რომ ორსულად იყო და სთხოვა, სქესობრივი კავშირი არ დაემყარებინა მასთან, ამის სანაცვლოდ ბ.-მ გარკვეული თანხა შესთავაზა ა.-ს. ამ უკანასკნელმა გამოართვა თანხა ბ.-ს და იქაურობას გაშორდა. ასევე, ა. შეეცადა ბ.-ს გაუპატიურებას. ბ.-მ უთხრა ა.-ს, რომ დღეს მისთვის თავი დაენებებინა და მეორე დღეს იგი თანახმა იყო მასთან სქესობრივი კავშირის დამყარებაზე. ა. დასთანხმდა ბ.-ს შემოთავაზებას. მეორე დღეს, როდესაც ა. ბ.-ს ბინაში მივიდა, პოლიციამ დააკავა იგი.[56]

დასახელებულ მაგალითებში დამნაშავის ქმედება დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღებად ფასდება იმის გამო, რომ მოცემულ მომენტში დაზარალებულის დაპირებამ დამნაშავეს გადააფიქრებინა დაზარალებულთან ძალადობით სქესობრივი კავშირის დამყარება. ა. ნებაყოფლობით მოქმედებდა, რაც იმას გულისხმობს, რომ მას პირველ შემთხვევაში აღარ სურდა დანაშაულის ჩადენა, ხოლო მეორე მაგალითში მიზნის ძალადობრივი გზით მიღწევა. ობიექტურად ა.-ს არჩევანის გაკეთების საშუალება ჰქონდა. მას შეეძლო უარი ეთქვა დაზარალებულის დაპირებაზე და დანაშაული ბოლომდე განეხორციელებინა, ამაში მას არავინ ხელს არ უშლიდა. ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, დამნაშავის ქმედებამ დაკარგა კრიმინალური ხასიათი, რის გამოც მისი დასჯა სასჯელის მოთხოვნებიდან გამომდინარე, მიზანშეუწონელია.

ა)ბ) სასამართლო პრაქტიკა

ძალზე საინტერესოა იმ მაგალითების განხილვაც, რომლებსაც ადგილი ჰქონდა სასამართლო პრაქტიკაში და რომელთა გადაწყვეტილებებში აშკარად იკვეთება ფსიქოლოგიზმი, მაგალითად, ა.-მ ტყეში გაუპატიურების მიზნით ბ.-ე მიწაზე წააქცია. დაზარალებულმა თავდამსხმელს სთხოვა, რომ მის წინააღმდეგ ძალა არ გამოეყენებინა და დალოდებოდა იმ მომენტს, როდესაც მას სქესობრივი კავშირის დამყარების სურვილი გაუჩნდებოდა. ამ ხერხით ბ.-ე დროის მოგებას შეეცადა, რადგან ფიქრობდა, რომ შესაძლებელია ამასობაში ვინმე

[55] იხ. *თ. წერეთელი*, დანაშაულის მომზადება და მცდელობა, 1961, გვ. 229, ასევე, იხ. *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, 2011, გვ. 98.

[56] იხ. *მ. ტურავა*, დასახ. ნაშრ., გვ. 360-361, ტესტი №60, 62.

დახმარებოდა. ა. დასთანხმდა დაზარალებულის შემოთავაზებას. ბ.-მ ამასობაში ფეხით მოსიარულე დაინახა და საშველად მოუხმო მას. ა.-ს შეეშინდა მგზავრის გამოჩენის და გაიქცა, თუმცა მას ჯერ კიდევ ჰქონდა მოქმედების განხორციელების საშუალება.

გერმანიის მიწის სასამართლომ ა.-ს ქმედება გაუპატიურების მცდელობად შეაფასა, რადგან მან მხედველობაში მიიღო ა.-ს ქმედების არანებაყოფლობითი ხასიათი. გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ კი მიწის სასამართლოს შეხედულება მკაცრი ფსიქოლოგიური შეფასების საფუძველზე უარყო და ა.-ს ქმედების ნებაყოფლობითი ხასიათი დაასაბუთა. მისი თქმით, გადამწყვეტია ის ფაქტი, რომ ა. ჯერ კიდევ თავისი გადაწყვეტილების ბატონი იყო და მისი გეგმის განხორციელებას იგი ჯერ კიდევ შესაძლებლად თვლიდა. მაშასადამე, მას ჰქონდა თავისუფალი არჩევანის გაკეთების შესაძლებლობა, შეეწყვიტა ან გაეგრძელებინა ქმედება.[57]

გერმანიის მიწის სასამართლომ ასევე გაუპატიურების მცდელობად შეაფასა ა.-ს ქმედება მაშინაც, როდესაც ა.-მ დაზარალებულის სიტყვების შემდეგ — რადგან ეს აუცილებლად უნდა მოხდეს, მაშინ მე დავწვები შენთან, თუმცა ამას ჩემი სიამოვნებისათვის არ გავაკეთებ,— გაკვირვებულმა მცდელობის სტადიაზე შეწყვიტა მოქმედება. მიუხედავად ამისა, გერმანიის მიწის სასამართლომ დამნაშავის გაკვირვება იძულებითი მიზეზით ახსნა და ამით ა.-ს ქმედების არანებაყოფლობითობით ხასიათს გაუსვა ხაზი.[58]

გერმანიის ფედერალური სასამართლოს მიერ მკვლელობის დელიქტების შეფასების დროსაც აშკარად იკვეთება ფსიქოლოგიზმი. მაგალითად, ა.-მ გადაწყვიტა თავიდან მოეცილებინა თავისი სამი წლის გოგონა, რადგან მას ძალიან ეშინოდა ბავშვის რჩენის. ამ მიზნით მან სამჯერ მიარტყმევინა ბავშვს თავი კედელზე, მაგრამ ბავშვი ამის შედეგად არ მოკვდა. ამ დროს ა.-მ შენიშნა, რომ სახლის ეზოში მისი მეუღლე მანქანას აჩერებდა და თან მანქანაში ე. და ვ. ესხდა. მან თავი დაანება გოგონას და აგრესიულად წავიდა მათკენ. იგი მივარდა თავის ცოლს და დაუწყო ცემა. ამასობაში იგი დაწყნარდა და წავიდა იმ ადგილისაკენ, სადაც მისი გოგონა იმყოფებოდა. ამის შემდეგ მან თავისი შვილი მეზობელთან მიიყვანა.

ა.-ს განზრახვა, რომელიც მიმართული იყო თავისი გოგონას მოკვლისაკენ, შეწყდა მაშინვე, როგორც კი იგი დამშვიდდა. მიუხედავად ამისა, გერმანიის მიწის სასამართლომ ა.-ს ქმედება შეაფასა, როგორც განზრახ მკვლელობის მცდელობა, თუმცა შემდგომ გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ ეს გადაწყვეტილება გააუქმა და ა. გაათავისუფლა სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისაგან ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო.[59]

ცოტათი განსხვავებული შეფასება გააკეთა გერმანიის ფედერალურმა სა-

[57] იხ. *C. Jäger*, დასახ. ნაშრ., გვ. 11-12.

[58] იხ. იქვე, გვ. 12.

[59] იხ. იქვე, გვ. 16.

სამართლომ და არ გაათავისუფლა ბრალდებული სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისაგან. საქმის ფაბულა მდგომარეობდა შემდეგში: ა.-ს, რომელმაც მოკლის განზრახვით თავის ცოლს დანა დაარტყა მუცელში, ბავშვებმა შემოუსწრეს. მან ბავშვების თანდასწრებით, ემოციურად დამუხტულმა, დანაშაულის ბოლომდე მიყვანა ვეღარ შეძლო და შეშინებული ბავშვები, რომლებიც ყვიროდნენ, გარეთ გაყარა. ბავშვების ყვირილზე ა.-ს ძმა მოვიდა, რის შემდეგაც ა.-მ დანა გადააგდო.

დასახელებული მაგალითიდან ირკვევა, რომ ა.-ს გარკვეულმა გარემოებებმა ხელი შეუშალეს შედეგის ბოლომდე მიყვანაში, ამიტომ გერმანიის როგორც მიწის, ასევე ფედერალურმა სასამართლოებმა ამ შემთხვევაში უარყვეს ნებაყოფლობითი ხელის აღების ფაქტი. სასამართლოს ასეთმა გადაწყვეტილებებმა კიდევ ერთხელ გამოავლინს ფსიქოლოგიური შეფასების სუსტი მხარეები.[60]

ინტერესს მოკლებული არ იქნება ერთ-ერთი ისეთი შემთხვევა, რომელსაც ადგილი ჰქონდა საქართველოს სასამართლო პრაქტიკაში. საქმე იმაშია, რომ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის საკასაციო პალატამ ნებაყოფლობით ხელის აღებად მიიჩნია და არ გაიზიარა პირველი და მეორე ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილებები, რომლის თანახმად, ა.-ს და ბ.-ს დაეკისრა სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობა გაუპატიურების მცდელობისათვის (მე-19, 137-ე მუხლებით). საქმის ფაბულა მდგომარეობს შემდეგში: ა.-მ გადაწყვიტა ბ.-ნ ერთად დ.-ს გაუპატიურება. თავიანთი განზრახვის სისრულეში მოსაყვანად იარაღის მუქარით მათ დ.-ე წაიყვანეს ტყეში, სადაც არავინ არ იმყოფებოდა, წააქციეს მიწაზე და დაუწყეს შარვლის გახდა. დ.-მ წინააღმდეგობა გაუწია მოძალადეებს, ატეხა ყვირილი. ა.-მ და ბ.-მ დანაშაული ბოლომდე აღარ მიიყვანეს, მიატოვეს შემთხვევის ადგილი და მიიმალნენ.

არგუმენტი, რომლის საფუძველზე ა.-ს და ბ.-ს გაუპატიურების მცდელობისთვის დაეკისრა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა, ემყარებოდა იმას, რომ დაზარალებულის მხრიდან წინააღმდეგობის გაწევა და ყვირილი გახდა დანაშაულის შეწყვეტის მიზეზი. ამიტომ სასამართლომ დამნაშავეთა ქმედება, სავარაუდოა, რომ **ხელის შემშლელ მცდელობად** მიიჩნია და სწორედ ამის გამო უარყო მათ ქმედებაში ნებაყოფლობითი ხელის აღების ფაქტი.

უზენაესი სასამართლოს საკასაციო პალატამ კი, საქმის ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით, მიუთითა იმაზე, რომ დ.-ს მხრიდან გაწეული ფიზიკური წინააღმდეგობა და ყვირილი არ შეიძლება ჩაითვალოს იმ ობიექტურ ხელის შემშლელ გარემოებად, რომლთა არსებობის შემთხვევაში მსჯავრდებულები თავიანთ განზრახვას სისრულეში ვერ მოიყვანდნენ. სწორედ ამიტომ საკასაციო პალატა მიიჩნევს, რომ ა.-ს და ბ.-ს ქმედებაში ადგილი ჰქონდა ნებაყოფლობით ხელის აღებას გაუპატიურების დამთავრებული მცდელობის სტადიაზე. მაშასადამე, უზენაესი სასამართლო ფსიქოლოგიური შეფასების საფუძ-

---

[60] იხ. იქვე, გვ. 17-18.

ველზე დამნაშავეთა ქმედებებში ასაბუთებს ნებაყოფლობითი ხელის აღებას.[61]

ბ. განზრახვა, როგორც დანაშაულზე ხელის აღების სუბიექტური ელემენტი

დანაშაულზე ხელის აღებაში „სურვილის" ელემენტს თავდაპირველად არავითარი ყურადღება არ ექცეოდა, მაგრამ შემდგომ გერმანიის ფედერალური სასამართლოს 1982 წლის გადაწყვეტილებაში გამიზნულობა (Absicht), როგორც ხელის აღების სურვილი, დღის სინათლეზე გამოაჩინა. ამის შემდგომ, იგი გერმანიის სისხლი სამართლის ლიტერატურაში სხვადასხვა ტერმინში გამოიხატა, კერძოდ, იეშეკთან და ვაიგენდთან ტერმინში „abzielen" და კოლსტერთან ტერმინში „beabsichtigen".[62]

აღსანიშნავია ის, რომ ნებაყოფლობითობა პრინციპულად ითვალისწინებს ხელის აღების გამიზვნას.[63] თუმცა, შესაძლებელია ნებაყოფლობით ხელის აღებას ასევე გამიზვნის გარეშეც ჰქონდეს ადგილი.[64] ამ აზრის საილუსტრაციოდ გამოდგება შემდეგი მაგალითი: ა.-მ, რომელსაც გადაწყვეტილი ჰქონდა თავისი ცოლის მოკვლა, საწამლავი გაურია საჭმელში. რამდენიმე ხნის შემდეგ, როდესაც ა. სამზარეულოში დაბრუნდა, ნახა, რომ საჭმელი მისი ცოლის გარდა, მის შვილსაც ეჭამა. შეშფოთებულმა ა.-მ მაშინვე სასწრაფო დახმარება გამოიძახა, რათა მისი შვილი გადაერჩინა. ამასთან, მისთვის ნათელი იყო, რომ ექიმი მის ცოლსაც გადაარჩენდა, მაგრამ იგი ბავშვის სიკვდილს სხვანაირად ვერ აიცილებდა თავიდან.[65]

ა.-ს ქმედება, რომელიც მისი ცოლის გადარჩენისაკენ არის მიმართული, მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვით ხასიათდება.[66] მაშასადამე, როდესაც ისეთ შემთხვევებს აქვს ადგილი, რომლებშიც დამნაშავე დანაშაულზე ხელის აღების დროს ნებაყოფლობით და ამავე დროს, პირდაპირი განზრახვით მოქმედებს, შესაძლებელია გამიზვნა (Absicht), როგორც ასეთი, არ წარმოადგენდეს ნებაყოფლობითობის აუცილებელ პირობას.[67]

ამასთან, სისხლის სამართლის ლიტერატურაში საკითხი შემდეგნაირად დაისვა: შესაძლებელია თუ არა დანაშაულზე ხელის აღებად ჩაითვალოს შემთხვევა, როდესაც დამნაშავე დაზარალებულის გადარჩენას შესაძლებლად თვლის (და არა გარდუვლად), ე.ი. როდესაც დამნაშავე მოქმედებს ევენტუალური

[61] დაწვრილებით იხილეთ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატის 2009 წლის 4 მარტის №1284-ას-08 განჩინება.

[62] იხ. *H. Boß*, Der halbherzige Rücktritt, zum Rüktritt des Alleintäters vom beendeten Versuch. 2002, გვ. 170, ასევე იხილეთ სქოლიო ამავე გვერდზე.

[63] იხ. *H. Boß*, დასახ. ნაშრ., გვ. 171.

[64] იხ. *I. E. Weinhold*, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, 1990, გვ. 149.

[65] იხ. *I. E. Weinhold*, დასახ. ნაშრ., გვ. 150.

[66] იხ. იქვე, გვ. 151.

[67] იხ. იქვე, გვ. 152.

განზრახვით.[68] მაშასადამე, იგი დაზარალებულის გადარჩენაში დარწმუნებული არ არის.[69]

ევენტუალური განზრახვით დანაშაულზე ხელის აღების შესაძლებლობის საკითხი გერმანულ სისხლის სამართლის პრაქტიკაში შემდეგნაირად წყდება: მაგალითად, ა.-მ თავის ცოლს ქ.-ს ერთხელ დაარტყა დანა მუცელში. იგი საკმაოდ აგრესიულად იყო განწყობილი ცოლის მიმართ. თუმცა, მიუხედავად ამისა, მან შეწყვიტა დანაშაულებრივი ქმედება და ოთახიდან გავიდა. გერმანიის მიწის სასამართლომ ამ შემთხვევაში უარყო ნებაყოფლობითი ხელის აღების ფაქტი, რადგან, მისი აზრით, ~~არაპირდაპირი~~ განზრახვით განხორციელებული მკვლელობის მცდელობა როგორც ობიექტურად, ისე სუბიექტურად დამთავრებული იყო.

ამასთან დაკავშირებით, გერმანიის ფედერალური სასამართლო ფიქრობს, რომ ასეთი შეფასება დავას არ გამოიწვევდა მაშინ, თუკი დადგინდებოდა, რომ ბრალდებული მხოლოდ არაპირდაპირი განზრახვით მოქმედებდა, ანუ, თუ მას ცოლის მოკვლა პირდაპირ არ ჰქონდა განზრახული. მაგრამ, რადგან არსებულ სიტუაციაში პირდაპირი განზრახვაც არ იყო გამორიცხული, ამიტომ ფედერალურმა სასამართლომ გააუქმა განაჩენი და მიუთითა იმაზე, რომ მოცემულ შემთხვევაში ნებაყოფლობითი ხელის აღების შესაძლებლობა სახეზეა და ამიტომ **in dubio pro reo**-პრინციპით განზრახვის ყველაზე მძიმე ფორმაზე უნდა გაკეთებულიყო აქცენტი.[70]

ამ მაგალითის მსგავსია ისეთი შემთხვევა, როდესაც დამნაშავე, დაზარალებულთან ჩხუბის შემდეგ, მიუახლოვდა მას და არაპირდაპირი განზრახვით მუცელში დანა დაარტყა. ამის შემდეგ დამნაშავე წავიდა იქვე ახლოს მცხოვრებ ნაცნობთან და სთხოვა მას პოლიციისა და სასწრაფო დახმარების გამოძახება. დაზარალებული ოპერაციის შედეგად გადარჩა. პირველმა ინსტანციამ ნებაყოფლობითი ხელის აღებაზე საერთოდ არ გაამახვილა ყურადღება, ხოლო ფედერალურმა სასამართლომ განაჩენი გააუქმა და დანაშაულებრივი მიზნის გათვალისწინებით, ორი შესაძლებლობა გამოკვეთა: პირველი, დამნაშავეს სურდა არაპირდაპირი განზრახვით მსხვერპლისათვის „ჭკუა ესწავლებინა“ და დანის პირველი დარტყმის შემდეგ, ჩათვალა რომ მიზანს მიაღწია, და, მეორე, დამნაშავეს სურდა დაზარალებული დანის მრავლობითი დარტყმით მოეკლა, მაგრამ პირველი დარტყმის შემდეგ დამნაშავემ შედეგის გამოწვევა შესაძლებლად მიიჩნია. პირველ შემთხვევაში დამთავრებულ მცდელობას ექნება ადგილი, ხოლო მეორე შემთხვევაში დაუმთავრებელი მცდელობა იქნება სახეზე.[71]

გერმანიის ფედერალური სასამართლოს სისხლის სამართლის მე-5 სენატმა უარყო ნებაყოფლობითი ხელის აღების ფაქტი ა.-ს საქმეზე. შემთხვევის ფაბულა მდგომარეობს შემდეგში: ლ. გამოეკიდა ბრალდებულ ა.-ს. ამ

[68] იხ. იქვე, გვ. 158.
[69] იხ. იქვე, გვ. 159.
[70] იხ. *C. Jäger*, დასახ. ნაშრ., გვ. 51.
[71] იხ. იქვე, ასევე იხ. StV, 1986, გვ. 15.

უკანასკნელმა გაქცევით უშველა თავს, მაგრამ, როდესაც ლ. დაეწია დაზარალებულს, მაშინ ა.-მ ერთხელ ესროლა ლ.-ს, რათა მას შეეწყვიტა ა.-ს დევნა. ამასთან, ა. ითვალისწინებდა ლ.-ს სიკვდილის დადგომის შესაძლებლობას. ა.-მ, შესაძლებლობის მიუხედავად, მეორე გასროლა ლ.-ს მიმართულებით არ განახორციელა და კაფეში დაიმალა.

გერმანიის ფედერალური სასამართლოს ასეთი გადაწყვეტილება ეჭვს იწვევს, ვინაიდან არ შეიძლება ორ ერთმანეთის მსგავს სიტუაციას განსხვავებული სამართლებრივი შეფასებება მიეცეს. თუკი დამნაშავის ქმედება ნებაყოფლობით ხელის აღებად ფასდება მაშინ, როდესაც დამნაშავეს დაზარალებულისათვის მხოლოდ „ჭკუის სწავლება“ უნდა და დანის ერთხელ დარტყმის შემდეგ სასწრაფო დახმარებასა და პოლიციას გამოიძახებს, რატომ არ შეიძლება ანალოგიური შეფასება მიეცეს დამნაშავის ქმედებას მაშინაც, როდესაც იგი მხოლოდ შეშინების მიზნით, ერთხელ ესვრის შემპყრობს, მაშინ, როდესაც დამნაშავეს მეორედ გასროლის შესაძლებლობა გააჩნია. სამართლებრივად ეს ორი შემთხვევა ერთნაირი დასკვნების გაკეთების საფუძველს იძლევა. სხვაგვარად იქნებოდა საქმე მაშინ, როდესაც ბრალდებული დანის ერთი დარტყმის ან ერთხელ სროლის შემდეგ კვლავ განახორციელებდა დანაშაულებრივ ქმედებას, რის საფუძველზეც ბრალდებულის ქმედება ახალ დანაშაულებრივ გადაწყვეტილებად უნდა შეფასებულიყო.[72]

საბოლოოდ, შეიძლება ითქვას, რომ სასამართლო პრაქტიკა და დოგმატიკა (უმრავლესობის პოზიცია) ცხადყოფს, რომ დანაშაულზე ხელის აღებისათვის საკმარისია როგორც *მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვა, ასევე ევენტუალური განზრახვა.*[73]

გ. დანაშაულზე ხელის აღების ობიექტური პირობები

დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების შემდეგი პირობაა **საბოლოობა,** ე.ი. როდესაც დამნაშავე დროებით არ გადაიფიქრებს დანაშაულის განხორციელებას, არამედ საერთოდ უარს განაცხადებს მის ჩადენაზე. მაგალითად, ა.-მ შეწყვიტა ქურდობა, რათა მეორე დღეს გაეგრძელებინა იგი. ასეთი ქმედება ნებაყოფლობით ხელის აღებად არ განიხილება,[74] მაგრამ, თუ ა.-მ ქურდობის ჩადენა მომდევნო 10 წლის შემდეგ გადადო, მაშინაც შესაძლებელია პირი გათავისუფლდეს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო. რამდენადაც საბოლოობა სასჯელის მიზნის თეორიიდან გამომდინარეობს, ამიტომ დანაშაულის გადადება ამ ვადით სისხლისსამართლებრი პასუხისმგებლობის გამოყენების თვალსაზრისით არაეფექტურ ხასიათს

[72] იხ. *C. Jäger*, დასახ. ნაშრ., გვ. 56-57.

[73] იხ. *H. Boß*, Der halbherzige Rücktritt, zum Rüktritt des Alleintäters vom beendeten Versuch, 2002, გვ. 184, 185, ასევე, იხ. *I. E. Weinhold*, დასახ. ნაშრ., გვ. 170.

[74] იხ. *თ. წერეთელი*, დასახ. ნაშრ., გვ. 224.

იძენს (ამას შეიძლება ეწოდოს *სასჯელის ეფექტიანობისათვის ხანდაზმულობის გონივრული ვადები*).

ნებაყოფლობითი ხელის აღების აუცილებელ პირობას წარმოადგენს ასევე ის ფაქტი, რომ დამნაშავემ **დანაშაული ბოლომდე** არ უნდა მიიყვანოს. ამის მიღწევა დამნაშავეს შეუძლია როგორც საკუთარი, ასევე სხვა ძალების დახმარებით, მაგრამ მთავარია, რომ მიზეზობრიობის განვითარებაში სხვისი ძალების ჩართვა დამნაშავის ნებას შეესაბამებოდეს. სისხლის სამართლის ლიტერატურაში ამასთან დაკავშირებით მოყვანილია ასეთი მაგალითი, ა.-მ ცეცხლი წაუკიდა სხვის სახლს, მაგრამ შემდეგ გადაიფიქრა სახლის დაწვა და შეეცადა მის ჩაქრობას, თუმცა მისი ძალისხმევა საკმარისი არ აღმოჩნდა ცეცხლის ჩასაქრობად. ამ დროს მას შემოესწრნენ გამვლელები და დაეხმარნენ ცეცხლის ჩაქრობაში და სახლი დაწვას გადაარჩინეს.[75]

ზოგჯერ არის ისეთი შემთხვევები, სადაც დამნაშავის მიერ დაწყებულ მიზეზობრიობის ჯაჭვში სხვა ძალის ჩართვა დამნაშავის ნებას არ შეესაბამება. ეს ისეთი ვითარებაა, როდესაც დამნაშავე ნებაყოფლობით იღებს ხელს დანაშაულის ბოლომდე მიყვანაზე, თუმცა სხვა ძალის მეშვეობით შედეგი მაინც დგება. ასეთ დროს დამნაშავე პასუხს მაინც აგებს დანაშაულის მცდელობის ჩადენისათვის. მაგალითად, ა.-მ განიზრახა ბ.-ს მოკვლა. ამ მიზნით მან საწამლავი ჩაუყარა ბ.-ს საჭმელში. დაზარალებულის მიერ მოწამლული საჭმლის მიღების შემდეგ, ა.-მ გადაიფიქრა დანაშაულის ბოლომდე მიყვანა, იგი თავისი აქტიური მოქმედებით შეეცადა დანაშაულებრივი შედეგის თავიდან აცილებას. ამასთან, ა.-ს ჰქონდა შედეგის თავიდან აცილების რეალური შესაძლებლობა, მაგრამ ბ.-მ ისარგებლა შემთხვევით და ჩაფიქრებული თვითმკვლელობა განახორციელა.[76] ასეთი შემთხვევა ზოგიერთი სისხლის სამართლის მეცნიერის მიერ შეფასებულია არა როგორც დანაშაულის მცდელობა, არამედ როგორც დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღება.[77]

აქედან გამომდინარე, დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების დროს **სუბიექტური მომენტი** არ წარმოადგენს განმსაზღვრელ ფაქტორს, არამედ, როგორც უკვე აღინიშნა, დაუსჯელობის საფუძველს ობიექტური მომენტი ქმნის. სუბიექტმა ობიექტურად უნდა მოსპოს ქმედების ის ნიშანი, რომელიც მას დამთავრებულ დანაშაულად აქცევს,[78] მაშასადამე, მან თავიდან უნდა აიცილოს დანაშაულებრივი შედეგის დადგომა თავისი ან სხვა ძალების დახმარებით.

დამნაშავე თუ **შეცდომით ფიქრობს**, რომ გამოყენებული საშუალებები ნებაყოფლობითი ხელის აღებისათვის და, შესაბამისად, შედეგის თავიდან ასაცილებლად სავსებით საკმარისია, მაგრამ შედეგი მაინც დადგება, იგი სისხლის

---

[75] იხ. *დ. სულაქველიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 74-76.

[76] იხ. *მ. ტურაჯა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-8 გამოცემა, 2010, გვ. 262.

[77] იხ. *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი*, დასახ. ნაშრ., გვ. 96.

[78] იხ. *თ. წერეთელი*, დასახ. ნაშრ., გვ. 220.

სამართლის პასუხისმგებლობისგან არ უნდა გათავისუფლდეს.[79] მაშასადამე, დანაშაულზე ხელის აღება ობიექტურად უნდა არსებობდეს და ნებაყოფლობითი ხელის აღებისათვის საკმარისი არ არის დამნაშავის წარმოდგენაში მისი არსებობა.

იმ შემთხვევაში, თუ დამნაშავეს არ სურს დანაშაულის განხორციელება და, ამასთან, იგი შეცდომით ფიქრობს, რომ მას შეუძლია დანაშაულის ბოლომდე მიყვანა, ნებაყოფლობით ხელის აღებას ექნება ადგილი. დამნაშავე დარწმუნებულია თავის ძალებში და შეცდომით ჰგონია, რომ დანაშაულის შემადგენლობის ბოლომდე განხორციელებას შეძლებს. მაგალითად, დამნაშავე, რომელსაც განზრახული აქვს სხვისი ბინის გაქურდვა, დარწმუნებულია იმაში, რომ ადვილად მოახერხებს ძალაყინის დახმარებით კარების შემტვრევას. სინამდვილეში, კარები გამაგრებულია რკინის დეტალებით, რის გამოც ფიზიკურად შეუძლებელია ძალაყინით მისი გატეხვა. მოცემულ სიტუაციაში, თუ დამნაშავე გადაიფიქრებს ქურდობის ჩადენას, მაშინ იგი უნდა გათავისუფლდეს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო. მაგრამ, თუ შემაფერხებელი გარემოებები მხოლოდ სუბიექტის წარმოდგენაში არსებობს, მაშინ ნებაყოფლობით ხელის აღებას ადგილი არ ექნება.[80]

III. ნებაყოფლობითი ხელის აღების თავისებურებანი თანამონაწილეობის დროს

თანამონაწილეობის დროს დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღება შეუძლია არა მარტო ამსრულებელს (თანაამსრულებელს), არამედ აგრეთვე თანამონაწილესაც.

თანამონაწილეთა მიერ დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღებას გარკვეული სპეციფიკურობა ახასიათებს, რომელიც განპირობებულია თანამონაწილეთა ბუნებით. ამიტომ შედარებით განსხვავებულია მასთან დაკავშირებული იურიდიული შედეგებიც. თუ ამსრულებელი ხელს იღებს დანაშაულის ჩადენაზე, თანამონაწილეები ავტომატურად არ თავისუფლდებიან სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან. აქედან გამომდინარე, თანამონაწილეთა სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის საკითხი ინდივიდუალურად უნდა გადაწყდეს.[81]

სისხლის სამართლის ლიტერატურაში სწორად მიუთითებენ იმაზე, რომ ნებაყოფლობითი ხელის აღება, როგორც წამახალისებელი ნორმა, „წარმოადგენს მხოლოდ პასუხისმგებლობისაგან პერსონალური გათავისუფლების საფუძ-

---

[79] იხ. *ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი*, დასახ. ნაშრ., გვ. 97.

[80] იხ. *თ. წურწუმია*, დასახ. ნაშრ., გვ. 227.

[81] იხ. *დ. სულაქველიძე*, დამხმარის მიერ დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღება, „საბჭოთა სამართალი", 1985, №1, გვ. 30.

ველს[82]". დასახელებული შეესაბამება თანამონაწილეობის აქცესორულ ბუნებას. „სწორედ თანამონაწილეთა აქცესორული ბუნება და თანამონაწილეთა პასუხისმგებლობის ინდივიდუალიზაციის სპეციფიკა განაპირობებს თანამონაწილეთა მიერ დანაშაულის ჩადენაზე ნებაყოფლობით ხელის აღების თავისებურებებს[83]".

ნებაყოფლობითი ხელის აღებისათვის საკმარისი არ არის მხოლოდ დანაშაულის მიზეზობრიობიდან უბრალო გამოთიშვა, არამედ თითოეული მონაწილე სერიოზულად უნდა გაისარჯოს, რათა თავიდან იქნეს აცილებული დანაშაულებრივი შედეგი.[84]

თანამედროვე ქართული სისხლის სამართლის კანონმდებლობა თანამონაწილეთა მიერ ნებაყოფლობითი ხელის აღების საკითხს საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლის ფარგლებში არეგულირებს.

ამ მუხლის მე-3 ნაწილის თანახმად, თანამონაწილეებს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობა არ დაეკისრებათ, თუ მათ შეასრულეს შემდეგი პირობებიდან ერთ-ერთი:

1. გადაარწმუნეს ამსრულებელი;
2. დროულად შეატყობინეს ხელისუფლების ორგანოს;
3. სხვაგვარად შეუშალეს ხელი ამსრულებელს ან სხვა თანამონაწილეს და ამით არ მისცეს დანაშაულის დამთავრების შესაძლებლობა;
4. *დამხმარემ* დანაშაულის დაწყებამდე უარი თქვა შეპირებული ქმედების შესრულებაზე;
5. *დამხმარემ* დანაშაულის დამთავრებამდე უკან დაიბრუნა დანაშაულის ჩასადენად გადაცემული იარაღი ან საშუალება.

დასახელებული პირობები ნებაყოფლობით ხელის აღების საფუძველს ქმნის მაშინ, თუკი მათი განხორციელების საფუძველზე დანაშაულებრივი შედეგი თავიდან იქნება აცილებული, წინააღმდეგ შემთხვევაში, მათი არსებობა, სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლის მე-4 ნაწილის საფუძველზე, სასამართლომ შეიძლება გაითვალისწინოს სასჯელის დანიშვნის დროს, როგორც პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელი გარემოება. თუმცა სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლის მე-3 ნაწილის ბოლო წინადადება აკეთებს გამონაკლისს ფიზიკური დამხმარისთვის. გარდა ამის, ასეთი გამონაკლისი სისხლის სამართლის დოგმატიკაში დაშვებულია ასევე თანაამსრულებლისთვისაც. ყოველივე ამის შესახებ ქვემოთ იქნება საუბარი.

ამსრულებლის გადარწმუნება, ერთ შემთხვევაში, ნებაყოფლობით ხელის აღებად მიიჩნევა მაშინ, როდესაც ამსრულებელს გადაწყვეტილი აქვს დანაშაულის ჩადენა და თანამონაწილეები შეძლებენ მის დაყოლიებას, ხელი აიღოს

[82] იხ. *ქ. ტურავა*, დასახ. ნაშრ., გვ. 263.

[83] იხ. *დ. სულაქველიძე*, ნებაყოფლობით ხელის აღება დანაშაულის ჩადენაზე, 1992, გვ. 189.

[84] იხ. *B. Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., 2010, გვ. 338.

დანაშაულის ჩადენაზე. მაგალითად, ა.-მ წააქეზა ბ.-ე მოეკლა გ.-ე, მაგრამ ცოტა ხნის გასვლის შემდეგ, ა.-მ გადაიფიქრა გ.-ს მოკვლა და დაარწმუნა ამსრულებელი ხელი აეღო დანაშაულის ჩადენაზე. მეორე შემთხვევაში, ნებაყოფლობით ხელის აღებად განიხილება ასევე ისეთი შემთხვევა, როდესაც წამქეზებელს შეცდომით ჰგონია, რომ ამსრულებელი დაარწმუნა დანაშაულის ჩასადენად და შემდეგ შეეცდება მის გადარწმუნებას არ ჩაიდინოს დანაშაული. სინამდვილეში ამსრულებელს თავიდანვე არ ჰქონდა განზრახული დანაშაულის ჩადენა და თანამონაწილის ცდა პირველივე ჯერზე უშედეგო აღმოჩნდა. მაგალითად, ა. შეეცადა ბ.-ს დაყოლიებას მკვლელობის ჩასადენად, ა.-ს ეგონა, რომ მისმა ძალისხმევამ, დაერწმუნებინა ბ.-ე მოეკლა გ.-ე, შედეგი გამოიღო, თუმცა ცოტა ხნის შემდეგ ა.-მ გადაიფიქრა გ.-ს მოკვლა, დაუკავშირდა ბ.-ს და შეეცადა მისი წარმოდგენით წაქეზებული ბ.-ს გადარწმუნებას.

ამსრულებლის გადარწმუნება შეუძლია როგორც წამქეზებელს, ასევე ორგანიზატორსა და ფსიქიკურ დამხმარეს. თანამონაწილეებს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობა არ უნდა დაეკისროთ მაშინაც, როდესაც ისინი შეეცდებიან ერთმანეთის გადარწმუნებას. მაგალითად, ა.-მ წააქეზა ბ.-ე განზრახ მკვლელობის ჩასადენად. ვინაიდან ბ.-ს არ ჰქონდა იარაღი, ა.-მ ურჩია ამსრულებელს დაკავშირებოდა ც.-ს და მისგან შეეძინა იარაღი. მაგრამ, სანამ ც.-ე იარაღს მისცემდა ბ.-ს, ა.-მ გადაიფიქრა დანაშაულის ჩადენა, სასწრაფოდ დაუკავშირდა ც.-ს და გარიგების პროცესში გადაარწმუნა ც.-ე, არ მიეყიდა ბ.-სთვის იარაღი. ვინაიდან ბ.-ს იარაღი არ ჰქონდა, დანაშაული ვეღარ განახორციელა. თუმცა, თუ ამსრულებელმა დანაშაული სხვა საშუალებით მაინც ჩაიდინა, წამქეზებელს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობა აუცილებლად დაეკისრება. საკითხის ამგვარი შეფასება გამომდინარეობს სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლის მე-4 ნაწილის მოთხოვნებიდან.

ამ მაგალითისგან განსხვავდება ისეთი შემთხვევა, როდესაც წამქეზებელმა ამსრულებელს მკვლელობის ჩადენაზე ხელი აღებინა, მაგრამ მესამე პირმა, რომლის შესახებ პირველმა წამქეზებელმა არ იცოდა, აიძულა ამსრულებელი ჩაედინა იგივე დანაშაული. მოცემულ შემთხვევაში პირველ წამქეზებელს ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო არ დაეკისრება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობა. მართალია, ის შედეგი, რომელიც პირველი წამქეზებლის თავდაპირველი განზრახვით იყო მოცული, განხორციელდა, მაგრამ აქ გადამწყვეტია არა შედეგის დადგომის ფაქტორი, არამედ სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლის სხვა ძირითადი პირობები, კერძოდ, ნებაყოფლობითობა, რომელიც სახეზეა და პირველი წამქეზებლის ქმედება მიზეზობრივად არ არის დაკავშირებული დამდგარ შედეგთან.[85]

არის ისეთი შემთხვევები, როდესაც ორგანიზატორი ან წამქეზებელი ნებაყ-

---

[85] იხ. დ. *სულაქველიძე*, დამხმარის მიერ დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღება, „საბჭოთა სამართალი", 1985, №1, გვ. 36.

ოფლობითი ხელის აღების მოტივით ხელს უშლის ამსრულებელს მკვლელობის ბოლომდე მიყვანაში, მაგრამ ამსრულებელი, ამის მიუხედავად, მაინც მოასწრებს დაზარალებულისათვის ჯანმრთელობის დაზიანებას. ამ შემთხვევაში ორგანიზატორი ან წამქეზებელი ჯანმრთელობის განზრახ დაზიანების მიყენებაში თანამონაწილეობისთვის უნდა დაისაჯოს,[86] რადგან მათ მიერ მიღებული ზომები საკმარისი არ აღმოჩნდა დანაშაულებრივი შედეგის თავიდან ასაცილებლად.

შეიძლება ორგანიზატორმა გადაარწმუნოს როგორც ამსრულებელი, ასევე სხვა თანამონაწილე. ამასთან, გადარწმუნების ფაქტს შესაძლებელია, ადგილი ჰქონდეს მაშინ, როდესაც ამსრულებელი იმყოფება როგორც მომზადების, ასევე მცდელობის სტადიაზე. გარდა ამის, თანამონაწილეთა მხრიდან ნებაყოფლობით ხელის აღება დასაშვებია მაშინაც, როდესაც ამსრულებელმა ქმედება იურიდიულად დაამთავრა და იგი ფაქტობრივად ჯერ კიდევ არ არის დასრულებული.[87]

თანამონაწილეთა მხრიდან ნებაყოფლობით ხელის აღებას ადგილი აქვს მაშინაც, როდესაც თანამონაწილეებმა დროულად შეატყობინეს ხელისუფლების ორგანოებს და ამით თავიდან აიცილეს მოსალოდნელი მავნე შედეგი. ხელისუფლების ორგანოებში მოიაზრებიან ძალოვანი ორგანოები, მაგალითად, პოლიცია, პროკურატურა, უშიშროების სამსახური.[88] ხელისუფლების ორგანოში შედიან მოხელეები ან მასთან გათანაბრებული პირები, რომლებიც აღმასრულებელ-განმკარგულებელი ფუნქციით არიან აღჭურვილი. მაშასადამე, ისინი წარმოადგენენ სპეციალურ სუბიექტებს.

შემდგომი პირობა მდგომარეობს იმაში, რომ ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო თანამონაწილეები სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლდებიან მაშინ, როდესაც ისინი სხვაგვარად შეუშლიან ხელს ამსრულებელს ან სხვა თანამონაწილეს და ამით არ მისცემენ დანაშაულის დამთავრების საშუალებას. სხვაგვარად ხელის შეშლაა, მაგალითად, თანხის გადახდა, შეპყრობა, თხოვნა და ა.შ.[89]

პირობაში ,,სხვაგვარად ხელის შეშლა" მოიაზრება ასევე ისეთი შემთხვევა, როდესაც თავდაპირველად წამქეზებელი დაიყოლიებს ამსრულებელს განზრახ მკვლელობის ჩადენაში ან ფსიქიკური დამხმარე რჩევა-დარიგებებს მისცემს ამსრულებელს, ხოლო შემდეგ დანაშაულის დამთავრებამდე ისინი გადაიფიქრებენ მკვლელობის ჩადენას და დაარწმუნებენ შურისძიების გრძნობით გამსჭვალულ ამსრულებელს იმაში, რომ სავსებით საკმარისი იქნება, თუ იგი დაზარალებულს მხოლოდ ჯანმრთელობას დაუზიანებს. ამასთან, თანამონაწილეებს მძიმე შედეგის თავიდან აცილების სხვა საშუალება არ ჰქონდათ. ამსრულებელმა დაუჯერა

---

[86] იხ. *ნ. გვენეტაძე*, დანაშაულის ორგანიზატორი, 1994, გვ. 106, ასევე, იხ. *დ. სულაქველიძე*, ნებაყოფლობით ხელის აღება დანაშაულის ჩადენაზე, 1992, გვ. 190.

[87] ამ საკითხზე იხილეთ შემდეგი პარაგრაფი.

[88] იხ. *ი. დვალიძე*, წიგნში: *გ. ნაჭყებია, ი. დვალიძე* (რედ.), სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, 2007, გვ. 184.

[89] იხ. *ი. დვალიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 184.

თანამონაწილეებს და მკვლელობის ნაცვლად ჯანმრთელობის დაზიანება მიაყენა დაზარალებულს. საკითხის ამგვარი გადაწყვეტა სავსებით აკმაყოფილებს ნებაყოფლობითი ხელის აღების მარეგულირებელი ნორმის მოთხოვნებს და შეესაბამება სისხლის სამართლის პოლიტიკის მიზნებს.

პირობა „სხვაგვარად ხელის შეშლა“ უნდა გაიმიჯნოს ე.წ. **რისკის შემცირების თეორიით** დაფუძნებული ისეთი შემთხვევებისგან, როდესაც ა.-ს ც.-ს მოკვლა უნდა, ხოლო ბ.-ე დაარწმუნებს ა.-ს იმაში, რომ მკვლელობის ნაცვლად უმჯობესი იქნება, თუ იგი ჯანმრთელობის დაზიანებას მიაყენებს დაზარალებულს. რისკის შემცირების თეორიის თანახმად, პირი არ დაისჯება დანაშაულის წაქეზებისათვის, არამედ იგი გათავისუფლდება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან, რადგან მან უფრო დიდი სამართლებრივი სიკეთე გადაარჩინა.[90]

თანამონაწილეთა მიერ ნებაყოფლობით ხელის აღების მე-4 და მე-5 პირობა ეხება მხოლოდ **დამხმარეს**. დასახელებული პირობები გათვალისწინებულია საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლის მე-3 ნაწილის მეორე წინადადებაში, სადაც მითითებულია, რომ დანაშაულებრივი შედეგის დადგომის მიუხედავად, დამხმარე უნდა გათავისუფლდეს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო, თუ იგი ამსრულებლის მიერ დანაშაულის დაწყებამდე უარს განაცხადებს შეპირებული ქმედების შესრულებაზე ან დანაშაულის დამთავრებამდე უკან დაიბრუნებს გადაცემულ იარაღს ან სხვა საშუალებას. ეს გახლავთ ერთ-ერთი საგამონაკლისო შემთხვევა, როდესაც დამნაშავე, შედეგის დადგომის მიუხედავად, თავისუფლდება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო.

დანაშაულის დაწყებამდე დამხმარე თავისი ინიციატივით ან ამსრულებლის, ან სხვა პირის თხოვნის საფუძველზე შეიძლება შეჰპირდეს ამსრულებელს, რომ დანაშაულის ჩადენის მომენტში ან დანაშაულის დამთავრებამდე შეასრულებს რაიმე მოქმედებას, ან თავს შეიკავებს მოქმედების შესრულებისაგან. შეპირება შეიძლება გამოიხატოს აგრეთვე დანაშაულის დაფარვაში.[91] მაგრამ იმისათვის, რომ დამხმარე გათავისუფლდეს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო, მან შეპირებული ქმედების შესრულებაზე აუცილებლად დანაშაულის დაწყებამდე უნდა განაცხადოს უარი.

---

[90] იხ. *მ. ტურავა*, დასახ. ნაშრ., გვ. 277.

[91] *ოთარ გამყრელიძის* პოზიცია, რომლის მიხედვითაც, დანაშაულის დაფარვის დაპირება ფსიქიკურ დახმარებად განიხილება, არ არის გასაზიარებელი, რადგან შეპირებას კანონმდებელი სსკ-ის 21-ე მუხლის მე-3 ნაწილის მეორე წინადადების ფარგლებში განიხილავს. აღნიშნული კი თავის თავში მხოლოდ ფიზიკურ დამხმარეს მოიაზრებს. სსკ-ის 21-ე მუხლის მე-3 ნაწილის ეს წინადადება ვრცელდება ისეთ შემთხვევებზე, როდესაც დანაშაული ბოლომდე ხორციელდება და ამის მიუხედავად, დამხმარე საგამონაკლისო წესით პასუხს არ აგებს. ამიტომ დამხმარის მიერ დანაშაულის დაფარვის შეპირება *პოტენციურ ფიზიკურ დახმარებად* განიხილება. იხ. *ო. გამყრელიძე*, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, 2008, გვ. 174.

ეს გახლავთ კანონმდებლის იმპერატიული მოთხოვნა და ამის არშესრულება გამოიწვევს დამხმარის სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობას.

სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლის მე-3 ნაწილის მეორე წინადადებაში კანონმდებელი საუბრობს იმაზე, რომ დამხმარემ აუცილებლად დანაშაულის დაწყებამდე უნდა განაცხადოს უარი შეპირებული ქმედების შესრულებაზე. კანონის ტექსტი ბადებს შეკითხვას: კანონმდებელი დამხმარეს ხომ არ უზღუდავს ნებაყოფლობითი ხელის აღების უფლებას, და თუ ეს ასეა, რამდენად პასუხობს კანონმდებელი ჰუმანურობისა და სამართლიანობის პრინციპების მოთხოვნებს და ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტის ამოცანებს.

ეს შეკითხვა იმიტომ არის აქტუალური, რომ პრაქტიკაში არსებობს ისეთი შემთხვევები, როდესაც დანაშაულის შემადგენლობის განხორციელების დაწყების შემდეგ, დამხმარეს შეუძლია გადაიფიქროს შეპირებული ქმედების შესრულება. მაგალითად, ა.-ს უნდა თავისი მეზობელი ბ.-ე გათოკოს და წყალში ჩააგდოს. ამისთვის ა.-ს ესაჭიროება ავტომანქანა. ამ მიზნით იგი დაუკავშირდა დ.-ს და დახმარება სთხოვა. დ.-ე დახმარებას შეჰპირდა. გეგმის მიხედვით, დ.-ს ავტომანქანა ბ.-ს სახლის წინ უნდა გაეჩერებინა და თავად წასულიყო იქიდან. როდესაც ა.-მ ბ.-ე გათოკა და დააპირა სახლიდან მისი გამოყვანა, ამ დროს დაურეკა დ.-მ და დახმარებაზე უარი განუცხადა. ამის მიუხედავად, ა.-მ გათოკილი ბ.-ე ფეხით მიიყვანა მდინარემდე და მოკვლის განზრახვით წყალში გადააგდო. ხელებშეკრულმა ბ.-მ თავი ვერ დააღწია მდინარეს და დაიხრჩო.

დასახელებულ მაგალითში დ.-მ უარი განაცხადა შეპირებული ქმედების შესრულებაზე მას შემდეგ, რაც ამსრულებელმა მკვლელობის შემადგენლობის განხორციელება დაიწყო. მაშასადამე, დ.-მ, შედეგის დადგომის მიუხედავად, ნებაყოფლობით აიღო ხელი დანაშაულის ჩადენაზე. მაგრამ დ.-ე, როგორც პოტენციური ფიზიკური დამხმარე, გათავისუფლდება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან 21-ე მუხლის მე-3 ნაწილის თანახმად? პასუხი უარყოფითია, რადგან, როგორც უკვე ითქვა, კანონმდებელი მე-3 ნაწილში მოითხოვს, რომ სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან თავისუფლდება ის დამხმარე, რომელიც დანაშაულის დაწყებამდე და არა დაწყების შემდეგ ხელს აიღებს დანაშაულზე. თუმცა სამართლებრივი თვალსაზრისით, დამხმარე დანაშაულის დაწყებამდე იტყვის უარს შეპირებული ქმედების შესრულებაზე, თუ დანაშაულის დაწყების შემდეგ განსხვავებულ შედეგებს არ იძლევა, რადგან ორივე შემთხვევაში იგი მიზეზობრივად აღარ არის დაკავშირებული იმ შედეგთან, რომელსაც ამსრულებელი მისგან დამოუკიდებლად სჩადის. მაშინ როგორ უნდა მოიქცეს სამართალშემფარდებელი. მართალია, ამ პრობლემის თავიდან აცილება სამართალშემფარდებელს შეუძლია **ანალოგიის** გამოყენების გზით, თუმცა უკეთესია, თუ თავად კანონმდებელი სსკ-ის 21-ე მუხლის მე-3 ნაწილში მოაწესრიგებს ამ საკითხს.

დამხმარის მხრიდან გაცხადებული ნებაყოფლობითი უარი, რომ იგი აღარ

მონაწილეობს დანაშაულის ჩადენაში და იმის რწმენა, რომ მისი მონაწილეობის გარეშე დანაშაული არ დამთავრდება, თავისთავად არ წარმოადგენს ნებაყოფლობითი ხელის აღებესათვის საკმარისს პირობას, თუკი ამსრულებელი, დამხმარის მიერ დანაშაულის ჩადენაში შეტანილი „წვლილის“ წყალობით, ბოლომდე მიიყვანს დანაშაულს.

მაგალითად, სისხლის სამართლის ლიტერატურაში ასეთი კაზუსია მოყვანილი: ა.-მ, ქურდობის მიზნით, მაღაზიის მეპატრონის გასაღები გადასცა ბ.-ს, თუმცა მოგვიანებით ა.-მ მაღაზიის გაქურდვა გადაიფიქრა. იგი დაუკავშირდა ბ.-ს და პირობა ჩამოართვა, რომ იგი არაფერს არ მოიმოქმედებდა. თუმცა ბ.-ს დაპირება მოჩვენებითი იყო, რადგან მან აღნიშნული გასაღების დახმარებით ქურდობა მაინც ჩაიდინა.[92]

მოცემულ შემთხვევაში ა. უნდა დაისაჯოს ქურდობაში თანამონაწილეობისათვის.[93]

ა. მხოლოდ მაშინ გათავისუფლდება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან, თუ ბ.-ს დაპირებას მოჩვენებითი ხასიათი არ ექნება. მაშასადამე, ა. ბ.-ს გადააფიქრებინებს დანაშაულის ჩადენას და მხოლოდ ამის შემდეგ ახლად წარმოშობილი განზრახვის საფუძველზე ბ.-ე ა.-ს მიერ გადაცემული გასაღების დახმარებით განახორციელებს დანაშაულს. ა.-ს დაუსჯელობა ეფუძნება იმას, რომ ახლად წარმოქმნილი განზრახვა ქმნის ახალ დანაშაულს, რომელშიც ა. არ მონაწილეობს.[94]

ნებაყოფლობითი ხელის აღების მე-5 პირობა მოცემულია საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლის მე-3 ნაწილის ბოლო წინადადებაში. აქ საუბარია იმაზე, რომ, თუ ფიზიკურმა დამხმარემ ამსრულებლის მიერ დანაშაულის დამთავრებამდე უკან დაიბრუნა ამსრულებლისათვის ან სხვა თანამონაწილისათვის გადაცემული იარაღი ან სხვა საშუალება, იგი თავისუფლდება სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან. ეს ისეთი შემთხვევაა, როდესაც დამხმარე დანაშაულის დაწყებამდე ან დაწყების შემდეგ ამსრულებელს ან სხვა თანამონაწილეს ჯერ გადასცემს იარაღს, რომელიც შეიძლება იყოს სხვადასხვა სახის, ცეცხლსასროლი ან ცივი იარაღი, ან სხვა საშუალებებს, რომელშიც იგულისხმება ყველა ის საგანი, რომელიც გამოიყენება დანაშაულის ჩასადენად, მათ შორის სათამაშო საშუალებები, ცხოველები და ა.შ. ხოლო ამის შემდეგ, დამხმარე უკან იბრუნებს მათ სხვადასხვა გზით, ეს შეიძლება გამოიხატოს ძალით ან ნებით გამორთმევაში, დამალვაში და სხვ. ამ ნორმის მიზანია, რომ დამხმარე გამოეთიშოს იმ მიზეზობრივ ჯაჭვს, რომელშიც თავად იყო ჩართული და რომელიც დანაშაულის დამთავრებისაკენ იყო მიმართული.

სწორედ ამიტომ სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან არ თავისუ-

---

[92] იხ. *C. Roxin*, დასახ. ნაშრ., გვ. 581.

[93] შეად. *Vogler*, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer an der Straftat, ZStW 98, 1986, გვ. 345.

[94] იხ. *C. Roxin*, დასახ. ნაშრ., გვ. 582.

ფლდება ის დამხმარე, რომელიც, მართალია, უკან იბრუნებს დამნაშავისათვის გადაცემულ საშულებას, მაგრამ იგი მაინც ვერ აღწევს თავს იმ მიზეზობრივ ჯაჭვს, რომელშიც იგი თავდაპირველად თავისი ქმედებით ჩაება. მაგალითად, ა.-მ ბ.-ს ქურდობის ჩადენამდე გამოართვა გასაღები ნაქურდალის შესანახად. ბ.-მ მისცა ა.-ს გასაღები, მაგრამ ცოტა ხნის შემდეგ გადაიფიქრა დანაშაულში დახმარება და უკან გამოართვა გასაღები ა.-ს. თუმცა გასაღების დაბრუნებამდე ა.-მ ჩუმად დაამზადა ასლი, რის შედეგადაც მან მაინც მოახერხა ბინაში ნაქურდალი ნივთების შენახვა.[95]

ამ შემთხვევაში ფიზიკური დამხარე, მართალია, არ გათავისუფლდება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან, მაგრამ მას, შეძლებისგვარად, შეუმსუბუქდება სასჯელი. სისხლის სამართალში სამართლიანად არის აღნიშნული, რომ სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის შემსუბუქება ფიზიკური დამხმარისათვის სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლის მე-4 ნაწილის ფარგლებში უნდა განხორციელდეს.[96]

მართალია, სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლის მე-4 ნაწილში კანონმდებელი მხოლოდ ორგანიზატორს, წამქეზებელსა და ფსიქიკურ დამხმარეს, რომლებმაც თავიანთი ქმედებით ვერ შეძლეს თავიდან აეცილებინათ დანაშაულებრივი შედეგი, ჰპირდება, რომ სასამართლომ მათ მიერ მიღებული ზომები შეიძლება სასჯელის დანიშვნის დროს გაითვალისწინოს, როგორც პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელი გარემოება, მაგრამ ფიზიკურ დამხმარის მიმართ ამ ნორმის გამოყენება პიროვნების სასარგებლოდ ანალოგიის გამოყენების კარგი მაგალითია.

ნათლად ჩანს, რომ კანონმდებელი ამ ნაწილში მოსამართლეს არ ბოჭავს, არამედ აძლევს თავისუფალი არჩევანის გაკეთების საშუალებას, შეუმსუბუქოს თანამონაწილეს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობა ან უარი უთხრას ყოველგვარ შემსუბუქებაზე. მაშასადამე, აღნიშნული ნორმა თანამონაწილეებს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის შემსუბუქების აბსოლიტურ გარანტიებს არ აძლევს.

შეიძლება თუ არა, რომ თანამონაწილეებმა დანაშაულზე აიღონ ხელი როგორც მოქმედებით, ისე უმოქმედბით? სისხლის სამართლის მეცნიერებაში გაბატონებული იყო შეხედულება, რომლის თანახმად, წამქეზებელსა და ფსიქიკურ დამხმარეს დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღება შეეძლო მხოლოდ აქტიური ქმედებით, ხოლო დამხმარეს გამონაკლისი სახით შეეძლო უმოქმედობითაც შეეწყვიტა დანაშაულებრივი საქმიანობა.[97] ანალოგიური აზრი ვითარდება შემდგომი პერიოდის სისხლის სამართლის ზოგიერთი მეცნიერის ნაშრომებში,[98] თუმცა ეს პოზიცია სისხლის სამართალში გაზიარებული არ

[95] იხ. *მ. ტურავა*, დასახ. ნაშრ., გვ. 277.

[96] იხ. *ო. გამყრელიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 176.

[97] იხ. *თ. წერეთელი*, დასახ. ნაშრ., გვ. 244-245.

[98] იხ. *დ. სულაქველიძე*, ნებაყოფლობით ხელის აღება დანაშაულის ჩადენაზე, 1992, გვ. 201,

არის. სისხლის სამართლის ლიტერატურაში აღნიშნულია, რომ წამქეზებელს შეუძლია დანაშაულზე უმოქმედობით აიღოს ხელი მაშინ, როდესაც იგი ამას გადაწყვეტს მანამ, ვიდრე ბოლომდე დაარწმუნებს ამსრულებელს, რომ მან ჩაიდინოს დანაშაული.[99]

რაც შეეხება **თანაამსრულებელს**, თანამედროვე სისხლის სამართლის ლიტერატურაში მითითებულია, რომ თანაამსრულებელი უმთავრესად უმოქმედობით იღებს ხელს დანაშაულზე. ამის მაგალითად მოყვანილია გაუპატიურების შემთხვევა, როდესაც ა. გააკავებს დ.-ს, ხოლო ბ.-ე შეეცდება მის გაუპატიურებას. მაგრამ სქესობრივი აქტის დაწყებამდე ა. გადაიფიქრებს დანაშაულის ჩადენას და ხელს გაუშვებს დ.-ს. ამის მიუხედავად, ბ.-ე მაინც შეძლებს დ.-ს გაუპატიურებას.[100]

ზემოთ მოცემულ პოზიციას არ შეიძლება აბსოლიტური ხასიათი მიენიჭოს, გამომდინარე იქიდან, რომ თანაამსრულებლობის შემთხვევაში დანაშაულზე ხელის აღება ერთ-ერთი თანაამსრულებლის მიერ შეიძლება არა მარტო უმოქმედობით, არამედ მოქმედებითაც განხორციელდეს. გაუპატიურების დასახელებულ მაგალითში, ა. შეიძლება გათავისუფლდეს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან არა მხოლოდ მაშინ, როდესაც იგი ხელს გაუშვებს დაზარალებულს, არამედ მაშინაც, როდესაც იგი მეორე თანაამსრულებელს წინააღმდეგობას გაუწევს, გადაეფარება დაზარალებულს და ამგვარად, არ მისცემს მეორე ამსრულებელს დანაშაულის დამთავრების საშუალებას. მაშასადამე, აქტიური ქმედებით აიღებს ხელს დანაშაულზე.

გარდა ამის, ზემოთ წარმართულ მსჯელობაში დასაზუსტებელია ზოგიერთი საკითხი. **ჯერ ერთი**, გაუპატიურების მაგალითში, შედეგის დადგომის მიუხედავად, თანაამსრულებელი მხოლოდ მაშინ გათავისუფლდება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო, თუ დადგინდება, რომ მეორე თანაამსრულებელი, ამ შემთხვევაში ბ.-ე, უთუოდ შეძლებდა ა.-ს გარეშე დანაშაულის ბოლომდე მიყვანას. მაგრამ თუ დადგინდება, რომ არა ა.-ს ქმედება, ბ.-ე დანაშაულს ბოლომდე მიყვანას ვერ შეძლებდა, ე.ი. თუ ა. თავისი უმოქმედობით მიზეზობრივი ჯაჭვიდან მაინც ვერ გამოეთიშებოდა, მაშინ შედეგის დადგომის შემთხვევაში ა. აუცილებლად აგებდა პასუხს გაუპატიურებისათვის. **მეორე** მნიშვნელოვან საკითხს წარმოადგენს ის, რომ, თუ თანაამსრულებელი გაუპატიურების დაწყებამდე წამქეზებლის როლში გამოვიდა, ხოლო შემდგომ თანაამსრულებლის ფუნქცია შეასრულა და დანაშაულის დამთავრებამდე უმოქმედობით შეწყვიტა დანაშაულში მონაწილეობა, დანაშაულის დამთავრების შემთხვევაში იგი სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან არ გათავისუფლდება, რადგან აქ, განსხვავებით ზემოთ დასახელებული შემთხ-

---

ასევე, იხ. ა. *მახარაძე*, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დანაშაულში დახმარებისათვის, 2006, გვ. 215.

[99] იხ. ო. *გამყრელიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 173.

[100] იხ. ო. *გამყრელიძე*, იქვე, გვ. 177.

ვევისაგან, გადამწყვეტია შედეგის თავიდან აცილება.

ა.-მ წააქეზა ბ.-ე გაუპატიურების ჩასადენად. შემდეგ ა. თავადაც ჩაერთო დანაშაულის უშუალო განხორციელების პროცესში, კერძოდ, ხელები გაუკავა დაზარალებულს, ხოლო შემდეგ გადაიფიქრა დანაშაულის დამთავრება და ხელი გაუშვა მსხვერპლს.

ამ შემთხვევაში ა. სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან არ გათავისუფლდება, რადგან მისი პირველი ქმედება, კერძოდ, დაყოლიება მიზეზობრივად არის დაკავშირებული შედეგთან.

ვინაიდან, დანაშაულში რამდენიმე პირის მონაწილეობა სამართლებრივ სიკეთეს უფრო დიდი საშიშროების წინაშე აყენებს, ვიდრე ერთი პირის მონაწილეობა, ამიტომ, შესაბამისად, თანამონაწილეთა (თანაამსრულებელთა) მიერ ნებაყოფლობითი ხელის აღების დროს უფრო მკაცრი მოთხოვნები არის გათვალისწინებული. ამდენად, თუ დანაშაულის ერთ-ერთი მონაწილე ნებაყოფლობით აქტიურად ხელს შეუშლის დანაშაულის შემდგომი განხორციელების პროცესს, მასთან ერთად სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან თავისუფლდებიან ის მონაწილენიც, რომლებიც შეთანხმდებიან ამის შესახებ, მაგალითად, ა.-მ, ბ.-მ და გ.-მ ერთობლივად განიზრახეს დ.-ს სახლის დაწვა. ა.-მ ბენზინით გაჯერებული ნაჭერი სახლის სარდაფში აანთო. თუმცა შემდგომ მათში სინანულის გრძნობამ გაიღვიძა და შეთანხმების თანახმად, ბ.-ე კვლავ შევიდა სარდაფში და ჩააქრო ცეცხლი, ვიდრე იგი მთელ სახლს მოედებოდა. მოცემულ მაგალითში, მართალია, დ.-ს სახლი ბ.-ს აქტიური მოქმედებით გადარჩა დაწვას, მაგრამ, ამის მიუხედავად, დანარჩენი მონაწილენიც გათავისუფლდებიან სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისაგან დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო.[101]

თანამონაწილეთა მიერ ნებაყოფლობითი ხელის აღების დროს ზოგჯერ თანამონაწილე, იქნება ეს თანაამსრულებელი, თუ სხვა თანამონაწილე, აღმოჩნდებიან აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობაში. ეს მაშინ ხდება, როდესაც თანამონაწილე (თანაამსრულებელი) ნებაყოფლობით ხელს იღებს დანაშაულზე და სხვა თანამონაწილეს (თანაამსრულებელს) ძალის გამოყენებით აიძულებს შეწყვიტოს დანაშაულის განხორციელება. ამ შემთხვევაში ხელის ამღებმა შესაძლებელია, გარკვეული დაზიანებებიც კი მიაყენოს თანამონაწილეებს, მაგრამ, ამის მიუხედავად, იგი უნდა გათავისუფლდეს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან, პირველ რიგში, ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო, ხოლო, მეორე რიგში, მართლწინააღმდეგობის არარსებობის გამო, კერძოდ, აუცილებელი მოგერიების საფუძველზე.[102]

მოცემული მსჯელობა ბადებს ერთ საინტერესო შეკითხვას, კერძოდ, რამდენად შეუძლია ხელის ამღებმა გამოიყენოს აუცილებელი მოგერიების უფლება მაშინ, როდესაც თავად ხელის ამღები, ვიდრე იგი მოახერხებდეს მიზეზო-

---

101 იხ. *B. Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., 2010, გვ. 337.

102 იხ. *დ. სულაქველიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 213.

ბრიობიდან გამოთიშვას, ჯერ კიდევ იმ უმართლობის ფარგლებშია მოქცეული, რომლის განხორციელებაშიც თავად მონაწილეობს. ამასთან, ცნობილია, რომ ნებაყოფლობითი ხელის აღების მიუხედავად, ქმედების დანაშაულებრივი ხასიათი არ ისპობა. ასეთ შემთხვევაში, მიზანშეწონილია, რომ აუცილებელი მოგერიების უფლების გამოყენება არ შეიზღუდოს და ამ უფლებით სარგებლობა უნდა შეეძლოთ როგორც ჩვეულებრივ პირებს, ასევე დამნაშავეებს.

სისხლის სამართლის ლიტერატურაში მითითებულია, რომ **შუალობითი ამსრულებლობის** დროს ნებაყოფლობითი ხელის აღება აქტიურ მოქმედებას მოითხოვს. ამის მაგალითად კი მოყვანილია ასეთი შემთხვევა: ა.-მ მცირეწლოვან ბ.-ს გადასცა იარაღი და დაარიგა, სად უნდა მისულიყო და ვინ უნდა მოეკლა, მაგრამ დანაშაულის დამთავრებამდე ა.-მ გადაიფიქრა დანაშაულის ჩადენა და მცირეწლოვანს გამოართვა იარაღი, რითაც ხელი შეუშალა დანაშაულის ჩადენაში.[103]

მართალია, ამ შეხედულების თანახმად, შუალობითი ამსრულებელი დანაშაულზე აქტიური ქმედებით იღებს ხელს, მაგრამ აქაც დასახელებული პოზიცია არ შეიძლება აბსოლუტურ შეხედულებად ჩაითვალოს, რადგან პრაქტიკაში შეიძლება შუალობითი ამსრულებლობის ისეთი შემთხვევები არსებობდეს, სადაც შუალობითი ამსრულებელი უმოქმედობითაც იღებს ხელს დანაშაულის ჩადენაზე. მაგალითად, ა. მისცემს მცირეწლოვან ბ.-ს იარაღს დ.-ს მოსაკლავად, მაგრამ შემდეგ გადაიფიქრებს მის მოკვლას და აღარ მიუთითებს კონკრეტული მიმართულებისაკენ, სადაც დ.-ე იმყოფება. მაშასადამე, ა.-ს პასიურობა სხვა არაფერია, თუ არა შუალობითი ამსრულებლის მიერ დანაშაულის მომზადების სტადიაზე უმოქმედობით ნებაყოფლობით ხელის აღება.

IV. დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების შესაძლებლობის საკითხი

დანაშაულის ჩადენაზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების შესაძლებლობა მნიშვნელოვნად არის დამოკიდებული დანაშაულის შემადგენლობების აგებულებაზე, მათ საკანონმდებლო განსაზღვრულობაზე.[104] დელიქტის სახეების კვლევა ცხადყოფს, რომ სისხლის სამართლის კოდექსში მოცემული დანაშაულის შემადგენლობები არ ჰგვანან ერთმანეთს და მათი სამართლებრივი შეფასების კრიტერიუმებიც განსხვავებულია. ზოგიერთი დელიქტის მომზადება და მცდელობა საკმაოდ შესაძლებელია, მაგალითად, სისხლის სამართლის კოდექსის 108-ე მუხლით გათვალისწინებული განზრახ მკვლელობა. მაგრამ არის ისეთი დელიქტები, სადაც როგორც მომზადება, ასევე მცდელობა შეუძლებელია. მაგალითად, სსკ-ის 129-ე მუხლით გათვალისწინებული დაუხმარებლობა. გარდა

---

[103] იხ. *ო. გამყრელიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 177.

[104] იხ. *დ. სულაქველიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 145.

ამის, სისხლის სამართლის კოდექსში მოცემულია დელიქტის ისეთი სახეები, სადაც შეუძლებელია მომზადება, ხოლო მცდელობა დასაშვებია. მაგალითად, სსკ-ის 111-ე მუხლით გათვალისწინებული განზრახ მკვლელობა უეცარი ძლიერი სულიერი აღელვების მდგომარეობაში, ანდა, პირიქით, მცდელობა შეუძლებელია, ხოლო მომზადება შესაძლებელი, მაგალითად, სსკ-ის 224-ე მუხლით გათვალისწინებული ბანდიტიზმი.

ისმის კითხვა: შესაძლებელია თუ არა დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღება იმ განზრახ დელიქტებში, რომლებსაც დანაშაულის მომზადება და მცდელობა არ გააჩნიათ. ამ კითხვას უარყოფითი პასუხი უნდა გაეცეს, რადგან ნებაყოფლობითი ხელის აღება სწორედ დანაშაულის მომზადების ან მცდელობის სტადიაზე ხორციელდება და, ამდენად, ლოგიკურია, რომ დელიქტს, რომელსაც ასეთი სტადიები არ გააჩნია, შეუძლებელია იქ ნებაყოფლობით ხელის აღებაზე საუბარი.

1. უმოქმედებით ნებაყოფლობითი ხელის აღების შესაძლებლობის საკითხი

ნებაყოფლობითი ხელის აღების დროს ზოგჯერ დამნაშავე უშუალოდ ერთვება მიზეზობრივი კავშირის განვითარებაში და აქტიური ქმედებით ცვლის მის ძირითად ხაზს. მაგალითად, დ.-მ ხიდის აფეთქების მიზნით დაამონტაჟა ბომბი და ფითილს მოუკიდა ცეცხლი. ბომბი ორ საათში უნდა აფეთქებულიყო, მაგრამ ნახევარი საათის გასვლის შემდეგ, დ.-მ გადაიფიქრა ხიდის აფეთქება, დაბრუნდა შემთხვევის ადგილზე და ჩააქრო ცეცხლი. მაშასადამე, დ.-მ შეაჩერა მიზეზობრივი კავშირის განვითარება, რის შედეგადაც თავიდან აიცილა მავნე შედეგი. მაგრამ არის ისეთი შემთხვევები, როდესაც სურვილის მიუხედავად, დამნაშავე აქტიური ქმედებით უშუალოდ ვერ ახერხებს მიზეზობრივი კავშირის განვითარებაში ჩართვას, თუმცა დანაშაულებრივი შედეგი მაინც არ დგება. მაგალითად, ზემოთ დასახელებულ კაზუსში, როდესაც დ.-ე ფითილის ჩასაქრობად შემთხვევის ადგილზე ნახევარი საათის შემდეგ მივა, ნახავს, რომ ფითილი წვიმას ჩაუქრია. აქედან გამომდინარე, ისმის შეკითხვა: როგორ უნდა შეფასდეს დ.-ს ქმედება, როგორც დანაშაულის მცდელობა, თუ დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღება? სისხლის სამართლის ლიტერატურაში სამართლიანად მიუთითებენ იმის შესახებ, რომ, მიუხედავად იმისა, რომ ასეთი შემთხვევები სსკ-ის 21-ე მუხლის მე-5 ნაწილით პირდაპირ არ რეგულირდება, ისინი სამართალშემოქმედებითი საქმიანობის პროცესში ნებაყოფლობითი ხელის აღებად უნდა შეფასდეს.[105] აქ შეიძლება საკითხი გადაწყდეს დამნაშავის სასარგებლოდ ანალოგიის საფუძველზე.

აღნიშნული მსჯელობა მიუთითებს იმაზე, რომ საქართველოს სსკ-ის 25-ე მუხლის მე-5 ნაწილი არეგულირებს როგორც აქტიური, ასევე პასიური

[105] იხ. *მ. ტურავა*, დასახ. ნაშრ., გვ. 262-263.

ქმედებით განხორციელებულ ნებაყოფლობითი ხელის აღების შემთხვევებს. მაგალითად, დ.-ე ხიდის აფეთქების მიზნით ბომბს დაამონტაჟებს და ცეცხლს მოუკიდებს ფითილს, რომელიც ორ საათში უნდა აფეთქდეს. ნახევარი საათის შემდეგ დამნაშავე ვითარების შესამოწმებლად შემთხვევის ადგილზე მივა და ფითილი ჩამქრალი დახვდება. ამის შემდეგ დამნაშავე ფითილს ხელახლა აღარ მოუკიდებს, რადგან იგი ადგილზე გადაიფიქრებს ხიდის აფეთქებას.

საქართველოს სსკ-ის 25-ე მუხლის მე-5 ნაწილი ხაზს უსვამს იმ ფაქტს, რომ დამნაშავემ, მართალია, ყველაფერი გააკეთა დანაშაულებრივი შედეგის მისაღწევად, „მაგრამ შემდეგ თავისი ნებაყოფლობითი ქმედებით თავიდან აიცილა ეს შედეგი". ნორმის ახსნა-განმარტების ხერხის, კერძოდ, სიტყვასიტყვითი, ლოგიკური და ისტორიული ახსნა-განმარტების ხერხების საფუძველზე დასტურდება, რომ სსკ-ის 25-ე მუხლის მე-5 ნაწილი თანაბრად ვრცელდება როგორც მოქმედებით, ასევე უმოქმედობით ხელის აღების ფაქტებზე. სიტყვა-სიტყვით და ლოგიკური განმარტების ხერხებზე დაყრდნობით ტერმინი „ქმედება" თავის თავში მოიცავს როგორც მოქმედებას, ასევე უმოქმედობას, ხოლო ნორმის ისტორიული ახსნა-განმარტების მეთოდი, რომლის მიხედვით ნორმა იკითხება კანონმდებლის ისტორიული ნებიდან გამომდინარე, მიუთითებს იმაზე, რომ ნორმის სწორად გაგებისათვის წამკითხველი აუცილებლად უნდა გაეცნოს მის ძველ რედაქციას, შეადაროს იგი ახალ ნორმას და ამის შემდეგ გააკეთოს სწორი დასკვნები. მაგალითად, საქართველოს პარლამენტის მიერ 1999 წელს მიღებულ სისხლის სამართლის კოდექსის 25-ე მუხლის მე-5 ნაწილი ნებაყოფლობით ხელის აღებად თვლიდა ისეთ შემთხვევას, სადაც დამნაშავემ, მართალია, ყველაფერი გააკეთა შედეგის მისაღწევად, „მაგრამ შემდეგ მოვლენათა მსვლელობაში ნებაყოფლობით აქტიურად ჩარევით თავიდან აიცილა ეს შედეგი" ხოლო 2000 წლის 5 მაისს განხორციელებული ცვლილებების თანახმად, სიტყვები „ნებაყოფლობით აქტიურად ჩარევით" შეიცვალა სიტყვებით „ნებაყოფლობითი ქმედებით". ყოველივე ეს კი იმის მანიშნებელია, რომ კანონმდებელმა სსკ-ის 25-ე მუხლის მე-5 ნაწილში ნებაყოფლობითი ხელის აღებად ჩათვალა შედეგის როგორც მოქმედებით, ასევე უმოქმედობით თავიდან აცილების შემთხვევები.

აქედან გამომდინარე, დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღება **მომზადების სტადიაზე** შესაძლებელია როგორც მოქმედებით, ასევე უმოქმედობით. დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღება მომზადების სტადიაზე სახეზეა მაშინ, როდესაც დამნაშავე ჯერ კიდევ პირობების შქმნის პროცესში უარს ამბობს დანაშაულებრივი საქმიანობის შემდგომ გაგრძელებაზე, ანუ პირობების შემდგომ შექმნაზე.[106] ნებაყოფლობითი ხელის აღება აქტიური ქმედებით შესაძლებელია მაშინ, როდესაც, დამნაშავემ დანაშაულის ჩასადენად შექმნა გარკვეული პირობები, მაგრამ შემდეგ გადაიფიქრა დანაშაულის ჩადენა და ამ მიზნით განახორ-

[106] იხ. *თ. წერეთელი*, დანაშაულის მომზადება და მცდელობა, 1961, გვ. 223.

ციელა მართლზომიერი მოქმედება. მაგალითად, ა.-მ მკვლელობის ჩასადენად სახლიდან წაიღო იარაღი და დამალა გზის პირას. სამი დღის შემდეგ, იგი იმ გზაზე აპირებდა ჩასაფრებას, სადაც დაზარალებულს უნდა გაევლო. ერთი დღის შემდეგ ა.-მ გადაიფიქრა დანაშაულის ჩადენა, მივიდა სამალავთან და სახლში წაიღო დანაშაულის ჩასადენად გამზადებული იარაღი.

ნებაყოფლობითი ხელის აღება პასიური ქმედებით მაშინ არის სახეზე, როდესაც დამნაშავე გადაიფიქრებს დანაშაულის შემდგომ განხორციელებას და აღარ იმოქმედებს. მაგალითად, ა. მეორე დღეს მკვლელობის მიზნით აღარ მივა საფარში.

თუმცა არის ისეთი შემთხვევები, როდესაც დამნაშავე დანაშაულის მომზადების სტადიაზე უმოქმედობით ვერ მოახერხებს ხელის აღებას, არამედ აუცილებელია მან ამისათვის რაღაც მოქმედება განახორციელოს. მაგალითად, თუ პირმა ჩამოაყალიბა ჯგუფი დანაშაულის ჩასადენად და არსებობს საშიშროება იმისა, რომ ამ ჯგუფს დამოუკიდებლად შესწევს დანაშაულის ჩადენის უნარი, მაშინ ამ პირმა ნებაყოფლობითი ხელის აღების შემთხვევაში ყველაფერი უნდა მოიმოქმედოს იმისათვის, რათა ხელი შეუშალოს ჯგუფის დანაშაულებრივ ქმედებას. მაშასადამე, პირმა უნდა შეძლოს დანაშაულის განხორციელებისაკენ მიმართული მიზეზობრივი ჯაჭვის განვითარების შეწყვეტა.[107]

ნებაყოფლობითი ხელის აღების საკითხი ანალოგიურად უნდა შეფასდეს დანაშაულის **მცდელობის** დროსაც. ქართულ სისხლის სამართალში გაბატონებული პოზიციის თანახმად, ნებაყოფლობითი ხელის აღება შესაძლებელია როგორც დაუმთავრებელი, ასევე დამთავრებული მცდელობის სტადიაზე.[108] თუმცა აქ ერთი საკითხი იწვევდა აზრთა სხვადასხვაობას. ძველი ქართული სისხლის სამართლის დოგმატიკა თვლიდა, რომ დაუმთავრებელი მცდელობის სტადიაზე ნებაყოფლობითი ხელის აღება შესაძლებელი იყო უმოქმედობით,[109] ხოლო დამთავრებული მცდელობის სტადიაზე შეუძლებელი იყო ნებაყოფლობითი ხელის აღება პასიური ქმედებით. ამის საილუსტრაციოდ სისხლის სამართლის ლიტერატურაში მოყვანილი იყო ასეთი მაგალითი, ა.-მ მკვლელობის მიზნით ესროლა ბ.-ს და ააცილა. ა.-ს ამის შემდეგ მეორედ აღარ უცდია გასროლა. კრიმინალისტების აზრით, აქ ნებაყოფლობით ხელის აღებას არ ჰქონია ადგილი, არამედ იგი განიხილებოდა დასჯად დამთავრებულ მცდელობად.[110]

თანამედროვე ქართული სისხლის სამართლის მეცნიერება სამართლიანად უარყოფს საკითხის ამგვარ შეფასებას და თვლის, რომ დაუმთავრებელი და დამთავრებული მცდელობის სტადიაზე დამნაშავეს შეუძლია ხელი აიღოს როგორც აქტიური, ასევე პასიური ქმედებით.[111]

---

[107] იხ. დ. სულაქველიძე, ნებაყოფლობით ხელის აღება დანაშაულის ჩადენაზე, 1992, გვ. 161-162.
[108] იხ. მ. ტურავა, დასახ. ნაშრ., გვ. 260.
[109] იხ. თ. წერეთელი, დასახ. ნაშრ., გვ. 223.
[110] იხ. თ. წერეთელი, იქვე, გვ. 224.
[111] იხ. მ. ტურავა, დასახ. ნაშრ., გვ. 260, ასევე იხ. ი. დვალიძე, დასახ. ნაშრ., გვ. 178.

2. ნებაყოფლობითი ხელის აღების შესაძლებლობის საკითხი უვარგისი მცდელობის დროს

ქართულ სისხლის სამართლის მეცნიერებაში გაბატონებული შეხედულების თანახმად, დანაშაულზე ხელის აღება მხოლოდ მაშინ ატარებს ნებაყოფლობით ხასიათს, როდესაც დამნაშავეს დანაშაულის მზადების ან მცდელობის სტადიაზე არჩევანის გაკეთების შესაძლებლობა აქვს. ერთი მხრივ, დამნაშავეს შეუძლია ბოლომდე მიიყვანოს დაწყებული დანაშაულებრივი საქმიანობა, ხოლო, მეორე მხრივ, მას შესაძლებლობა აქვს უარი თქვას დანაშაულის ჩადენაზე. მაშასადამე, როდესაც დამნაშავემ იცის, რომ მას შეუძლია ბოლომდე მიიყვანოს დანაშაული, მაგრამ მას ეს არ უნდა, ახორციელებს ნებაყოფლობით ხელის აღებას. მაგალითად, ა. მოკვლის განზრახვით სანადირო თოფს უმიზნებს ბ.-ს. მაგრამ დაზარალებული შეეცოდება და გადაიფიქრებს მის მოკვლას. დამნაშავეს დამიზნების მომენტში შეეძლო ჩახმახისათვის თითი გამოეკრა და განზრახვა სისრულეში მოეყვანა, რაშიც მას არავინ და არაფერი ხელს არ უშლიდა, მაგრამ ამის გაკეთება მას არ უნდოდა. იმ შემთხვევაში, თუ დამნაშავეს უნდა დანაშაულის ბოლომდე მიყვანა, მაგრამ ფიქრობს, რომ ობიექტური გარემოებების გამო ეს შეუძლებელია, მაშინ ნებაყოფლობით ხელის აღებას არ ექნება ადგილი, მაგალითად, ა. ქურდობის მიზნით შევიდა საწყობში, მაგრამ ის ნივთები არ დახვდა, რომლის მოპარვაც მას სურდა,[112] ანდა ა.-მ სხვის ჯიბეში ხელი ჩაყო, მაგრამ ჯიბე ცარიელი აღმოჩნდა. ასეთ შემთხვევებს სისხლის სამართლის ლიტერატურაში ხელშეშლილი მცდელობის სახელწოდებით მოიხსენიებენ, სადაც მცდელობაზე ხელის აღება შეუძლებელია.[113] მაშასადამე, დასახელებულ მაგალითებში ა.-ს ქმედება ნებაყოფლობით ხელის აღებად არ ჩაითვლება, თუნდაც მას უნდოდეს დანაშაულის ჩადენა, რადგან, ჯერ ერთი, დანაშაულის ბოლომდე მიყვანა ობიექტურად შეუძლებელია, რაც ნებაყოფლობითი ხელის აღების დასაბუთებისთვის აუცილებელი პირობაა, და მეორე, დამნაშავისათვის ცნობილია დანაშაულის განხორციელების ობიექტური შეუძლებლობის შესახებ.

სხვაგვარად უნდა შეფასდეს საკითხი მაშინ, როდესაც დამნაშავემ არ იცის, რომ დანაშაულის ბოლომდე მიყვანა ობიექტურად შეუძლებელია. მაგალითად, ა. მკვლელობის განზრახვით შევიდა ბ.-ს საძინებელ ოთახში და განახორციელა გასროლა დაზარალებულის საწოლის მიმართულებით, მაგრამ შემდეგ ა.-ს პიროვნებაში სიბრალულის გრძნობამ გაიღვიძა და შეეცადა ბ.-ს გადარჩენას. ამ მიზნით მან სასწრაფო სამედიცინო დახმარება გამოიძახა, თუმცა ექიმებმა დაადგინეს, რომ ბ.-ე გასროლამდე რამდენიმე საათით ადრე გულის შეტევით გარდაიცვალა. მოცემულ შემთხვევაში, შესაძლებელია, ა. გათავისუფლდეს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან ნებაყოფლობით ხელის აღების გამო. მაშასადამე, აქ მთავარია დამნაშავის რწმენა იმის შესახებ, რომ მას შეუძლია

[112] იხ. *თ. წერეთელი*, დასახ. ნაშრ., გვ. 225-526.

[113] იხ. *თ. წერეთელი*, დასახ. ნაშრ., გვ. 225, ასევე იხ. *Roxin*, დასახ. ნაშრ., გვ. 491.

დანაშაულის ბოლომდე მიყვანა, ამიტომ, თუ ხელის ამღებმა არ იცის, რომ იგი იმყოფება უვარგისი მცდელობის სტადიაზე და ნებაყოფლობით აცხადებს უარს დანაშაულის შემდგომ განხორციელებაზე, გათავისუფლდება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან ნებაყოფლობითი ხელის აღების გამო.

ამასთან, მნიშვნელოვანი ფაქტორია ის, თუ რამდენად სერიოზულად ცდილობს ხელის ამღები შედეგის თავიდან აცილებას. სისხლის სამართლის ლიტერატურაში მიუთითებენ, რომ ხელის ამღებმა ძალა არ უნდა დაიშუროს იმისათვის, რათ შედეგი აიცილოს თავიდან, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც საქმე ეხება ადამიანის სიცოცხლეს. დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის ამღებს „უფლება არ აქვს არასაკმარისი ან სულაც ბრიყვული ღონისძიებებით შემოიფარგლოს[114]“.

3. ნებაყოფლობითი ხელის აღების შესაძლებლობის საკითხი ერთიან დანაშაულებში

ნებაყოფლობითი ხელის აღების შესაძლებლობის საკითხის განხილვა ასევე საინტერესოა განგრძობად და დენად დანაშაულებში.

სისხლის სამართლის მეცნიერებაში გაბატონებულია შეხედულება, რომლის თანახმადაც განგრძობად დანაშაულებში ნებაყოფლობითი ხელის აღების დასაბუთება შეუძლებელია. განგრძობადი დანაშაულისათვის დამახასიათებელია ის, რომ იგი პირველივე აქტის განხორციელებისთანავე იურიდიულად დამთავრებულ დანაშაულად ითვლება. ამიტომ ნებაყოფლობითი ხელის აღებისათვის აქ ადგილი აღარ რჩება. ამისგან განსხვავდება ისეთი შემთხვევები, როდესაც დამნაშავე მოქმედებს კონკრეტიზებული განზრახვის საფუძველზე და სპეციალური მიზნის მისაღწევად ახორციელებს რამდენიმე დანაშაულებრივ ქმედებას, რომელთაგან თითოეული დამთავრებულ დანაშაულს არ წარმოადგენს. მაგალითად, ა.-ს უნდა დიდი ოდენობით ქონების დაუფლება. ამ მიზნით იგი ნაწილ-ნაწილ ეუფლება სხვის ქონებას. ვიდრე ქონების ღირებულება დიდ ოდენობას არ მიაღწევს, ქურდობა დამთავრებულ დანაშაულად ვერ ჩაითვლება. ამის შესაბამისად, დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღება შესაძლებელია, ვიდრე ქონების ღირებულება დიდ ოდენობას არ მიაღწევს.[115]

ამ მსჯელობიდან გამომდინარეობს დასკვნა იმის შესახებ, რომ განგრძობადი დანაშაულები კანონმდებლობაში თავისთავად დამოუკიდებლად არ არსებობენ, არამედ ისინი სახეზე არიან მხოლოდ მაშინ, როდესაც დამნაშავე დაიწყებს დანაშაულის ჩადენას. მაშასადამე, ვიდრე განხორციელებული დანაშაულის ხასიათი არ გამოვლინდება. ამიტომ შეუძლებელია წინასწარ იმის

---

[114] *ი. ვესელსი, ვ. ბოლკე*, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, დანაშაული და მისი აგებულება, 38-ე გადამუშავებული გამოცემა, ქართულ ენაზე თარგმნა ზურაბ არსენიშვილმა, სამეცნიერო რედაქტორი *ი. დვალიძე*, 2010, გვ. 381-382.

[115] იხ. *დ. სულაქველიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 154-155.

მტკიცება, რომ სსკ-ში გათვალისწინებული რომელიმე დელიქტი განგრძობად ხასიათს ატარებს, არამედ უნდა ითქვას, რომ ზოგიერთ დანაშაულს გააჩნია უნარი, განხორციელების პროცესში იქცეს განგრძობად დანაშაულად.

მაგრამ საკითხის განხილვა მხოლოდ ამ მიმართულებით არ უნდა ამოიწუროს. განგრძობადი დანაშაული ჩადენილად ითვლება უკანასკნელი აქტის განხორციელებიდან. ეს იმას ნიშნავს, რომ განგრძობად დანაშაულებს გააჩნიათ იურიდიული დამთავრებისა და ფაქტობრივი დასრულების ეტაპები. ამიტომ, მიზანშეწონილია, იურიდიულად დამთავრების მიუხედავად, ფაქტობრივად დასრულებამდე დამნაშავეს მიეცეს ნებაყოფლობითი ხელის აღების უფლება, რაც სრულად პასუხობს ჰუმანურობისა და სამართლიანობის პრინციპების სულისკვეთებას და ასევე სისხლის სამართლის პოლიტიკის ამოცანებს. მაგალითისათვის შეიძლება ასეთი შემთხვევა დასახელდეს: ა.-ს სურს ბიბლიოთეკის საცავიდან უნიკალური ენციკლოპედიის ათტომეულის მოპარვა. ამ დანაშაულის განხორციელების მიზნით, მან განიზრახა თითო დღეს თითო ტომის მოპარვა. ა.-მ სამი დღის განმავლობაში ენციკლოპედიის სამი ტომი მოიპარა. მეოთხე დღეს, როდესაც მას განზრახული ჰქონდა შემდეგი ტომის მოპარვა, გადაიფიქრა დანაშაულის ჩადენა და სამივე ტომი ბიბლიოთეკას დაუბრუნა.

დემოკრატიულ სახელმწიფოში აუცილებლად დადგება საკითხი ა.-ს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების შესახებ, მაგრამ პრობლემას შექმნის გაბატონებული პოზიცია, რომელიც ასეთ შემთხვევაში დამნაშავეს ნებაყოფლობით ხელის აღების უფლებას ართმევს და აქცენტები მხოლოდ სასჯელის დანიშვნის დროს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის შემსუბუქებაზე გადააქვს, რადგან თავად ქმედითი მონანიების ინსტიტუტის გამოყენებისთვისაც არსებობს ზოგიერთი შეზღუდვა.

აქედან გამომდინარე, ლოგიკურად იბადება შეკითხვა იმასთან დაკავშირებით, რატომ არ უნდა მიეცეს პირს მოცემულ შემთხვევაში ჩაფიქრებულ დანაშაულებრივ ქმედებაზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების უფლება. თუ სამართალშემფარდებელმა მაინც აღიარა, რომ დამნაშავემ მოცემულ სიტუაციაში უნდა ისარგებლოს ამ უფლებით, რომელი ნორმებით უნდა იხელმძღვანელოს მან, მაშინ, როდესაც სსკ-ის 21-ე მუხლი ასეთ შემთხვევებს პირდაპირ არ არეგულირებს? პასუხი მარტივია, მას შეუძლია საქართველოს სსკ-ის 21-ე მუხლი ანალოგიის წესით გამოიყენოს.

ასეთი მსჯელობა კიდევ ერთხელ ადასტურებს ნებაყოფლობითი ხელის აღების ფარგლების გაფართოების აუცილებლობას, მათ შორის განგრძობადი ხასიათის დანაშაულებში.

რაც შეეხება დენად დანაშაულებს, სისხლის სამართლის ლიტერატურაში აღიარებულია, რომ ნებაყოფლობით ხელის აღება ასეთ დანაშაულებში შესაძლებელია მხოლოდ და მხოლოდ მოსამზადებელ სტადიაზე.[116]

---

[116] იხ. დ. *სულაქველიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 156.

4. ნებაყოფლობითი ხელის აღების შესაძლებლობის საკითხი დანაშაულის პროვოკაციის დროს

მოცემულ ქვეპარაგრაფში საუბარი იქნება ნებაყოფლობითი ხელის აღების შესაძლებლობის შესახებ პროვოკაციის დროს.

რას ნიშნავს დანაშაულის პროვოკაცია? ეს ისეთი შემთხვევაა, როდესაც ერთი პირი აქეზებს სხვას დანაშაულის ჩასადენად, რათა შემდგომ ამხილოს იგი დანაშაულის ჩადენაში. სისხლის სამართლის ლიტერატურაში ასეთი პირი **აგენტ-პროვოკატორის** სახელით არის ცნობილი. ძველი სისხლის სამართლის კანონმდებლობისაგან განსხვავებით, მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსმა დანაშაულის პროვოკაცია სისხლის სამართლის კოდექსში გამოაცხადა, როგორც **delictum sui generis** და მისთვის შესაბამისი სასჯელი დააწესა. საქართველოს სსკ-ის 145-ე მუხლში ეს დანაშაული ასეა ჩამოყალიბებული: „სხვისი დაყოლიება დანაშაულის ჩასადენად მისი სისხლისსამართლებრივ პასუხისგებაში მიცემის მიზნით".

სისხლის სამართალში ყოველთვის პრობლემატური იყო და არის წამქეზებლისა და აგენტ-პროვოკატორის ფიგურის ურთიერთგამიჯვნის საკითხი.

სისხლის სამართლის ლიტერატურაში დანაშაულის პროვოკაციას დანაშაულში წამქეზებლობად აკვალიფიცირებდნენ და, ამდენად, პროვოკაციის საკითხი თანამონაწილეობის წესების მიხედვით წყდებოდა.[117]

თანამედროვე სისხლის სამართალის დოგმატიკა ამ საკითხს განსხვავებულად აფასებს. დანაშაულის პროვოკაციის დროს გამოიყენება ე.წ. ფიქციის მეთოდი, რომლის თანახმადაც პროვოკატორი, მართალია, ფაქტობრივად წამქეზებელია, მაგრამ იურიდიულად იგი პროვოკაციის ამსრულებელია.[118] სისხლის სამართლის დოგმატიკა წამქეზებლისაგან პროვოკატორის გამიჯვნის დასაბუთებისათვის ამოდის თანამონაწილეობის აქცესორული ბუნებიდან და ამბობს, რომ არ შეიძლება აგენტ-პროვოკატორი თანამონაწილედ ჩაითვალოს, ვინაიდან მათ განსხვავებული მიზნები ამოძრავებთ და, შესაბამისად, ისინი სხვადასხვა უმართლობას ახორციელებენ.[119] აგენტ-პროვოკატორს, განსხვავებით წამქეზებლისაგან, არ სურს დანაშაულის ბოლომდე მიყვანა.[120] ამასთან, თუ პროვოკატორი ეგუება შედეგის დადგომას, მაშინ ადგილი აქვს არა დანაშაულის პროვოკაციას, არამედ წამქეზებლობას.[121] მაშასადამე, პროვოკატორის წარმოდგენით

---

[117] იხ. *ვ. მაყაშვილი, გ. ტყეშელიაძე*, პასუხისმგებლობა მექრთამეობისათვის, 1964, გვ. 212-213.

[118] იხ. *გ. ნაჭყებია*, სისხლის სამართალი. სახელმძღვანელო, ზოგადი ნაწილი, 2011, გვ. 131-132.

[119] იხ. *ი. დვალიძე*, მოტივისა და მიზნის ზეგავლენა ქმედების კვალიფიკაციასა და სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაზე, 2008, გვ. 114.

[120] იხ. სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, მე-4 გამოცემა, 2011, გვ. 261.

[121] იხ. *ი. დვალიძე*, „სულიერი გახრწნის" პრობლემა სისხლის სამართალში, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის სისხლის სამართლის და სისხლის სამართლის პროცესის სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტის შრომები, რედაქ., *გ. ნაჭყებია*, 2011, გვ. 26-27.

სამართლებრივი სიკეთის გამოუსწორებელი დაზიანება არ უნდა მოხდეს, არამედ პროვოკატორის მიზანი დაყოლიებულის „სულიერი გახრწნაა".[122]

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, შეუძლებელია ამ საკითხის გადაწყვეტა თანამონაწილეობის წესების მიხედვით.

საქართველოს სსკ-ის 145-ე მუხლის არასრულყოფილების შესახებ მეცნიერები ბევრს საუბრობენ, მაგრამ მთავარი პრობლემა მაინც ის გახლავთ, რომ სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის საკითხი დასახელებულ ნორმაში ყველა შემთხვევეისათვის ერთნაირად არის გადაწყვეტილი. ეს იმას ნიშნავს, რომ სსკ-ის 145-ე მუხლი ნაკლებად მძიმე კატეგორიის დანაშაულს წარმოადგენს და მისთვის გათვალისწინებული სასჯელის სახე არ აღემატება სამი წლით თავისუფლების აღკვეთას, იმის მიუხედავად, პროვოკატორი რა სიმძიმის დანაშაულის ჩადენაში იყოლიებს პირს.

ამიტომ კარგი იქნება, თუ სსკ-ის 145-ე მუხლს დაემატება ისეთი დამამძიმებელი გარემოებები, რომლებიც შესაბამისად უფრო მკაცრ სასჯელს გაითვალისწინებენ მაშინ, როდესაც პროვოკატორი მძიმე ან განსაკუთრებით მძიმე კატეგორიის დანაშაულების ჩადენაში დაიყოლიებს დამნაშავეებს.

სსკ-ის 145-ე მუხლის ირგვლივ არსებული მსჯელობა მოითხოვს გაგრძელებას და იმის გარკვევა, თუ რამდენად არის შესაძლებელი დანაშაულის პროვოკაციაზე ნებაყოფლობითი ხელის აღება. ამ პრობლემის გადაწყვეტა პირდაპირ არის დამოკიდებული იმაზე, თუ რამდენად არის შესაძლებელი დანაშაულის პროვოკაციის დროს დანაშაულის მომზადების ან მცდელობის დაშვება. თუ დადგინდება, რომ დანაშაულის პროვოკაციას (მუხლი 145-ე) მინიმუმ მოსამზადებელი სტადია მაინც გააჩნია, მაშინ აუცილებლად დაისმება შეკითხვა დანაშაულის პროვოკაციაზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების შესაძლებლობის შესახებ. ამის გასარკვევად ისევ და ისევ თავად მუხლში მითითებულ ტერმინზე „დაყოლიება" უნდა შეჩერდეს მკითხველის ყურადღება და დადგინდეს, რა იგულისხმება ამ ტერმინში და, შესაბამისად, როდის ითვლება დანაშაული დამთავრებულად.

სისხლის სამართლის ლიტერატურაში აღიარებულია, რომ ტერმინი „დაყოლიება" გულისხმობს იმას, რომ დამყოლიებელმა კონკრეტული ადამიანის ფსიქიკაზე უნდა იმოქმედოს, რის შედეგად დაყოლიებულმა ის ქმედება უნდა დაიწყოს, რომლისკენაც დამყოლიებელმა წააქეზა იგი.[123] აქედან გამომდინარე, განსახილველი დანაშაული დამთავრებულად ითვლება მაშინ, როდესაც დაყო-

---

[122] იხ. *ი. დვალიძე*, დასახ., ნაშრ., გვ. 32-33.

[123] იხ. *ი. დვალიძე*, „სულიერი გახრწნის" პრობლემა სისხლის სამართალში. ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის სისხლის სამართლის და სისხლის სამართლის პროცესის სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტის შრომები, რედაქ., *გ. ნაჭყებია*, 2011, გვ. 33. *დვალიძეს* ამასთან დაკავშირებით განსხვავებული აზრი ჰქონდა გატარებული თავის დისერტაციაში და ამის შესახებ თავადვე მიუთითებს. შად., *ი. დვალიძე*, დასახელებული ნაშრომი. გვ. 123-124.

ლიებული პირი დანაშაულის მომზადებას ან მცდელობას დაიწყებს, წინააღმდეგ შემთხვევაში, უფრო ადრინდელ სტადიაზე პროვოკატორის მიცემა სისხლის სამართლის პასუხისგებაში არ იქნება გამართლებული, რადგან პროვოკატორმა ჯერ ვერ ხელყო დაყოლიებულის ინტერესი. მან ვერ ამხილა დაყოლიებული დანაშაულის ჩადენაში. აქედან გამომდინარე, პროვოკატორი ვერც პროვოკაციის მომზადებისათვის დაისჯება.[124]

მაშასადამე, ზემოთ განვითარებული მსჯელობის საფუძველზე ნებაყოფლობით ხელის აღების უფლების გამოყენების საკითხი ამ შემთხვევაში ნეგატიურად წყდება. ამიტომ სისხლის სამართლის მეცნიერებს ისღა დარჩენიათ, რომ ე.წ. პოსტკრიმინალური წამახალისებელი ნორმის შემოღება მოითხოვონ, რომელიც სსკ-ის 145-ე მუხლს დაერთვება და უზრუნველყოფს პრაქტიკის წინაშე წამოჭრილი პრობლემის მოგვარებას იმ თვალსაზრისით, რომ დამყოლიებელი გათავისუფლდეს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან, თუ იგი დანაშაულის ბოლომდე მიყვანაში ხელს შეუშლის დაყოლიებულს, ან გადაარწმუნებს მას ბოლომდე არ მიიყვანოს დანაშაული.[125]

საკითხის ამგვარი გადაწყვეტა შეიძლება გაზიარებული არც იქნეს, რადგან, მოგეხსენებათ, რომ ზოგჯერ დაყოლიებული ნაკლებად მძიმე კატეგორიის დანაშაულს ამზადებს, რომელიც სისხლის სამართლის კანონმდებლობით არ ისჯება, ანდა პროვოკატორი აქეზებს პირს დახმარებაში, მაგრამ ამსრულებელი დანაშაულის ჩადენის დროს არ იყენებს დამხმარის მიერ გადაცემულ იარაღს. მაგალითად, ბ.-ს სისხლის სამართლის პასუხისგებაში მიცემის მიზნით, ა.-მ წააქეზა იგი, იარაღი გადაეცა დ.-ს, რომელიც მკვლელობის ჩადენას აპირებდა. მაგრამ მოვლენები ისე განვითარდა, რომ დ.-მ ბ.-ს მიერ გადაცემული იარაღი არ გამოიყენა დანაშაულის ჩასადენად. გაბატონებული პოზიცია ბ.-ს ქმედებას, როგორც უშედეგო დახმარებას ისე აფასებს და არ სჯის. ამიტომ ორივე შემთხვევაში, მართალია, სახეზეა დანაშაულის მოსამზადებელი სტადია, მაგრამ სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობა არ გამოიყენება. აქედან გამომდინარე, სისხლის სამართლის პოლიტიკის მოთხოვნების გათვალისწინებით, მიზანშეუწონელია, რომ პროვოკატორს უკან დასახევი გზა მოეჭრას.

მაშასადამე, საბოლოოდ შეიძლება ითქვას, რომ დანაშაულის პროვოკაციის დროს პროვოკატორს დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების უფლება არ უნდა წაერთვას, ვიდრე დაყოლიებული წაქეზებული დანაშაულის მცდელობის სტადიას მაინც არ მიაღწევს.

---

[124] იხ. სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, დასახ. ნაშრ., გვ. 262-263.

[125] იხ. *ი. დვალიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 37.

V. ზოგიერთი მოსაზრება დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღების ფარგლების გაფართოების შესახებ დამთავრებული დანაშაულის ეტაპზე

სისხლის სამართლის დოგმატიკაში აღიარებულია, რომ დანაშაულის დამთავრების შემდეგ დანაშაულზე ხელის აღება შეუძლებელია, ასეთი შემთხვევებისათვის არსებობს ე.წ. ქმედითი მონანიების ინსტიტუტი.[126] მაშასადამე, ნებაყოფლობითი ხელის აღება დასაშვებია მხოლოდ მაშინ, როდესაც დანაშაული არ დამთავრებულა არც მატერიალურად და არც ფორმალურად.[127] ნებაყოფლობითი ხელის აღების ასეთ შეზღუდულ გაგებას პირობითად შეიძლება ეწოდოს დანაშაულზე ხელის აღება **ვიწრო გაგებით**.

რაც შეეხება ნებაყოფლობით ხელის აღებას ფართო გაგებით, იგი მოიცავს იურიდიულად დამთავრებული დანაშაულის ეტაპზე განხორციელებულ ნებაყოფლობითი ხასიათის ქმედებებს, მაგრამ დამნაშავე ნებაყოფლობით განხორციელებული დადებითი ქმედების შედეგად, შესაძლებელია გათავისუფლდეს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან. რასაკვირველია, ფართო გაგებით ნებაყოფლობით ხელის აღება საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლის ფარგლებში არ რეგულირდება, არამედ სისხლის სამართლის კანონმდებელი ამისათვის სხვა მეთოდს მიმართავს და სისხლის სამართლის კოდექსში ითვალისწინებს ისეთი ნორმებს, რომლებიც დამნაშავეს ათავისუფლებს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან ნებაყოფლობითი ქმედების გამო. აუცილებლად გაჩნდება შეკითხვა იმასთან დაკავშირებით, თუ როგორ უნდა აიღოს ხელი პირმა დანაშაულის განხორციელებაზე დანაშაულის დამთავრების შემდეგ. ასეთი რამ სავსებით შესაძლებელია. მაგალითად, საქართველოს სსკ-ის 203-ე მუხლი, რომელიც ითვალისწინებს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობას პროფესიული სპორტული შეჯიბრების ანდა კომერციულ-სანახაობითი კონკურსის მონაწილის, მწვრთნელის, მსაჯის და ა.შ. მოსყიდვას შეჯიბრების ან კონკურსის შედეგზე ზეგავლენის მიზნით, ფორმალური დანაშაულია და დამთავრებულად ითვლება დამნაშავის მიერ გასამრჯელოს თუნდაც ნაწილის მიღების მომენტიდან.[128] მაშასადამე, როგორც კი დამნაშავე პასუხისმგებელ პირს რაიმე თანხის ნაწილს გადასცემს, დანაშაული დამთავრებულია და მასზე ნებაყოფლობით ხელის აღება ვიწრო გაგებით შეუძლებელია. მაგრამ კანონმდებლისთვის ასევე მნიშვნელოვანია ის ეტაპი, რომელიც გულისხმობს თანხის მიმღების მიერ რაიმე ისეთის განხორციელებას, რომელიც უშუალოდ დააზარალებს კანონით დაცულ სიკეთეს. მაგალითად, ჟიურის თავმჯდომარე, რომელიც გადამწყვეტი ხმის უფლებით სარგებლობს და კონკურსის ნიჭიერი მონაწილის ნაცვლად, სუსტ მონაწილეს ანიჭებს უპირატესობას. ამდენად, თუ

---

[126] იხ. *T. Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl., გვ. 209.

[127] იხ. Leipziger Kommentar, დასახ. ნაშრ., გვ. 1659.

[128] იხ. სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, დასახ. ნაშრ., გვ. 470.

დამნაშავე ნებაყოფლობით განაცხადებს ხელისუფლების ორგანოში, რომ მან შეუიბრზე ან კონკურსზე ზეგავლენის მიზნით ზემოთ დასახელებულ პირს გადასცა ფული ან სხვა ქონება, თავისუფლდება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისაგან.

ანალოგიური ვითარებაა ქრთამის მიცემის (მუხლი 339-ე) და ზეგავლენით ვაჭრობის დროს (მუხლი 339-ე), სადაც კანონმდებელი სთვაზობს პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლებას იმას, ვინც ნებაყოფლობით განუცხადებს პროცესის მწარმოებელ ორგანოებს დანაშაულებრივი საქმიანობის შესახებ.

როგორ გადაწყდება საკითხი მაშინ, როდესაც თანხის გადაცემის შემდეგ თანხის მიმღებმა რაიმე მოქმედება უკვე შეასრულა. ნორმაში რაიმე დათქმა ამასთან დაკავშირებით არ არსებობს. ამის მიუხედავად, შეიძლება ითქვას, რომ მომსყიდველი მაინც გათავისუფლდება პასუხისმგებლობისგან, თუ მან ამის შესახებ მოგვიანებით განაცხადა ხელისუფლების ორგანოში. ამდენად, ასეთი ნორმების შემოღება პროცესუალურ-სამართლებრივი მიზნებით არის განპირობებული და მატერიალურ სისხლის სამართალში მათი შეტანის დროს კანონმდებელს გამოძიებისათვის ხელის შეწყობის მიზანი უფრო ამოძრავებდა, ვიდრე დანაშაულებრივი შედეგის თავიდან აცილების მიზანი.

წამახალისებელ ნორმებში იურიდიულად განსხვავებული შედეგების მომცემი სიტუაციების თავმოყრა არ უნდა იყოს მიზანშეწონილი, ამიტომ კარგი იქნება, თუ ერთმანეთისგან გაიმიჯნება სიტუაციები, ერთი, როდესაც მომსყიდველი მოქმედებს, კერძოდ, გადასცემს თანხის ნაწილს, ანდა ჰპირდება თანხის გადაცემას, ან სხვა მომსახურების გაწევას მოსყიდულს და მეორე, როდესაც მოსყიდული ამის სანაცვლოდ ასრულებს უკანონო ქმედებებს. იურიდიული შედეგის გათვალისწინებით, თანხის ნაწილის გადაცემა ან მისი დაპირება დამნაშავეს ფაქტობრივად არ ართმევს უკან დაბრუნების თეორიულ და პრაქტიკულ შესაძლებლობას, ხოლო თუ მოსყიდულმა უკვე მოიმოქმედა რაიმე, მაშინ შეუძლებელია უკან დახევის შანსებზე საუბარი, რადგან კანონით დაცული სიკეთე უკვე ხელყოფილია და მისი გადარჩენა შეუძლებელია.

აქედან გამომდინარე, დაზუსტებისთვის შეიძლება ითქვას, რომ ფართო გაგებით ნებაყოფლობითი ხელის აღება შესაძლებელია მხოლოდაც იქამდე, ვიდრე, მომსყიდველს ჯერ კიდევ არ შეუსრულებია რაიმე მოქმედება, რითაც იგი საბოლოოდ ხელყოფდა სამართლით დაცულ ინტერესს. საკითხის ასე შეფასება გამომდინარეობს იმ პრინციპიდან, რომლის მიხედვით, უკან დაბრუნება ჯერ კიდევ იძლევა კანონმდებლობით დაცული სიკეთის გადარჩენის შანსს. აქედან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ ნებაყოფლობით ხელის აღების მიზანია სამართლებრივი სიკეთის დაცვა, ხოლო წამახალისებელი ნორმის მიზანია დანაშაულის გახსნის გაადვილება, სწორედ ამიტომ, მიზანშეწონილია, თუკი კანონმდებელი წამახალისებელ ნორმებს მხოლოდ იმ შემთხვევებზე გაავრცელებს, როდესაც სამართლებრივი სიკეთე დაზიანებულია და მისი რეაბილიტაცია

დამნაშავის მიერ უკვე შეუძლებელია, ხოლო დანარჩენ შემთხვევებში ფართო გაგებით ნებაყოფლობითი ხელის აღებას დაუთმობს სივრცეს.

ნებაყოფლობითი ქმედება, რომელიც დამთავრებული დანაშაულის ეტაპზე ხორციელდება, არ შეიძლება ნებაყოფლობით ხელის აღებად ჩაითვალოს ვიწრო გაგებით, რადგან 21-ე მუხლში კანონმდებლის პირდაპირი მოთხოვნაა, რომ დანაშაული იურიდიულად არ უნდა იყოს დამთავრებული.

მაშასადამე, როდესაც დელიქტის შემადგენლობა ფორმალურად დამთავრებულია, ნებაყოფლობითი ხელის აღება სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლის საფუძველზე შეუძლებელია. ამიტომ რასაც კანონმდებელი დამთავრებულ დელიქტად აცხადებს, იმ მომენტში მოსამართლეს არ შეუძლია დაუმთავრებლად ცნოს იგი, რადგან ეს კიდევ უფრო გააფართოებს მოსამართლის თავისუფალი მოქმედების არეალს და ამით მას მისცემს კანონმდებლის ნების შესწორების უფლებას, რაც დაუშვებლად მიიჩნევა.[129]

ამ წინააღმდეგობის თავიდან ასაცილებლად და პრობლემის მოსაგვარებლად, მიზანშეწონილია, სისხლის სამართლის კოდექსის ზოგად ნაწილში ჩამოყალიბდეს ნორმა, რომელიც 21-ე მუხლის ანალოგი იქნება და რომელიც ნებაყოფლობით ხელის აღების საკითხებს ზოგიერთი სახის იურიდიულად დამთავრებულ ფორმალურ დანაშაულებში მოაწესრიგებს. ამასთან, აღნიშნული ნორმა დააკონკრეტებს წამახალისებელი ნორმების მოქმედების არეალს, რაც კიდევ უფრო გამართულს გახდის აღნიშნული ნორმების იურიდიულ მნიშვნელობას.

სისხლის სამართლის ზოგად ნაწილში ასეთი სპეციფიკური ზოგადი ნორმის შემოღების აუცილებლობის დასასაბუთებლად შესაძლებელია ყაჩაღობის მაგალითის მოყვანა. ყაჩაღობა, რომელიც გათვალისწინებულია სისხლის სამართლის კოდექსის 179-ე მუხლით, იურიდიულად დამთავრებულია მაშინ, როდესაც დამნაშავე დაემუქრება დაზარალებულს და მოსთხოვს მას ქონების გადაცემას. თუნდაც ერთხელ განხორციელებული მუქარა, საკმარისია ყაჩაღობის დამთავრებულად გამოცხადებისთვის. მართალია, ყაჩაღური მოქმედება ამის შემდეგ ფაქტობრივად კიდევ გრძელდება, მაგრამ ეს საკითხი 179-ე მუხლის რეგულირების ფარგლებს მიღმაა. აქედან გამომდინარე, ისმის შეკითხვა: როგორ უნდა შეფასდეს დამნაშავის ქმედება იმ შემთხვევაში, თუ მან პირველივე დამუქრების შემდეგ, ნებაყოფლობით განაცხადა უარი დანაშაულის შემდგომ განხორციელებაზე? მაგალითად, ა.-მ განიზრახა ბ.-ს დაყაჩაღება. ამ მიზნით იგი მიუახლოვდა ბ.-ს და მოსთხოვა ფული, წინააღმდეგ შემთხვევაში ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანებით დაემუქრა. ვინაიდან ბ.-ე ძალზედ ღარიბი იყო, მას ცოტა ფული ჰქონდა, ამიტომ ბ.-მ ა.-ს მუქარაზე ტირილი დაიწყო და თავისი გაჭირვების შესახებ უამბო დამნაშავეს. ამ ამბავმა ა. ძალზედ შეაწუხა, მას შეეცოდა დაზარალებული და სინანულის გრძნობით გამსჭვალულმა ა.-მ ბოდიში მოუხადა ბ.-ს, ფული არ გამოართვა და იქაურობას ხელცარიელი გასცილდა.

---

[129] იხ. *თ. წერეთელი*, დასახ. ნაშრ., გვ. 238-239.

მკითხველს აუცილებლად გაუჩნდება შეკითხვა, რომ დამნაშავე ამ „გაბედული“ ნაბიჯისათვის უნდა „დაჯილდოვდეს“ იმ აბსოლიტური უფლებით, რომელსაც საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლი სთავაზობს დამნაშავეებს, თუ აუცილებლად უნდა დაისაჯოს? სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლის თანახმად, ა.-ს ჩვეულებრივად დაეკისრება სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობა ყაჩაღობისათვის. რაც შეეხება მის შემდგომ ქცევას, იგი შეიძლება მოსამართლემ მხოლოდ სასჯელის დანიშნის დროს სისხლის სამართლის კოდექსის 53-ე მუხლის მე-3 ნაწილის საფუძველზე გაითვალისწინოს, როგორც სასჯელის შემამსუბუქებელი გარემოება. ამასთან, მოცემულ შემთხვევაში დამნაშავე სსკ-ის 68-ე მუხლით გათვალისწინებული „ქმედითი მონანიების“ საშეღავათო ნორმითაც ვერ ისარგებლებს, რადგან ეს უკანასკნელი გამოიყენება მხოლოდ მაშინ, როდესაც ჩადენილი დანაშაულისათვის გათვალისწინებული თავისუფლების აღკვეთის ვადა სამ წელს არ აღემატება. ამ შეზღუდვის გარდა, მოცემული ნორმის გამოყენება სასამართლოს უფლებაა და არა მოვალეობა.

მაშასადამე, ა. მოცემულ შემთხვევაში სამართლებრივი გარანტიებით საერთოდ ვერ ისარგებლებს, რითაც დაირღვევა ზოგადსამართლებრივი პრინციპები. გარდა ამისა, საკითხის ასეთი გადაწყვეტა არ შეესაბამება სისხლის სამართლის კრიმინალ-პოლიტიკის მოთხოვნებს, რადგან ყაჩაღობის მაგალითში ა.-ს ქმედების შედეგად, სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებას საბოლოოდ არ ჰქონია ადგილი, ამდენად, მისი დაცვა ჯერ კიდევ შესაძლებელი იყო. ვინაიდან ყაჩაღობა საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულია, მისი დაცვის ძირითადი ობიექტი საკუთრებითი ურთიერთობებია, ამიტომ, ვიდრე ქონება მესაკუთრეს ეკუთვნის და დამნაშავის უკანონო მფლობელობაში ჯერ კიდევ არ გადასულა, მაშასადამე, შედეგი არ დამდგარა, მანამ დამნაშავეს არ უნდა წაერთვას ნებაყოფლობითი ხელის აღების უფლება, მიუხედავად იმისა, რომ კანონმდებელი ყაჩაღობას დამთავრებულ დანაშაულად თავდასხმის მომენტიდან აცხადებს.

აქედან გამომდინარე, მიზანშეწონილია, „ოქროს ხიდის თეორია“ გაფართოვდეს და ნებაყოფლობითი ხელის აღების ბუნებიდან გამომდინარე, მისი გამოყენების უფლება დამნაშავეს მიეცეს ზოგიერთი სახის იურიდიულად დამთავრებულ ფორმალურ დანაშაულებში (*„ოქროს ხიდის მოდიფიკაციის“ თეორია*). ამ უფლების ლეგიტიმაცია კი კანონმდებელმა უნდა მოახდინოს სისხლის სამართლის კოდექსის ზოგად ნაწილში ახალი ნორმის შემოღებით.

ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტზე მსჯელობა მრავალმხრივ საინტერესო დასკვნების გაკეთების საშუალებას იძლევა. მისი ანალიზი ცხადყოფს, რომ ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტის განვითარებას მყარი დოგმატურ-სამართლებრივი საფუძველი გააჩნია, რაც კარგად გამოიკვეთა თემაში სხვადასხვა თეორიის მიმოხილვის დროს. ამ თეორიებზე დაყრდნობით სისხლის სამართლის მეცნიერები ახდენენ აღნიშნული ინსტიტუტის დასაბუთებასა და დანაშაულის სისტემაში მისი ადგილის განსაზღვრას.

— დოგმატური თვალსაზრისით, თანამედროვე სისხლის სამართლის მეცნიერებაში ნებაყოფლობითი ხელის აღების ყველაზე უფრო რელევანტურ საფუძველს **„კრიმინალ-პოლიტიკური“**, იგივე **„ოქროს ხიდის“** და **„სასჯელის მიზნის მოდიფიცირებული თეორიები“** ქმნიან.

— რაც შეეხება აღნიშნული ინსტიტუტის ადგილს დანაშაულის სისტემაში, სხვადასხვა აზრის მიუხედავად, საყოველთაოდ აღიარებულია, რომ ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტი არ წარმოადგენს უმართლობის ან ბრალის გამომრიცხველ გარემოებას, არამედ იგი არის სასჯელისაგან გათავისუფლების პერსონალური საფუძველი.

— ნებაყოფლობითი ხელის აღების სუბიექტური პირობების დახასიათება აშკარად ცხადყოფს, რომ „ნებაყოფლობითობას“, როგორც ერთ-ერთ სუბიექტურ პირობას, გადამწყვეტი მნიშვნელობა გააჩნია პირის სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლებისათვის. მთავარია, რომ ხელის ამღები ნებაყოფლობით მოქმედებდეს და ამის საფუძველზე ხელს იღებდეს დანაშაულებრივ საქმიანობაზე. „ნებაყოფლობითობა“, როგორც უკვე გამოჩნდა, შეფასების სხვადასხვა კრიტერიუმით იზომება. ზოგიერთი სისხლის სამართლის მეცნიერი „ნებაყოფლობითობის“ დახასიათებისას ფსიქოლოგიურ შეფასებას ანიჭებს უპირატესობას, ზოგიერთი, პირიქით, ნორმატიულ შეფასების გადამწყვეტ მნიშვნელობაზე საუბრობს. საგულისხმოა ის ფაქტიც, რომ სასამართლო პრაქტიკა „ნებაყოფლობითობის“ ასახსნელად უფრო ფსიქოლოგიური შეფასებისაკენ იხრება.

— ნებაყოფლობითი ხელის აღების ობიექტური პირობების დახასიათებისას გამოიკვეთა ერთი მეტად მნიშვნელოვანი საკითხი. საქმე ეხება კანონით აღიარებულ აუცილებელ ობიექტურ ნიშანს, საბოლოობა. სისხლის სამართლის კანონმდებლობის პირდაპირი მოთხოვნაა ამ პირობის შესრულება, რადგან, თუ დანაშაულის ჩამდენმა დროებით გადაიფიქრა დანაშაულის ბოლომდე მიყვანა, მაშინ მისი ქმედება ნებაყოფლობით ხელის აღებად არ განიხილება. ამ საკითხთან დაკავშირებით თემაში გამოითქვა მოსაზრება, რომლის თანახმადაც, საბოლოობა, როგორც დროის ფაქტორთან დაკავშირებული საკითხი, ნებაყოფლობითი ხელის აღების დროს თავისებურებებით ხასიათდება. საქმე ეხება ისეთ შემთხვევას, როდესაც დამნაშავე, მაგალითად, ქურდობის ჩადენას 10 წლით გადადებს.

შეფასება, რომლის მიხედვითაც დამნაშავის ქმედება მოცემულ შემთხვევაში საბოლოოდ უნდა ჩაითვალოს, კანონმდებლის მიზანს ემსახურება და სრულებით არ არღვევს ნორმის სიტყვასიტყვითი გაგების მოთხოვნას (*„სასჯელის ეფექტიანობისათვის ხანდაზმულობის გონივრული ვადები“*).

– თემაში ასევე განხილულია თანამონაწილეობის ინსტიტუტში ნებაყოფლობითი ხელის აღების პრობლემატიკა, რა დროსაც ზოგიერთი საკითხი ახლებურად არის გაგებული და წარმოდგენილი. განსაკუთრებით აქ ყველაზე მნიშვნელოვანია დამხმარის მიერ ნებაყოფლობითი ხელის აღების საკითხი დანაშაულის დაწყების შემდეგ. როგორც უკვე აღინიშნა, სისხლის სამართლის კოდექსის 21-ე მუხლის მე-3 ნაწილი დამხმარეს არ ათავისუფლებს პასუხისმგებლობისგან დანაშაულის დაწყების შემდეგ. დასახელებულ მუხლში პირდაპირ წერია, რომ დამხმარის პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლებისთვის აუცილებელია, რომ დამნაშავემ დანაშაულის დაწყებამდე განაცხადოს უარი შეპირებული ქმედების შესრულებაზე, ხოლო დამნაშავე დანაშაულის დაწყების შემდეგ, კანონიდან გამომდინარე, ვერ ისარგებლებს ამ უფლებით. ამიტომ, მიზანშეწონილია, თუკი კანონმდებელი ამ საკითხს საკანონმდებლო დონეზე მოაწესრიგებს და დამხმარეს არ შეუზღუდავს ნებაყოფლობითი ხელის აღების უფლებით სარგებლობას დანაშაულის დაწყების შემდეგ.

დაბოლოს, სტატიაში ჩამოყალიბებულია ახალი პოზიცია, რომელშიც დასაბუთებულია ნებაყოფლობითი ხელის აღების შესაძლებლობის საკითხი იურიდიულად დამთავრებულ ზოგიერთი სახის ფორმალურ დანაშაულებში, როდესაც სამართლებრივი სიკეთის საბოლოო დაცვა, დანაშაულის იურიდიულად დამთავრების მიუხედავად, ჯერ კიდევ შესაძლებელია (*ოქროს ხიდის მოდიფიცირების თეორია*).

დოქტორანტი, ასისტენტ-პროფესორი, ლევან ხარანაული

დანაშაულზე ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტი

რეზიუმე

მოცემული სტატია ეძღვნება ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტს და მისი განვითარების თავისებურებებს სისხლის სამართლის თეორიასა და სასამართლო პრაქტიკაში. თავდაპირველად სტატიაში განხილულია ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტის დოგმატურ-სამართლებრივი საფუძველი, კერძოდ, ის თეორიები, რომლებიც განსაკუთრებულ როლს თამაშობენ მოცემული ინსტიტუტის დასაბუთების საკითხში. სტატიაში ასევე დახასიათებულია ნებაყოფლობითი ხელის აღების სუბიექტური და ობიექტური პირობები, რომლებიც კუმულაციურად ქმნიან სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების რეალურ საფუძველს. განსაკუთრებული ყურადღება ეთმობა ნებაყოფლობითი ხელის აღების ინსტიტუტის პრობლემატიკას თანამონაწილეობის ინსტიტუტში, ასევე ნებაყოფლობითი ხელის აღების შესაძლებლობის საკითხებს უმოქმედობით დელიქტებში, უვარგისი მცდელობის დროს და დანაშაულის პროვოკაციის შემთხვევაში.

დაბოლოს, სტატიაში გამოთქმულია ავტორისეული მოსაზრება ნებაყოფლობითი ხელის აღების ფარგლების გაფართოების შესახებ ზოგიერთი დანაშაულის იურიდიულად დამთავრების შემთხვევაში (*ოქროს ხიდის მოდიფიცირების თეორია*).

Doktorand, Assistent-Prof. Levan Kharanauli
Ivane Javakhishvili Staatliche Universität Tbilissi

Abstract: Rücktritt

Der vorliegende Beitrag ist gewidmet dem Institut des Rücktritts und den Besonderheiten seiner Entwicklungstendenzen in der Strafrechtslehre und der Rechtsprechung. Primär spricht der Beitrag über die dogmatischen Rechtsgrundlagen und zwar über die Theorien, die eine besondere Rolle bei der Begründung dieses Instituts spielen. Der Beitrag erörtert auch die objektiven und subjektiven Rücktrittsvoraussetzungen, die eine reale Grundlage der Befreiung von der strafrechtlichen Verantwortung bilden. Eine besondere Aufmerksamkeit gilt beim Rücktritt der Mitbeteiligung, aber auch der Unterlassung, dem untaglichen Versuch und der Provozierung der Straftat.

Zum Schluss wird im Beitrag eine Meinung geäußert, die Grenzen des Rücktritts erst bei Vollendung einiger Straftaten zu erweitern (Modifizierungstheorie der goldenen Brücke).

ბაჩანა ჯიშკარიანი
მიუნხენის უნივერსიტეტის დოქტორანტი

ევროკავშირის სამართლის უპირატესი იურიდიული ძალა ნაციონალური სისხლის სამართლის მიმართ

I. შესავალი

ევროკავშირის ფარგლებში წევრ სახელმწიფოთა სამართლებრივი სისტემების დაახლოებისა და ჰარმონიზაციის სხვადასხვა გზა არსებობს.[1] ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს ნორმას ამ საკითხთან მიმართებაში წარმოადგენს ევროკავშირის შესახებ ხელშეკრულების მე-4 მუხლის მესამე აბზაცი, რომლის მიხედვითაც სახელმწიფოები ვალდებულნი არიან მიიღონ ყველა საჭირო ზომა, რათა შესრულდეს კავშირის წინაშე არსებული ვალდებულებები.[2] თუმცა, გარდა ამ ზოგადი ფორმულირებისა, ევროკავშირის სამართალი სხვა საშუალებებითაც ახდენს მნიშვნელოვან გავლენას შიდასახელმწიფოებრივ სისხლისსამართლებრივ სისტემებზე. ამის ერთ-ერთი მაგალითია მისი მხრიდან ნაციონალური ნორმების განეიტრალება კოლიზიის შემთხვევაში. საქართველო, განსაკუთებით ბოლო წლების განმავლობაში, აქტიურად ცდილობს როგორც პოლიტიკურად, ასევე სამართლებრივად დაუახლოვდეს ევროკავშირს და მისი კანონმდებლობა მოიყვანოს ევროპულ სტანდარტებთან შესაბამისობაში. აქედან გამომდინარე, მნიშვნელოვანია იმის გარკვევა, თუ რა გავლენას მოახდენს ქართულ სამართლებრივ რეალობაზე ნაციონალური ნორმების განეიტრალების ინსტიტუტი, რომელიც, თავის მხრივ, ევროკავშირის სამართლის უპირატეს იურიდიულ ძალას ეფუძნება. საკითხავია, რა მოელის ქართულ სისხლისსამართლებრივ ნორმებს განსაკუთრებით მაშინ, თუ მომავალში საქართველო იმდენად დაუახლოვდება ევროკავშირს, რომ თავის თავზე აიღებს ევროკავშირის სამართლის მოთხოვნების შესრულების ვალდებულებას?[3]

II. ევროკავშირის სამართალი და მისი უპირატესი იურიდიული ძალა ნაციონალური ნორმების მიმართ

შიდასახელმწიფოებრივი სასამართლოები საქმეების გადაწყვეტის პროცესში ვალდებულნი არიან გაითვალისწინონ ევროკავშირის სამართლის მოთხოვნები.[4]

---

[1] შად. *ტურავა მ., (რედ.)*, ევროპული სისხლის სამართალი, თბ., 2010, 35.

[2] იხ.: *Ambos K.*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., München, 2011, § 11 Rn. 37; *ტურავა მ. (რედ.)*, ევროპული სისხლის სამართალი, თბ., 2010, 47; *ზატცგერი ჰ.*, კრებულში: *ტურავა მ.* (რედ.), ევროპული სისხლის სამართალი, თბ., 2010, 512.

[3] შად. *ჯიშკარიანი ბ.*, ევროპული სამართალი და მისი გავლენა ნაციონალურ სისხლის სამართალზე, სამართლის ჟურნალი, თბ., 1-2/2010, 255.

[4] იხ. *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden, 2011 § 9 Rn. 77.

შესაბამისად, ისინი მხოლოდ ნაციონალურ სისხლის სამართალს ვერ დაეყრდნობიან. ქართულმა სასამართლოებმა თუ სამართლებრივი ურთიერთობის ნებისმიერმა სხვა მონაწილე პირებმა უნდა გაითვალისწინონ ის მომენტი, რომ ევროკავშირის სამართალი უპირატესი იურიდიული ძალით ისარგებლებს ქართულ სისხლის სამართალთან მიმართებაში. დაუშვებელი იქნება, რომ ქართული სისხლისსამართლებრივი ნორმა, რომელიც წინააღმდეგობაში მოვა პირდაპირი მოქმედების ძალის მქონე ევროპულ ნორმასთან, მოცემულ კონკრეტულ შემთხვევაში გამოყენებულ იქნეს.[5]

ევროკავშირის სამართლის უპირატესობის პრინციპი XX საუკუნის სამოციან წლებში იქნა განვითარებული ევროგაერთიანების სასამართლოს მიერ.[6] სასამართლომ საქმეზე Costa/ENE[7] გადაწყვეტილებაში შემდეგი რამ დაადგინა: სხვა ჩვეულებრივი საერთაშორისო ხელშეკრულებებისაგან განსხვავებით, ევროპის ეკონომიკური გაერთიანების შესახებ ხელშეკრულებამ (რომელიც იმ დროს მოქმედებდა) შექმნა თვითმყოფადი ევროპული სამართლებრივი სისტემა, რომელიც წევრი სახელმწიფოების შიდა სამართლის შემადგენელი ნაწილი გახდა და, შესაბამისად, მათი სასამართლოების მიერაც უნდა იქნეს გამოყენებული. განუსაზღვრელი ვადით ისეთი გაერთიანების შექმნის გზით, რომელიც აღჭურვილია საკუთარი ორგანოებით, სარგებლობს სრული ქმედუნარიანობით და მონაწილეობს საერთაშორისო ურთიერთობებში, წევრმა სახელმწიფოებმა შეზღუდეს საკუთარი სუვერენული უფლებები.[8] ამ განმარტებიდან გამომდინარე, ევროკავშირის სამართალი წარმოადგენს ავტონომიურ სამართლებრივ წესრიგს, რომელიც შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის გვერდით დგას და დამოუკიდებელი მოქმედების ძალა გააჩნია.[9] მსგავსი პოზიცია ევროგაერთიანების სასამართლოს მიერ ადრეც იქნა დაფიქსირებული.[10]

რა მომენტიდან სარგებლობს ევროკავშირის სამართალი უპირატესი იურიდიული ძალით? ამ კითხვაზე პასუხის გასაცემად თავდაპირველად უნდა გაირკვეს, საქმე ეხება უშუალო, პირდაპირი მოქმედების ძალის მქონე ევროპულ აქტს, თუ ე.წ. სეკუნდარულ აქტს, რომელსაც უშუალო მოქმედების ძალა არ გააჩნია.[11] თუ,

---

[5] იხ.: *Manacorda S.*, კრებულში: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Köln u. a., 2008, 1386; *Satzger H.*, კრებულში: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg), Europäisches Strafrecht, München, 2011, § 9 Rn. 39; *Dannecker G.*, Das materielle Strafrecht im Spannungsfeld des Rechts der Europäischen Union, JURA 2006, 173.

[6] იხ. *ტურავა მ. (რედ.)*, ევროპული სისხლის სამართალი, თბ., 2010, 49.

[7] იხ. ევროგაერთიანების სასამართლოს გადაწყვეტილებების კრებული გერმანულ ენაზე EuGHE 1964, 1251 ("Costa/ENEL").

[8] იხ. EuGHE 1964, 1269 ("Costa/ENEL").

[9] იხ.: *Schröder C.*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, Berlin, 2002, 56; *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 1.

[10] იხ. EuGHE 1963, 25 („van Gend&Loos").

[11] შეად. *ჯიშკარიანი ბ.*, ევროპული სამართალი და მისი გავლენა ნაციონალურ სისხლის სამართალზე, სამართლის ჟურნალი, თბ., 1-2/2010, 256-257.

მაგალითად, საქართველომ არ მოახდინა დირექტივის შიდა კანონმდებლობაში დროულად იმპლემენტირება (რომელიც სეკუნდარულ აქტებს განეკუთვნება), მაშინ სასამართლო მას ვერ დაეყრდნობა და იხელმძღვანელებს მხოლოდ ნაციონალური სამართლით.[12] ამიტომ კანონმდებელი ვალდებულია, განახორციელოს შესაბამისი ცვლილებები და შიდა კანონმდებლობა მოიყვანოს დირექტივასთან შესაბამისობაში.[13] სასამართლომ, პირველ რიგში, უნდა გაითვალისწინოს ის ევროპული აქტები, რომლებსაც პირდაპირი მოქმედების ძალა გააჩნიათ.[14] ესენია: დადგენილებები და გარკვეულ შემთხვევებში დირექტივებიც. ევროკავშირის ეს სამართლებრივი აქტები წევრ სახელმწიფოებში არ საჭიროებენ დამატებითი საკანონმდებლო ქმედებების განხორციელებასა და იმპლემენტაციას. ისინი გამოცემისთანავე იძენენ სავალდებულო ძალას.[15] აქედან გამომდინარე, შესაძლებელია, წარმოიშვას ისეთი სამართლებრივი სიტუაცია, რომ ერთსა და იმავე საკითხს ევროპული და ქართული სამართალი განსხვავებულად აწესრიგებდეს. თუმცა, ევროპული სამართლის უპირატესი იურიდიული ძალის მიუხედავად, შიდასამართლებრივ ინტერესებსაც უნდა მიექცეს ყურადღება.[16]

სარგებლობს თუ არა ევროკავშირის სამართალი შეუზღუდავი უპირატესი იურიდული ძალით? ამ საკითხთან დაკავშირებით აზრთა სხვადასხვაობაა. ევროგაერთიანების სასამართლო უკვე ნახსენებ Costa/ENEL-ის საქმეზე გადაწყვეტილებაში[17] შეუზღუდავი უფლების იდეას ემხრობა და ამ პოზიციას არსებული ევროპული მართლწესრიგის ხასიათიდან გამომდინარე ასაბუთებს.[18] მისი მოსაზრებით, ხელშეკრულებების საფუძველზე ისეთი ავტონომიური სამართლებრივი სისტემა ჩამოყალიბდა, რომ მას შიდასახელმწიფოებრივი ნორმები წინ ვერ აღუდგება. წინააღმდეგ შემთხვევაში გაერთიანების სამართლებრივი საფუძვლები მთლიანად კითხვის ნიშნის ქვეშ დადგებოდა.[19] ევროგაერთიანების სასამართლო ამ მიდგომით ცდილობს თავიდან აიცილოს ევროკავშირის ხელშეკრულებებში ჩადებული მიზნების განსხვავებული ინტერპრეტაციები სხვადასხვა სახელმწიფოში არსებული სამართლებრივი სისტემების თავისებურებებიდან გამომდინ-

---

[12] იხ. *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 1.

[13] შად.: *Manacorda S.*, კრებულში: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Köln u.a., 2008, 1386; *Satzger H.*, კრებულში: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, München, 2011, § 9 Rn. 40.

[14] იხ. *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 9 Rn. 77.

[15] იხ.: *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 9 Rn. 77; *Satzger H.*, კრებულში: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, München, 2011, § 9 Rn. 40; *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 2.

[16] იხ. *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 2.

[17] იხ. EuGHE 1964, 1251 („Costa/ENEL").

[18] იხ. *Satzger H.*, Die Europäisierung des Strafrechts, München u.a., 2001, 44.

[19] იხ.: EuGHE 1964, 1270 („Costa/ENEL"); *Satzger H.*, Die Europäisierung des Strafrechts, München, 2001, 44; *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 3.

არე.[20] ევროკავშირის სამართლის შიდა სამართლის ნაწილად აღიარება და ასევე მოქმედი ხელშეკრულებები არ იძლევიან იმის საშუალებას, რომ ცალკეულმა სახელმწიფოებმა ისეთი თვითნებური და ცალმხრივი ღონისძიებები გაატარონ, რაც წინააღმდეგობაში მოვა ერთიან ევროპულ მართლწესრიგთან.[21] ევროგაერთიანების სასამართლომ ეს მიდგომა შემდგომ გადაწყვეტილებებშიც გაიმეორა.[22]

გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო უპირატესობის საკითხს განსხვავებულად უდგება. ამასთან დაკავშირებით მისი პოზიცია შედარებით ორაზროვანია.[23] ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოსათვის ევროკავშირის სამართალი შეუზღუდავი უპირატესობის უფლებით სარგებლობს ჩვეულებრივ შიდასახელმწიფოებრივ კანონებთან მიმართებაში.[24] როგორც ევროგაერთიანების სასამართლოს შემთხვევაში, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოც ეთანხმება იმ მოსაზრებას, რომ ევროპის ეკონომიკური გაერთიანების შესახებ ხელშეკრულების რატიფიკაციის შედეგად გაერთიანების სამართალმა წევრი სახელმწიფოების სამართალზე ზეგავლენა მოახდინა და, შესაბამისად, გერმანიის სასამართლოებმაც უნდა გაითვალისწინონ ეს სამართალი.[25] ხოლო კონკრეტულ შემთხვევებში კოლიზიის საკითხის გარკვევა კონკრეტულ ჩვეულებრივ კანონსა და ევროპულ დათქმებს შორის საკონსტიტუციო სასამართლომ შესაბამისი საერთო სასამართლოების კომპეტენციას მიაკუთვნა.[26] უფრო ნათლად რომ ითქვას, ის ზოგადად მხოლოდ კონსტიტუციასთან შესაბამისობს საკითხს წყვეტს.

გერმანიის კონსტიტუციაში ჩადებულ პრინციპებსა და ევროკავშირის სამართალს შორის კოლიზიის წარმოშობასთან დაკავშირებით, საკონსტიტუციო სასამართლო შედარებით უფრო მკაცრ პოზიციას იჭერს. თავის ერთ-ერთ ცნობილ, 1974 წლის გადაწყვეტილებაში[27] სასამართლომ გამოთქვა მოსაზრება, რომ თვით ევროგაერთიანების მიერ გამოცემული დადგენილებების გადამოწმება უნდა მოხდეს გერმანიის კონსტიტუციის მოთხოვნებთან შესაბამისობაზე,[28] რადგან ევროგაერთიანების ფარგლებში ჯერ კიდევ მაშინ არ იყო შემუშავებული ადამიანის უფლებების ისეთი ერთიანი კატალოგი, როგორც ეს გერმანიის კონსტიტუციის შემთხვევაშია. თუ გერმანიის რომელიმე მიწის სასამართლო

---

[20] იხ. *Schröder C.*,Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, Berlin, 2002, 58.

[21] იხ. EuGHE 1964, 1269 („Costa/Enel").

[22] იხ.: EuGHE 1978, 629 (Simmenthal II); *Schröder C.*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, Berlin, 2002, 58; *Satzger H.*,Die Europäisierung des Strafrechts, München u.a., 2001, 45.

[23] იხ. *Satzger H.*,Die Europäisierung des Strafrechts, München u.a., 2001, 47.

[24] იხ. *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 5.

[25] იხ. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებების კრებული BVerfGE 31, 173.

[26] იხ. BVerfGE 31, 174.

[27] იხ. BVerGE 37, 271 („Solange I-Beschluss").

[28] იხ. *Satzger H.*, Die Europäisierung des Strafrechts, München u.a., 2001, 48.

ჩათვლიდა, რომ ევროგაერთიანების დადგენილება არ შეესაბამებოდა კონსტიტუციაში გათვალისწინებულ რომელიმე ძირითად უფლებას, მაშინ მას ეძლეოდა შესაძლებლობა, კოლიზიის საკითხის გასარკვევად გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოსათვის მიემართა.[29] ამ გადაწყვეტილებით გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლომ კონტროლის ფუნქცია მთლიანად შეითავსა და ამით ევროგაერთიანების სასამართლოზე მაღლა დადგა, თუმცა, მოგვიანებით, 80-იან წლებში მან ეს პოზიცია შეარბილა.[30] კერძოდ, საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსაზრებით, ევროგაერთიანების სასამართლო უზრუნველყოფს ძირითადი უფლებების დაცვას იმ დონეზე, რომელიც გერმანიის კონსტიტუციის მოთხოვნებს შეესაბამება და, შესაბამისად, ის იხსნის კომპეტენციას გაერთიანების ნორმების გადამოწმებასთან მიმართებაში მანამ, სანამ ევროგაერთიანების სასამართლო ძირითადი უფლებების ეფექტურად დაცვას გააგრძელებს. ანუ საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსაზრებით, არ არის აუცილებელი მისი ჩარევა, რადგან ევროკავშირის სასამართლო გერმანულ კონსტიტუციურ სტანდარტებს ისედაც აკმაყოფილებს. ამ გადაწყვეტილებით ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ საკუთარი კომპეტენცია შეზღუდა, თუმცა ეს შეზღუდვა მაშინვე მოიხსნება, როგორც კი ნაციონალური სამართლებრივი პრინციპებიდან გამომდინარე ევროკავშირის სასამართლოს გადაწყვეტილებები ძირითად უფლებათა დაცვის სტანდარტებს დრამატულად გადაუხვევენ.[31]

რა ადგილის დაკავება შეუძლიათ ევროპულ აქტებს ქართულ კანონმდებლობაში? საქართველოს 2009 წლის კანონი ნორმატიული აქტების შესახებ შეიცავს ნაციონალური თუ საერთაშორისო ნორმების მკაფიოდ ჩამოყალიბებულ იერარქიას. აქედან გამომდინარე, რთული არ არის კითხვაზე პასუხის გაცემა უპირატესობის საკითხთან მიმართებაში. ნორმატიული აქტების შესახებ კანონის მე-7 მუხლის თანახმად, ყველაზე მაღლა საკანონმდებლო იერარქიაში დგას კონსტიტუცია და კონსტიტუციური კანონი. შემდგომ მოდის კონკორდატი – სპეციალური შეთანხმება სახელმწიფოსა და ქართულ მართლმადიდებელ ეკლესიას შორის. საერთაშორისო შეთანხმება იერარქიაში იკავებს მხოლოდ მესამე ადგილს. ეს ნორმა პირდაპირ შესაბამისობაშია საქართველოს კონსტუტუციასთან. საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებას ან შეთანხმებას, თუ იგი არ ეწინააღმდეგება კონსტიტუციას, უპირატესი იურიდიული ძალა აქვს შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტების მიმართ (კონსტ. მე-6 მუხლი, მე-2 ნაწ.). აქედან გამომდინარე, ცხადია, რომ საქართველოს კონსტიტუცია უპირატესი იურიდიული ძალით სარგებლობს ნებისმიერ საერთაშორისო შეთანხმებასა

---

[29] იხ.: BVerGE 37, 271; *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 6; *Satzger H.*, Die Europäisierung des Strafrechts, München u.a., 2001, 51.

[30] იხ.: BVerfGE 73, 339; *Schröder C.*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, Berlin 2002, 77.

[31] იხ.: *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 7; *Thomas S.*, Die Anwendung europäischen materiellen Rechts im Strafverfahren, NJW 1991, 2233.

თუ ხელშეკრულებასთან შედარებით.

იმ საკითხის გარკვევა, შეესაბამება თუ არა საერთაშორისო ხელშეკრულება საქართველოს კონსტიტუციას, შედის საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს კომპეტენციაში. საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ 1997 წლის საქართველოს კანონის 21-ე მუხლი მოცემულ საკითხს შემდეგნაირად აწესრიგებს: საქართველოს მიერ საერთაშორისო ხელშეკრულებების სავალდებულოდ აღიარებამდე, კონსტიტუციური სარჩელის შეტანის შემთხვევაში, საკონსტიტუციო სასამართლო იღებს გადაწყვეტილებას ამ ხელშეკრულების კონსტიტუციურობის შესახებ. აღნიშნული გადაწყვეტილების გამოტანამდე დაუშვებელია შესაბამისი საერთაშორისო ხელშეკრულების საქართველოსათვის სავალდებულოდ აღიარება. თუ სასამართლომ დაადგინა, რომ შეთანხმება არ შეესაბამება კონსტიტუციას, მაშინ მისი საქართველოსათვის სავალდებულოდ აღიარება დასაშვებია მხოლოდ მას შემდეგ, რაც კონსტიტუციაში, დადგენილი წესით, შეტანილი იქნება შესაბამისი ცვლილებები.

როგორ უნდა გადაწყდეს საკითხი, თუ რატიფიკაციამდე კონსტიტუციური სარჩელი საერთოდ არ იქნა სასამართლოში შეტანილი? უნდა აღიაროს თუ არა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ ევროპული ნორმების შეუზღუდავი უპირატესი იურიდიული ძალა შიდასახელმწიფოებრივი აქტების მიმართ? მართალია, ამ კითხვაზე პირდაპირი პასუხის გაცემა რთულია, თუმცა ქართული კანონმდებლობის სისტემიდან გამომდინარე, სადაც კონსტიტუციას აშკარად პირველი ადგილი უკავია ნებისმიერ სხვა საკანონმდებლო აქტთან მიმართებაში, სრულიად დასაშვებია, რომ საკონსტიტუციო სასამართლომ, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მსგავსად, დაუშვას ევროკავშირის მიერ გამოცემული ნორმების საქართველოს კონსტიტუციასთან შესაბამისობის გადამოწმების შესაძლებლობა. თუმცა ეს არ ნიშნავს იმას, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო აუცილებლად ამ გზას უნდა დაადგეს.

III. ევროკავშირის სამართლის გამოყენების თუ მოქმედების უპირატესი იურიდიული ძალა

მიუხედავად იმისა, რომ ევროკავშირის სამართლის უპირატესი იურიდიული ძალის საკითხი ზოგადად გარკვეულია, რჩება პასუხგასაცემი კითხვა, თუ რა შედეგებს იწვევს ევროკავშირის სამართლისადმი შეუსაბამო ნაციონალური ნორმის მიმართ ეს უპირატესობა.[32] უნდა გამოაცხადოს თუ არა მომავალში ქართველმა კანონმდებელმა ნებისმიერი ასეთი ნორმა ძალადაკარგულად, თუ ისინი კოლიზიის შემთხვევაში ისედაც ავტომატურად დაკარგავენ ძალას?

გაბატონებული მოსაზრება აღიარებს მხოლოდ კონკრეტულ შემთხვევაში ევროპული ნორმების გამოყენების უპირატესობას.[33] იურიდიულ ლიტერატურაში

[32] იხ. *Satzger H.*, Die Europäisierung des Strafrechts, München u.a., 2001, 53.

[33] იხ.: *Ambos K.*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., München, 2011, § 11 Rn. 41; *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 9 Rn. 79; *Hecker B.*,

დამკვიდრებულ ამ მოსაზრებას იზიარებს მართლმსაჯულებაც. როგორც ევროკავშირის სასამართლო, ასევე გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლო ხაზს უსვამენ ევროკავშირის სამართლის გამოყენების უპირატესობას. ევროკავშირის სასამართლო შემდეგ მოსაზრებას აყალიბებს, რომ ურთიერთწინააღმდეგობის შემთხვევაში უპირატესი იურიდიული ძალის პრინციპიდან გამომდინარე, შიდასახელმწიფოებრივი ნორმის გამოყენება დაუშვებელია და გარდა ამისა, ნებისმიერი ახალი, წევრი სახელმწიფოს მიერ გამოცემული აქტიც, თუ ის ევროკავშირის სამართალს ეწინააღმდეგება, ვერ იმოქმედებს.[34] გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოც უარყოფს შიდასახელმწიფოებრივი ნორმის მთლიანად ძალადაკარგულად გამოცხადების იდეას. ის კოლიზიის შემთხვევაში მხოლოდ და მხოლოდ უკანა პლანზე გადაიწევს და მას ჩაენაცვლება ევროპული ნორმა, ანუ ის აქ იქნება გამოყენებული.[35] სწორედ აქედან გამომდინარეობს ტერმინი ევროპული სამართლის გამოყენების უპირატესობა.

ყოველივე ამის საფუძველზე მომავალში, კოლიზიის შემთხვევაში ქართული სამართლებრივი ნორმა არ დაკარგავს ძალას.[36] ის მხოლოდ მოცემულ კონკრეტულ საკითხთან მიმართებაში არ გამოიყენება. თუ დაშვებული იქნებოდა ევროკავშირის სამართლის მოქმედების უპირატესობა, რაც თავისთავად ნაციონალური ნორმების ძალადაკარგულად ცნობას გამოიწვევდა, მაშინ ეს წინააღმდეგობაში მოვიდოდა ლისაბონის ხელშეკრულებასთან. კერძოდ, ევროკავშირის შესახებ ხელშეკრულების მე-5 მუხლის მეოთხე აბზაცში მანიფესტირებულ პროპორციულობის პრინციპთან,[37] რითაც ადგილი ექნებოდა წევრი სახელმწიფოების სუვერენიტეტში გადაჭარბებულ ჩარევას.[38] პროპორციულობის პრინციპის თანახმად, ევროკავშირის ღონისძიებები არ უნდა აჭარბებდნენ როგორც შინაარსობრივად, ასევე ფორმალურად იმ ფარგლებს, რაც საჭიროა ხელშეკრულებებში ჩადებული მიზნების მისაღწევად და ამისათვის აუცილებელი არ არის შიდასახელმწიფოებრივი ნორმების მთლიანად ძალადაკარგულად გამოცხადება. ნაციონალურ რეგულირებებს შეუძლიათ, თავიანთი ძალა შეინარჩუნონ საკითხთა იმ წრის მიმართ, რომლთაც კოლიზიები არ წარმოეშობათ.[39]

Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a. 2010, § 9 Rn. 8; *Satzger H.*, Die Europäisierung des Strafrechts, München, 2001, 53; *Manacorda S.*, კრებულში: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Köln u.a. 2008, Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, 1391.

[34] იხ.: EuGHE 1978, 644 („Simmenthal II"); EuGHE 1998, 6307 („IN.CO:GE`90"); *ტურავა მ. (რედ.)*, ევროპული სისხლის სამართალი, თბ., 2010, 49.

[35] იხ.: BVerfG, NJW 2009, 2267, 2284; Schübel-Pfister/Kaiser, Das Lissabon-Urteil des BVerfG vom 30.6.2009, JuS 2009, 771; *ჯიშკარიანი ბ.*, ევროპული სამართალი და მისი გავლენა ნაციონალურ სისხლის სამართალზე, სამართლის ჟურნალი, თბ., 1-2/2010, 257.

[36] შეად. *Safferling C.*, Internationales Strafrecht, Berlin u.a., 2011, § 11 Rn. 12.

[37] იხ. *ზატცგერი ჰ.*, კრებულში: *ტურავა მ.* (რედ.), ევროპული სისხლის სამართალი, თბ., 2010, 522.

[38] იხ. *Satzger H.*, Die Europäisierung des Strafrechts, München u.a., 2001, 55.

[39] იხ.: *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 9; *Satzger H.*, Welche Veränderungen brächte ein Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union für die Anwendung des

IV. ნაციონალური სისხლისსამართლებრივი ნორმების განეიტრალება

ევროკავშირის სამართლის უპირატესი იურიდიული ძალა მომავალში ქართულ სისხლის სამართალზე მნიშვნელოვან გავლენას მოახდენს. ქართულ სისხლისსამართლებრივ ნორმასა და ევროპულ ნორმას შორის კოლიზიის წარმოშობის შემთხვევაში შეუძლებელი იქნება ვინმეს პასუხისგებაში მიცემა.[40] სამართალდამცავ ორგანოებს არ ექნებათ იმისი უფლება, ნაციონალური სისხლისსამართლებრივი შემადგენლობის საფუძველზე მოითხოვონ ვინმეს იმ ქმედებისათვის დასჯა, რომელიც ევროკავშირის სამართლის მიერ ნებადართულია.[41]

განეიტრალების მექანიზმი ზოგადად წევრი სახელმწიფოების სამართალზე გავლენის მოხდენის ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ინსტრუმენტია,[42] თუმცა სანამ ქართული ნორმის განეიტრალების საკითხი დადგება, მანამდე უნდა იქნეს გარკვეული, საერთოდ ადგილი აქვს თუ არა კოლიზიას. კოლიზია შეიძლება იყოს ნამდვილი ან მოჩვენებითი და განეიტრალება ხდება მხოლოდ ნამდვილი კოლიზიის ფაქტს დადგენის შემთხვევაში.[43]

1. ნამდვილი კოლიზია დანაშაულის შემადგენლობიდან გამომდინარე

როგორც უკვე ითქვა, ქართული სისხლისსამართლებრივი ნორმის განეიტრალება მოხდება მხოლოდ ნამდვილი კოლიზიის შემთხვევაში, ანუ, როდესაც ის პირდაპირი მოქმედების ძალის მქონე ევროპულ ნორმასთან მოვა წინააღმდეგობაში.[44] ამ დროს კოლიზია შესაძლებელია, წარმოიშვას როგორც დანაშაულის შემადგენლობასთან, ასევე სანქციასთან მიმართებაში.[45] ამასთან, ევროკავშირის მხრიდან დადგენილი რეგულაცია სახელმწიფოების მიმართ მკაფიო მითითებებს უნდა შეიცავდეს და არ უნდა იძლეოდეს თავისუფალი ინტერპრეტაციის საშუალებას.[46]

schweizerischen Strafrechts? ZStR 2001, 97; *Jokisch J.*, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, Berlin, 2000, 45.

[40] იხ.: *Satzger H.*, Welche Veränderungen brächte ein Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union für die Anwendung des schweizerischen Strafrechts? ZStR 2001, 97; *Dannecker G.*, Das materielle Strafrecht im Spannungsfeld des Rechts der Europäischen Union, JURA 2006, 173; *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 9 Rn. 79; *Ambos K.*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., München, 2011, § 11 Rn. 41; *Jokisch J.*, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, Berlin, 2000, 45.

[41] იხ.: *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 11; *ტურავა მ. (რედ.)*, ევროპული სისხლის სამართალი, თბ. 2010, 49.

[42] იხ. *Satzger H.*, Die Europäisierung des Strafrechts, München u.a., 2001, 478.

[43] იხ. *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 9 Rn. 79.

[44] იხ.: *Ipsen H.*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen, 1972, 5/49; *Safferling C.*, Internationales Strafrecht, Berlin u.a. 2011, § 11 Rn. 23.

[45] იხ.: *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 9 Rn. 79; *Satzger H.*, Die Europäisierung des Strafrechts, München 2001, 479.

[46] იხ.: *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 19; *Dannecker G.*, Der zeitliche Geltungsbereich von Strafgesetzen und der Vorrang des Gemeinschafsrechts,

ნამდვილ კოლიზიას, დანაშაულის შემადგენლობიდან გამომდინარე, მაშინ ექნება ადგილი, როდესაც საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში გათვალისწინებული აკრძალვა ან ნებართვა პირდაპირ წინააღმდეგობაში მოვა ევროკავშირის სამართლიდან გამომდინარე აკრძალვასთან ან ნებართვასთან.[47] მაგალითად, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსით დასჯადი იქნება ქმედება, რომელიც ევროკავშირის სამართლის მიერ ნებადართულია, ადგილი ექნება პირდაპირი კოლიზიის ტიპურ შემთხვევას.[48] სისხლის სამართლის კოდექსის შესაბამისი მუხლი განეიტრალდება და მოცემულ კონკრეტულ შემთხვევასთან მიმართებაში არ მოხდება მისი გამოყენება.[49]

ევროკავშირის სასამართლოს პრაქტიკაში ბევრი გადაწყვეტილება აქვს გამოტანილი დანაშაულის შემადგენლობიდან გამომდინარე ნამდვილ კოლიზიებთან დაკავშირებით, რომლთა გათვალისწინებაც ქართველ იურისტებსაც მოუწევთ. ერთ-ერთი მსგავსი შემთხვევაა „აუერი“-ს საქმე.[50] საფრანგეთის მოქალაქე აუერს, რომელმაც ვეტერინარის დიპლომი იტალიაში აიღო, ჰქონდა სურვილი საფრანგეთში ემუშავა. საფრანგეთის შესაბამისმა უწყებამ მისი დიპლომი არ აღიარა და მუშაობის ნებართვა არ მისცა. მიუხედავად ამისა, აუერმა მუშაობა მაინც დაიწყო და, შესაბამისად, მას ბრალი დასდეს უნებართვო საქმიანობაში.[51] საფრანგეთის უფლებამოსილმა სასამართლომ გამოთქვა ეჭვი იმის შესახებ, რომ ადგილობრივ კანონმდებლობაში არსებული მსგავსი აკრძალვა წინააღმდეგობაში მოდიოდა მაშინ მოქმედ ევროგაერთიანების ხელშეკრულებასთან, კერძოდ, საქმიანობის თავისუფლების პრინციპთან (ახლა მოქმედი ევროკ. საქმ. წესის შეს. ხელშ. მუხ. 49-ე).

აღსანიშნავია ის მომენტი, რომ იმ დროისათვის ევროგაერთიანების ფარგლებში უკვე გამოცემული იყო დირექტივა ვეტერინარის დიპლომის წევრ სახელმწიფოებში ურთიერთაღიარების შესახებ. მაგრამ საფრანგეთს, მიუხედავად იმისა, რომ დირექტივის შიდა კანონმდებლობაში იმპლემენტაციის ვადა უკვე გასული იყო, ეს ვალდებულება არ ჰქონდა შესრულებული.[52] ბრალდებულმა აუერმა სწორედ ამ ფაქტზე მიუთითა და ისიც აღნიშნა, რომ საფრანგეთმა იმპლემენტაციის ვადა გაუშვა, დირექტივამ პირდაპირი მოქმედების ძალა შეიძინა, რის საფუძველზეც მას საქმიანობის უფლება მიეცა.[53] ევროგაერთანების სასამართლო

ZIS 7/2006, 312; *Satzger H.,* Die Europäisierung des Strafrechts, München u.a., 2001, 479.

[47] იხ. *Satzger H.,* კრებულში: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, München, 2011, § 9 Rn. 42.

[48] იხ.: *Jokisch J.,* Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, Berlin, 2000, 45; *Satzger H.,* Die Europäisierung des Strafrechts, München u.a., 2001, 483.

[49] იხ.: *Schröder C.,* EuropäischeRichtlinien und deutsches Strafrecht, Berlin, 2002, 90; *Satzger H.,* კრებულში: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, München, 2011, § 9 Rn. 42.

[50] იხ. EuGHE 1983, 2727 („Auer“).

[51] იხ. EuGHE 1983, 2739 („Auer“).

[52] იხ. EuGHE 1983, 2739(„Auer“).

[53] იხ. EuGHE 1983, 2741 („Auer“).

ამ არგუმენტაციას დაეთანხმა. სასამართლოს მოსაზრებით, ევროგაერთიანების დირექტივა წევრი სახელმწიფოებისადმი მიმართულ სრულიად მკაფიოდ და ზუსტად ჩამოყალიბებულ ვალდებულებებს შეიცავდა და თავისუფალი მოქმედების არანაირ სივრცეს არ ტოვებდა. მსგავსი წინაპირობების არსებობის შემთხვევაში ნებისმიერი პირი უფლებამოსილია, სახელმწიფოს წინააღმდეგ დაეყრდნოს იმ დირექტივის ნორმებს, რომლის იმპლემენტაციაც ამავე სახელმწიფოს მიერ არ განხორციელდა ან არასრულყოფილად იქნა განხორციელებული.[54] სასამართლომ დაადგინა, რომ აურის შემთხვევაში სწორედ მსგავს ფაქტს ჰქონდა ადგილი და გაუმართლებელი იქნებოდა მისი სისხლისსამართლებრივი დევნა უნებართვო საქმიანობის ბრალდებით. საფრანგეთმა მისი დიპლომის არაღიარებით ევროგაერთიანების სამართალი დაარღვია.[55]

რა გავლენის მოხდენა შეუძლია ევროკავშირის სასამართლოს მსგავს გადაწყვეტილებებს საქართველოს სისხლისსამართლებრივ კანონმდებლობაზე? ავიღოთ, ერთი მხრივ, სისხლის სამართლის კოდექსის 246-ე მუხლი, რომელიც უკანონო საექიმო საქმიანობას კრძალავს და, მეორე მხრივ, ევროკავშირის დირექტივა, რომელიც ადგენს, რომ ევროკავშირის ერთ წევრ ქვეყანაში მიღებული დიპლომი სამედიცინო სფეროში სხვა წევრ სახელმწიფოებშიც უნდა იქნეს აღიარებული. 1975 წლის 16 ივნისს გამოცემული ევროგაერთიანების დირექტივა 75/362 სწორედ მსგავს შინაარსს შეიცავს და ადგენს წინაპირობებს, რომლის დაკმაყოფილების შემთხვევაშიც აღიარება უნდა მოხდეს.[56] გარდა ამისა, ყველა სახელმწიფოში უნდა მოხდეს ზოგადი ქირურგიის, ოფთალმოლოგიის, უროლოგიის თუ სხვა რამდენიმე სპეციალობის დიპლომების აღიარება.[57] ადრე მოქმედი ეს წესები 2010 წლის 20 ოქტომბერს ახალი, პროფესიის აღიარების შესახებ დირექტივით შეიცვალა[58] და აღიარების პროცესი კიდევ უფრო გამარტივდა.[59] ევროკავშირის ფარგლებში არსებული ამ სამართლებრივი რეალობიდან გამომდინარე, მომავალში მოხდება საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 246-ე მუხლის განეიტრალება და მის საფუძველზე შეუძლებელი იქნება ვინმეს ბრალი დაედოს უკანონო საექიმო საქმიანობაში იმ საფუძვლით, რომ ის საქართველოს ტერიტორიაზე არაღიარებული (მაგრამ ევროკავშირში აღებული) დიპლომის საფუძველზე საქმიანობდა.

კოლიზიების დიდი პოტენციალი არსებობს სურსათის რეგულირების სფეროშიც.[60] ეს ის სფეროა, სადაც ევროპეიზაციის პროცესი საკმაოდ ინტენსიურად

---

[54] იხ. EuGHE 1983, 2744 („Auer").

[55] იხ. EuGHE 1983, 2746 („Auer").

[56] იხ. ევროგაერთიანების ჟურნალი გერმანულ ენაზე ABl. L 167, 30.6.1975, 1; მოგვიანებით შეიცვალა დირექტივით 82/76/EWG, ABl. L 43, 15.2.1982, 21.

[57] იხ. *Calliess/Ruffert (Hrsg.),* EUV/EGV, 3. Aufl., München 2007, Art. 52 EGV, Rn. 22.

[58] იხ. ABl. L 255, 30.9.2005, 22.

[59] იხ. *Calliess/Ruffert (Hrsg.),* EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011, Rn. 34.

[60] იხ.: *Ambos K.,* Internationales Strafrecht, 3. Aufl., München, 2011, § 11 Rn. 41; *Hecker B.,* Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 13.

მიმდინარეობს.[61] ევროკავშირის სამართალსა და ქართულ სისხლის სამართლის კოდექსში გათვალისწინებული ნორმები გარკვეულწილად სხვადასხვა მიზანს ემსახურება, რაც, საერთო ჯამში, მაღალი ალბათობით კოლიზიებს გამოიწვევს. შიდასახელმწიფოებრივი აქტების გამოცემისას ქართველი კანონმდებელი ძირითადად ორიენტირებულია მომხმარებლის უფლებების დაცვაზე. მართალია, სისხლის სამართლის კოდექსი სურსათის რეგულაციის სფეროში (მაგ., 197-ე მუხლი – ფალსიფიკაცია) ირიბად სახელმწიფოსა და საერთაშორისო-სასაქონლო ურთიერთობებსაც იცავს, მაგრამ ყოველივე ეს მაინც შიდაეროვნული ინტერესების გადმოსახედიდან ხდება.[62] ევროკავშირის სასამართლისათვის კი მომხმარებლის უფლებების დაცვა მნიშვნელოვანია, მაგრამ ის, გარკვეულწილად, უკანა პლანზე იწევს, რადგან ძირითადი აქცენტი თავისუფალ სასაქონლო ურთიერთობებზე კეთდება (ევროკ. საქმ. წესის შეს. ხელშ. 34-ე მუხლი).[63]

პროდუქტი, რომელიც ევროკავშირის რომელიმე წევრ სახელმწიფოში იქნა დამზადებული ადგილზე მოქმედი სტანდარტების შესაბამისად, შესაძლებელია, სხვა წევრ სახელმწიფოებშიც იქნეს რეალიზებული, მიუხედავად იმისა, შეესაბამება თუ არა ეს პროდუქტი იქ არსებულ საკანონმდებლო მოთხოვნებს, იქნება ეს შემადგენლობის თუ შეფუთვის კუთხით.[64] მაგალითად, იტალიის კანონმდებელს არა აქვს უფლება, აკრძალოს ისეთი ძმრის რეალიზაცია, რომელიც იტალიური რეცეპტის მიხედვით არ არის დამზადებული, მაგრამ მწარმოებელ ქვეყანაში ყველა ნორმა იქნა დაცული.[65] იგივე წესი ვრცელდება არაგერმანული ტექნოლოგიით დამზადებულ ლუდზეც. მისი შეტანა გერმანულ ბაზარზე მაინც დაშვებულია.[66] ადგილობრივი კანონმდებლის მიერ მსგავსი პროდუქციის სანქციონირება პირდაპირ წინააღმდეგობაში მოვიდოდა საქონლის თავისუფალი გადაადგილების პრინციპთან. ამიტომ ამკრძალავი შინაარსის მქონე შიდასახელმწიფოებრივი ნორმები არ გამოიყენება.[67]

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 197[1]-ე მუხლი – ფალსიფიცირებული ნივთის უკანონო გადაზიდვა ან გასაღება – 197-ე მუხლთან ერთად (ფალსიფიკაცია) კომბინაციაში კოლიზიების დიდ პოტენციალს შეიცავს. აღსანიშნავია ის ფაქტიც, რომ ქართულ კანონმდებლობაში ფალსიფაკი-

[61] იხ. *Hecker B.*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, Tübingen, 2001, 58.

[62] იხ. *მამულაშვილი გ.*, კრებულში: ლეკვეიშვილი/თოდუა/მამულაშვილი/გვენეტაძე, სისხლის სამ. კერძო ნაწ., წიგნი I, მე-4 გამ., თბ., 2011, 444.

[63] იხ. *Hecker B.*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, Tübingen, 2001, 59.

[64] იხ.: EuGHE 1979, 664 („Cassis de Dijon"); *Hecker B.*, Europäisches Strafrechts als Antwort auf transnationale Kriminalität? JA 2002, 724; *Ambos K.*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., München, 2011, §11 Rn. 41.

[65] იხ. EuGHE 1980, 2071.

[66] იხ. EuGHE 1987, 1227.

[67] იხ.: *Hecker B.*, Europäisches Strafrechts als Antwort auf transnationale Kriminalität? JA 2002, 725; *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 13.

ციის ცნება ზუსტად და მკაფიოდ არ არის ჩამოყალიბებული,[68] რაც პრაქტიკაში დამატებით პრობლემებს გამოიწვევს. ფალსიფიკაციის შემადგენლობის განხორციელების ძირითადი მომენტია სხვადასხვა კანონში გაწერილი სტანდარტების დარღვევით პროდუქციის წარმოება. მოსამართლემ გადაწყვეტილების მიღებისას სწორედ აღნიშნული სპეციალური კანონები უნდა გაითვალისწინოს.

შიდაეროვნული ზემოთ ნახსენები სისხლისსამართლებრივი ნორმები მიმართულია მომხმარებლის ინტერესების დასაცავად, თუმცა მომავალში ევროკავშირის კანონმდებლობასთან კოლიზია გამორიცხული არ არის. ქართულ სასამართლოს არ ექნება უფლება დასჯოს ვინმე იმის გამო, რომ მან ქართული სტანდარტებისადმი შეუსაბამო პროდუქცია დაამზადა ან გაასაღა. მთავარია, ეს პროდუქტი წარმოების (ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოს) ადგილის სტანდარტებს შეესაბამებოდეს. მაგალითად, დაუშვებელია საქართველოში აიკრძალოს ესპანური სტანდარტების დაცვით ჩამოსხმული მინერალური წყლის რეალიზაცია, მიუხედავად იმისა, შეესაბამება თუ არა ეს წყალი ადგილობრივ საკანონმდებლო მოთხოვნებს. მსგავსი კოლიზიის შემთხვევაში 197-ე და 197[1]-ე მუხლები არ გამოიყენება.[69]

ევროკავშირის სამართლის უპირატესი იურიდიული ძალის აღიარება არ ნიშნავს იმას, რომ ცალკეული სახელმწიფოს ინტერესები ნებისმიერ შემთხვევაში დაუცველი დარჩება. ევროკავშირის სამართალში ძირითად უფლებებთან ერთად, რომლებიდანაც გამოდინარეობს უპირატესი იურიდიული ძალის პრინციპი, გათვალისწინებულია ისეთი ნორმებიც, რის საფუძველზეც სახელმწიფოებს ნაციონალური ინტერესების დაცვა შეუძლიათ.[70] მაგალითად, ევროკავშირის საქმიანობის წესის შესახებ ხელშეკრულების 34-ე და 35-ე მუხლები უკრძალავენ წევრ სახელმწიფოებს პროდუქციის შემოტანაზე ან გატანაზე შეზღუდვების დაწესებას რაოდენობის თვალსაზრისით, მაგრამ იმავე ხელშეკრულების 36-ე მუხლი უშვებს მსგავს შეზღუდვას, თუ საფრთხე ექმნება საზოგადოებრივ მორალს, წესრიგსა და უსაფრთხოებას, ადამიანების სიცოცხლესა და ჯანმრთელობას, ცხოველებსა და მცენარეებს, კულტურულ, ისტორიულ ან არქეოლოგიურ ღირებულებებს, კომერციულ და სამეწარმეო საკუთრებას.

ცალკეული სახელმწიფოს მხრიდან შეზღუდვის დაწესების უფლება ევროგაერთიანების სასამართლომ დაადასტურა საქმეში „შინდლერი“.[71] ორმა პიროვნებამ, გერჰარდ შინდლერმა და მისმა ძმამ, როგორც ერთ-ერთი ლატარიის კომპანიის წარმომადგენლებმა, 1990 წელს ნიდერლანდებიდან დიდ ბრიტანეთში გააგზავნეს კერძო პირების მისამართებზე 20 000 წერილი, სადაც ადრესატებს ლატარიაში მონაწილეობისაკენ მოუწოდებდნენ. ბრიტანეთის შესაბამისმა უწყე-

[68] იხ. *მამულაშვილი გ.*, კრებულში: ლეკვეიშვილი/თოდუა/მამულაშვილი/გვენეტაძე, სისხლის სამ. კერძო ნაწ., წ. 1, მე-4 გამ., თბ., 2011, 444.

[69] შეად. *ტურავა მ. (რედ.)*, ევროპული სისხლის სამართალი, თბ., 2010, 49.

[70] იხ. *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 9 Rn. 81.

[71] იხ. EuGHE 1994, 1039 ("Schindler").

ბებმა წერილების დიდ ნაწილს კონფისკაცია გაუკეთეს, რადგან ის ადგილობრივ სამართალს ეწინააღმდეგებოდა. ბრიტანეთის კომპეტენტურმა სასამართლომ საქმეზე გადაწყვეტილების გამოტანამდე შემდეგი კითხვებით მიმართა ევროგაერთიანების სასამართლოს: ეწინააღმდეგებოდა თუ არა ბრიტანული სამართლით დადგენილი ლატარიის გამართვის აკრძალვა ევროგაერთიანების ფარგლებში მოქმედ პრინციპებს (ევროკ. საქმ. წესის შეს. ხელშ. 56-ე მუხლი) და იყო თუ არა საკმარისი ამ აკრძალვის გამართლებისათვის სოციალური პოლიტიკისა და თაღლითობასთან ბრძოლის არგუმენტები?[72]

ევროგაერთიანების სასამართლომ დაადგინა, რომ ბრიტანეთში მოქმედი აკრძალვა ევროკავშირის თავისუფალი გადაადგილების პრინციპს ეწინააღმდეგებოდა.[73] სასამართლომ, ამასთანავე, დისკრიმინაციის არარსებობის ფაქტზეც მიუთითა, რადგან მოქმედი კანონმდებლობა ერთნაირად ვრცელდებოდა როგორც ბრიტანეთის, ასევე ევროკავშირის წევრი სხვა ქვეყნების მოქალაქეებზეც.[74] თუმცა, საბოლოოდ, ევროგაერთიანების სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ ეს აკრძალვა გამართლებული და დასაშვები იყო შემდეგი საფუძვლებიდან გამომდინარე: ბრიტანეთში მოქმედი კანონმდებლობის მიზანი იყო იმ სოციალური საფრთხის შემცველი შედეგების თავიდან აცილება, რაც ლატარიის გავრცელებას შეეძლო გამოეწვია. ამ მიზანში იგულისხმებოდა დანაშაულების პრევენციაც. ასევე კანონმდებელი არ იძლეოდა იმის საშუალებას, რომ ლატარია კერძო ხასიათის და მოგებაზე ორიენტირებული ყოფილიყო. მისი გამართვა შეიძლებოდა მხოლოდ ქველმოქმედების, სპორტის ან კულტურის მხარდაჭერის მიზნით.[75] გარდა საყოველთაო ინტერესებისა, სასამართლომ იმ ჩვეულებით, რელიგიურ და კულტურულ მომენტებზეც გაამახვილა ყურადღება, რომლებიც ლატარიის სფეროს სრული ლიბერალიზების არდაშვებას გაამართლებდნენ.[76]

ევროგაერთიანების სასამართლოს ეს მიდგომა მომავალში საშუალებას მისცემს საქართველოს სახელმწიფოს ევროპული პროდუქციისათვის საზღვრების გახსნის შემთხვევაში, გამონაკლისის სახით, ნეგატიური გავლენისაგან დაიცვას სპეციფიკური ნაციონალური ინტერესები, თუმცა ამავდროულად არ უნდა დაგვავიწყდეს ისიც, რომ ამ გამონაკლისების დაშვება ისევ და ისევ ევროკავშირის სამართლის ჩარჩოებში და მისგან დაშვებულ ფარგლებში ხდება.[77]

---

[72] იხ. EuGHE 1994, 1046 („Schindler").

[73] იხ. EuGHE 1994, 1093 („Schindler").

[74] იხ. EuGHE 1994, 1093 („Schindler").

[75] იხ. EuGHE 1994, 1096 („Schindler").

[76] იხ.: *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 32; *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 9 Rn. 81; *Satzger H.*, Die Europäisierung des Strafrechts, München u.a., 2001, 494.

[77] იხ. *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 9 Rn. 81.

2. ირიბი კოლიზიები

ქართულ და ევროკავშირის სამართალს შორის კოლიზიების წარმოშობის შესაძლებლობა არსებობს არა მხოლოდ პირდაპირი ფორმით, როგორც ეს ზემოთ აღნიშნულ შემთხვევებში იქნა აღწერილი, არამედ ირიბი, არაპირდაპირი ფორმითაც. მსგავს შემთხვევებში, მართალია, ევროპული და ნაციონალური საკანონმდებლო აქტები სხვადასხვა საკითხს აწესრიგებენ, მაგრამ შიდასახელმწიფოებრივი ნორმის გამოყენება, საერთო ჯამში, ხელს უშლის ევროპული სამართლის პრაქტიკულ განხორციელებას.[78] გამომდინარე აქედან, ქართველი იურისტები მომავალში ბევრი საკითხის გადაწყვეტას უფრო კომპლექსურად უნდა მიუდგნენ, რათა თვალთახედვიდან არ გამორჩეთ ის შიდასახელმწიფოებრივი ნორმები, რომლებიც, ერთი შეხედვით, არ ჩანან და პირდაპირ კოლიზიაში არ მოდიან ევროპულ დათქმებთან.[79] იმის საფუძველი, თუ საერთოდ რატომ არის შესაძლებელი ირიბი კოლიზიების წარმოშობის შესაძლებლობა, მდგომარეობს იმაში, რომ ევროკავშირი ზოგადად დამოკიდებულია წევრი სახელმწიფოების სამართლებრივ სისტემებზე და მისი მოქმედების კომპეტენცია შეზღუდულია. სახელმწიფოებიც, თავის მხრივ, ევროკავშირის ხელშეკრულების მე-4 მუხლის მესამე ნაწილის თანახმად, ვალდებულნი არიან საკუთარი სისხლის სამართალი ჩააყენონ ევროკავშირის ინტერესების დაცვის სამსახურში.[80]

ირიბი კოლიზიის შემთხვევები მოსალოდნელია არა მხოლოდ მატერიალური სისხლის სამართლის სფეროში, არამედ სისხლის სამართლის პროცესშიც. ევროკავშირის სამართლებრივი აქტის მოქმედებას უშუალოდ ეშლება ხელი, როდესაც მისი იმპლემენტაციისათვის გამოცემული შიდასახელმწიფოებრივი ნორმა რეალურად ვერ მუშაობს, რადგან სისხლის სამართლის ან სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის სხვა მუხლი ამას აფერხებს. მაგალითად, სისხლის სამართლის კოდექსის 55-ე მუხლი ითვალისწინებს შემდეგს: სასამართლოს შეუძლია, დანიშნოს ამ კოდექსის შესაბამისი მუხლით დაწესებული სასჯელის ზომის უმდაბლეს ზღვარზე ნაკლები სასჯელი ან სხვა, უფრო მსუბუქი სახის სასჯელი, თუ მხარეებს შორის დადებულია საპროცესო შეთანხმება.[81] სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების საშუალებას იძლევა ასევე სსკ-ის 68-ე (ქმედითი მონანიება) და 701-ე მუხლები (გამოძიებასთან თანამშრომლობა). მომავალში, მიუხედავად მსგავსი მუხლების არსებობისა, დაუშვებელი იქნება იმდენად სიმბოლური სანქციების გამოყენება თუნდაც

[78] იხ.: *Jokisch J.*, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, Berlin, 2000, 50; *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 22.

[79] შეად.: *Satzger H.*, Die Europäisierung des Strafrechts, München u.a., 2001, 499; *Jokisch J.*, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, Berlin, 2000, 52; *ჯიშკარიანი ბ.*, ევროპული სამართალი და მისი გაელენა ნაციონალურ სისხლის სამართალზე, სამართლის ჟურნალი, თბ., 1-2/2010, 258.

[80] იხ. *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 22.

[81] შეად.: *ნაჭყებია/დვალიძე* (რედ.), სისხლის სამ. ზოგ. ნაწ., თბ., 2007, 374; *ტურავა მ.*, სისხლის სამართალი, თბ., 2008, მე-7 გამ., 299.

საპროცესო შეთანხმების საფუძველზე, რაც, საბოლოო ჯამში, ევროკავშირის ინტერესებს დაუცველად დატოვებს. ხოლო თუ საპროცესო შეთანხმება ევროკავშირის ინტერესებთან კოლიზიაში არ მოვა ან მათ დაცვასაც შეუწყობს ხელს, მაშინ ირიბი კოლიზიის საკითხი თავისთავად მოიხსნება.

გარდა ამისა, პროკურატურას სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-16 მუხლი უთითებს გამოძიების დაწყებისას საჯარო ინტერესების გათვალისწინების ვალდებულებაზე. ეს შესაძლებელია, გამოძიების შეჩერების საფუძველიც იყოს. საპროცესო კოდექსი იმდენად შორს მიდის, რომ პროკურორის გადაწყვეტილების გასაჩივრება მხოლოდ ზემდგომ პროკურორთან არის შესაძლებელი და არა სასამართლოში (სსსკ-ის 168-ე მუხლი). მე-16 მუხლი მკაფიოდ მიუთითებს საჯარო ინტერესების გათვალისწინების აუცილებლობაზე, რაც თავისთავად საქართველოს ინტერესებს გულისხმობს. მომავალში კი გადაწყვეტილების მიღებისას სამართალდამცავი ორგანოები ვალდებულნი იქნებიან გაითვალისწინონ ევროკავშირის ინტერესებიც. ამის დასასაბუთებლად მხოლოდ საქართველოს ინტერესებზე მითითება არ იქნება საკმარისი.

3. სანქციიდან გამომდინარე ნამდვილი კოლიზია

ევროკავშირის სამართალი წევრი სახელმწიფოების სისხლისსამართლებრივ სისტემებზე გავლენას ახდენს როგორც დანაშაულების შემადგენლობების, ასევე მათი ჩადენისათვის განსაზღვრული სანქციების/სასჯელების მიმართულებითაც.[82] უპირველეს ყოვლისა, ნაციონალური კანონმდებლის მიერ დადგენილი სასჯელის ზომები არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს დისკრიმინაციის აკრძალვისა და პროპორციულობის პრინციპებს.[83] ეს ორი პრინციპი ქმნის სასჯელების დადგენის ზედა ზღვარს.[84] ნებისმიერი, არაპროპორციული და მადისკრიმინირებელი სანქცია, პირდაპირ კოლიზიაში მოვა ევროკავშირის სამართლით დადგენილ ძირითად თავისუფლებებთან.[85] თუ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის რომელიმე მუხლი იმავე დანაშაულისათვის საკუთარ მოქალაქეს უფრო ნაკლებ სანქციას უწესებს, ვიდრე ევროკავშირის წევრი სხვა სახელმწიფოს მოქალაქეს, მაშინ ადგილი ექნება დისკრიმინაციას. ამ დისკრიმინაციის თავიდან აცილება უნდა მოხდეს ნორმის ევროკავშირის სამართლის შესაბამისი განმარტების გზით, ანუ სასამართლომ სასჯელი უნდა შეამციროს და გაუთანაბროს საქართველოს მოქალაქისათვის განსაზღვრული სასჯელის დონეს. თუ ეს მუხლი არ იძლევა ამის შესაძლებლობას,

---

[82] შად. *ნაჭყებია/დეალიძე* (რედ.), სისხლის სამ. ზოგ. ნაწ., თბ., 2007, 401.

[83] იხ.: *Satzger H.*, Welche Veränderungen brächte ein Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union für die Anwendung des schweizerischen Strafrechts?, ZStR 2001, 101; *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 9 Rn. 84.

[84] იხ. *Safferling C.*, Internationales Strafrecht, Berlin u.a., 2011, § 11 Rn. 24.

[85] იხ.: *Satzger H.*, კრებულში: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, München, 2011, § 9 Rn. 48; *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2011, § 9 Rn. 85.

მაშინ ის მთლიანად განეიტრალდება[86] და ქმედება საერთოდ არ დაისჯება.[87]

კოლიზიის საფუძველი შეიძლება სისხლისსამართლებრივი სანქციის სახეც გახდეს. ამის დასტურია „დონატელა კალფა"-ს შემთხვევა ევროგაერთიანების სასამართლოს პრაქტიკაში.[88] იტალიის მოქალაქე ქალბატონი კალფა დაკავებულ იქნა საბერძნეთში ნარკოტიკების ფლობის გამო, როდესაც იგი საბედნიეროდ შვებულებას ატარებდა. საბერძნეთის სასამართლომ მას 3 თვით თავისუფლების აღკვეთა და დამატებით სასჯელად საბერძნეთიდან სამუდამო გაძევება მიუსაჯა. დონატელა კალფამ ეს დამატებითი სასჯელი გაასაჩივრა.[89] ევროგაერთიანების სასამართლომ მსგავსი სასჯელის დანიშვნა გაუმართლებლად ჩათვალა, რადგან ის ევროგაერთიანების ფარგლებში მოქმედ პრინციპებს ეწინააღმდეგებოდა, კერძოდ, ევროგაერთიანების შესახებ ხელშეკრულების 49-ე მუხლს (ევროკ. საქმ. წესის შეს. ხელშ. 56-ე მუხლი). სასამართლოს მოსაზრებით, დაუშვებელი იყო ქალბატონ კალფასათვის იმის შეზღუდვა, რომ მას ევროკავშირის რომელიმე წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე არ ჰქონოდა მომსახურების მიღების შესაძლებლობა, რასაც სამუდამო გაძევება, ბუნებრივია, ხელს შეუშლიდა.[90] მართალია, საბერძნეთს უფლება გაანჩნდა საჯარო უსაფრთხოების ინტერესებიდან გამომდინარე, მკაცრი სანქცია გამოეყენებინა, მაგრამ მოცემულ შემთხვევაში ბრალდებულს ნარკოტიკები მხოლოდ საკუთარი მოხმარებისათვის ჰქონდა, რაც არ შეიძლება ჩათვლილიყო საზოგადოებისათვის განსაკუთრებულ საფრთხედ.[91]

უცხოელთა გაძევება, გარკვეულ შემთხვევებში, საქართველოს კანონმდებლობითაც არის განსაზღვრული. უცხოელთა სამართლებრივი მდგომარეობის შესახებ საქართველოს კანონის 53-ე მუხლი ამისათვის შემდეგ წინაპირობებს ადგენს: უცხოელის ყოფნა ეწინააღმდეგება საქართველოს სახელმწიფო უშიშროების ინტერესებს და საზოგადოებრივი წესრიგის დაცვას, მისი გაძევება აუცილებელია საქართველოს მოქალაქეთა და საქართველოში კანონიერად მყოფ სხვა პირთა ჯანმრთელობის, უფლებებისა და კანონიერი ინტერესების დაცვისათვის, მას ერთი ან რამდენიმე განზრახ ჩადენილი დანაშაულისათვის მისჯილი აქვს ერთ წელზე მეტი ვადით თავისუფლების აღკვეთა და ასე შემდეგ. იმავე კანონის 61-ე მუხლი ადგენს, რომ გაძევებულ უცხოელს ერთი წლის განმავლობაში არ მიეცემა საქართველოს ვიზა. მართალია, გამოყენების შემთხვევაში, ეს სანქცია განსაკუთრებით მძიმე არ არის, მაგრამ, მიუხედავად ამისა, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში უნდა იქნეს გადამოწმებული და დასაბუთებული, წარმოადგენს თუ არა გასაძევებელი პირი საზოგადოებისა და სახელმწიფოსათვის

---

[86] იხ. *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2011, § 9 Rn. 85.

[87] იხ. *Satzger H.*, Welche Veränderungen brächte ein Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union für die Anwendung des schweizerischen Strafrechts?, ZStR 2001, 102.

[88] იხ. EuGHE 1999, 11 („Donatella Calfa").

[89] იხ. *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 49.

[90] იხ. EuGHE 1999, 28 („Donatella Calfa").

[91] იხ. EuGHE 1999, 29 („Donatella Calfa").

ნამდვილ საფრთხეს. წინააღმდეგ შემთხვევაში ქართული კანონმდებლობა კოლიზიაში მოვა ევროკავშირის პრინციპებთან და განეიტრალდება.[92]

4. მოჩვენებითი კოლიზია

მოჩვენებით კოლიზის ადგილი აქვს იმ შემთხვევაში, როდესაც, ნამდვილი კოლიზიისაგან განსხვავებით, ნაციონალური ნორმა წინააღმდეგობაში არ მოდის უშუალოდ მოქმედ ევროპულ ნორმასთან. თუ შიდასახელმწიფოებრივი სისხლის-სამართლებრივი აქტი ეწინააღმდეგება არაუშუალო, არაპირდაპირი მოქმედების ევროპულ დირექტივას, მაშინ საქმე გვაქვს მოჩვენებით კოლიზიასთან.[93] მსგავსი კოლიზიის ცნობილი მაგალითია „ბერლუსკონი"-ს შემთხვევა.[94] იტალიის მაშინდელი პრემიერ-მინისტრის, ბერლუსკონის წინააღმდეგ დაწყებულ იქნა გამოძიება საბუღალტრო ბალანსის გაყალბების გამო. იტალიაში მოქმედი სისხლისსამართლებრივი კანონმდებლობა სრულ შესაბამისობაში იყო ევროკავშირის დირექტივებთან, რომლებიც მსგავსი შემთხვევებისათვის „შესაბამისი სანქციების" დაწესებას მოითხოვდნენ. თუმცა, განაჩენის გამოტანამდე, იტალიელმა კანონმდებელმა სასჯელები ისე შეარბილა, რომ ისინი უკვე „შესაბამისი სანქციების" კრიტერიუმებს ვერ აკმაყოფილებდნენ. მაგალითად, შემოღებულ იქნა დანაშაულის შემადგენლობის განხორციელებისათვის საჭირო დამატებითი ნიშნები და შემცირებულ იქნა ხანდაზმულობის ვადები. საბოლოო ჯამში, ბერლუსკონის გასამართლება შეუძლებელი ხდებოდა.[95]

ევროგაერთიანების სასამართლომ იტალიის კანონმდებლობაში შეტანილი ცვლილებები დაშვებულად ჩათვალა და იხელმძღვანელა lex-mitior-ის პრინციპით, რომლის თანახმად, ბრალდებულზე ვრცელდება ყველაზე უფრო მსუბუქი კანონი. სასამართლომ ისიც დაამატა, რომ, მართალია, უპირატესი იურიდიული ძალის პრინციპიდან გამომდინარე, ევროკავშირის მოთხოვნებისადმი შეუსაბამო შიდასახელმწიფოებრივი ნორმები არ გამოიყენება, მაგრამ ბერლუსკონის შემთხვევაში საქმე ეხებოდა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაფუძნებას ან გამკაცრებას. დირექტივის საფუძველზე ვინმეს სისხლისსამართლებრივ პასუხისგებაში მიცემა ან სასჯელის გამკაცრება კი დაუშვებელია.[96]

ევროგაერთიანის სასამართლოს ამ გადაწყვეტილებას დოგმატიკა დაეთანხმა, თუმცა, არა მის დასაბუთებას. კრიტიკოსთა მოსაზრებით აქ კოლიზიას საერთოდ

---

[92] იხ. *Satzger H.*, კრებულში: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, München, 2011, § 9 Rn. 49.

[93] იხ. *Satzger H.*, Die Europäisierung des Strafrechts, München u. a., 2001, 479. შად. *ჯიშკარიანი ბ.*, ევროპული სამართალი და მისი გავლენა ნაციონალურ სისხლის სამართალზე, სამართლის ჟურნალი, თბ., 1-2/2010, 258.

[94] იხ. EuGHE 2005, 3565 („Berlusconi").

[95] იხ. *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 9 Rn. 87.

[96] იხ.: EuGHE 1987, 3969 („Kolpinghuis Nijmegen"); *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 18.

არ ჰქონდა ადგილი. ეს მაშინ იქნებოდა, თუ იტალიის კანონმდებლობა ევროკავშირის სამართლის დარღვევისათვის გათვალისწინებულ სასჯელებს საერთოდ გააუქმებდა. მოცემულ შემთხვევაში კანონმდებელმა კი არ გააუქმა, არამედ შეამცირა სანქციები.[97] ამავდროულად, დირექტივები არ შეიცავდა იმდენად კონკრეტულ მოთხოვნებს, რომ მათ პირდაპირი მოქმედების ძალა შეეძინათ. იქ საუბარი იყო მხოლოდ „შესაბამის სანქციებზე", რაც საკმაოდ ზოგადი ფორმულირებაა და სახელმწიფოს მოქმედების საშუალებას უტოვებდა. აქედან გამომდინარე, იტალიის სისხლისსამართლებრივი კანონმდებლობა დაუპირისპირდა არაპირდაპირი ძალის მქონე ევროპულ დირექტივებს, რაც ნამდვილ კოლიზიასა და ადგილობრივი ნორმების ნეიტრალიზებას გამორიცხავს.[98]

მართალია, ევროგაერთიანების სასამართლოს გადაწყვეტილებიდან გამომდინარე, მომავალში, მსგავში მოჩვენებითი კოლიზიების წარმოშობის შემთხვევაში, ქართული სამართლებრივი ნორმები იქნება გამოყენებული, თუმცა ევროკავშირის ინტერესები ყოველთვის უნდა იქნეს გათვალისწინებული. ამის ერთ-ერთი საშუალებაა შიდასახელმწიფოებრივი ნორმების ევროკავშირის სამართლის შესაბამისი განმარტება.[99]

V. დასკვნა

ევროკავშირის სამართლის უპირატესი იურიდიული ძალის საკითხი და მისგან გამომდინარე განეიტრალების ინსტიტუტი მომავალში ქართული სამართლისათვის გასათვალისწინებელი უმნიშვნელოვანესი გამოწვევა იქნება. გერმანიის მაგალითმა ამავდროულად უჩვენა, რომ უპირატესი იურიდიული ძალის საკითხი კონკრეტული სახელმწიფოს კონსტიტუციის მოთხოვნებსაც უნდა შეესაბამებოდეს. საქართველოს საკანონმდებლო იერარქიაში საერთაშორისო (ევროპული) შეთანხმება დღეის მდგომარეობით კონსტიტუციის შემდეგ დგას. გაურკვეველობის წარმოშობის შემთხვევაში, დაადგება თუ არა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო მკაცრ კონსტიტუციურ გზას და ევროკავშირის ნორმებს საქართველოს კონსტიტუციის შესაბამისობაზე გადაამოწმებს, თუ უფრო ღია პოზიციას დაიჭერს, ამას მომავალი გვიჩვენებს.

---

[97] იხ.: *Dannecker G.*, Der zeitliche Geltungsbereich von Strafgesetzen und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts, ZIS 7/2006, 311; *Hecker B.*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010, § 9 Rn. 19; *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 9 Rn. 87.

[98] იხ. *Satzger H.*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden, 2011, § 9 Rn. 87; შეად. *ჯიშკარიანი ბ.*, კრებულში: ტურავა, მ. (რედ.), ევროპული სისხლის სამართალი, თბ., 2010, 175.

[99] იხ.: *ტურავა მ.* (რედ.), ევროპული სისხლის სამართალი, თბ., 2010, 51; *ტურავა, მ.*, სისხლის სამართალი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, 126.

დოქტორანტი, ბაჩანა ჯიშკარიანი

ევროკავშირის სამართლის უპირატესი იურიდიული ძალა ნაციონალური სისხლის სამართლის მიმართ

რეზიუმე

ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოების სამართლებრივი სისტემები ევროკავშირის შესახებ ხელშეკრულების მე-4 მუხლის მე-3 ნაწილით გათვალისწინებული ლოიალურობის პრინციპის გარდა, სხვა გავლენასაც განიცდის ევროკავშირის სამართლის მხრიდან. ამის ერთ-ერთი გამოვლინებაა ევროკავშირის სამართლის უპირატესი იურიდიული ძალა შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის მიმართ, რომელიც ჰარმონიზაციის მიზანს ემსახურება. ამას ემატება ევროპული სამართლის შესაბამისი განმარტების მექანიზმი.

წევრი სახელმწიფოების სასამართლოებს, არსებული რეალობის პირობებში, არ აქვთ უფლება, გადაწყვეტილების მიღებისას დაეყრდნონ მხოლოდ საკუთარ, შიდასახელმწიფოებრივ კანონმდებლობას. იურისტებმა აუცილებლად ყურადღება უნდა მიაქციონ ევროკავშირის სამართლებრივ ნორმებსაც, რადგან მათ გააჩნიათ უპირატესი იურიდიული ძალა და ეს ვრცელდება სისხლის სამართალზეც. თუ რომელიმე ქართული ნორმა წინააღმდეგობაში მოვა უშუალოდ მოქმედ ევროკავშირის ნორმასთან, მაშინ ის კონკრეტულ შემთხვევაში მოქმედების ძალას დაკარგავს. ლიტერატურაში გაბატონებული მოსაზრება და სასამართლო პრაქტიკაც ეთანხმება იმ აზრს, რომ საუბარია მხოლოდ კონკრეტულ შემთხვევაში მოქმედების ძალის დაკარგვაზე და არა შიდასახელმწიფოებრივი ნორმის მთლიანად გაუქმებაზე. წინააღმდეგ შემთხვევაში ადგილი ექნებოდა სახელწიფოს შიდა კომპეტენციაში არათანაზომიერ ჩარევას, რაც ლისაბონის ხელშეკრულებას და კერძოდ, ევროკავშირის შესახებ ხელშეკრულების მე-5 მუხლის მე-4 ნაწილთან მოვიდოდა წინააღმდეგობაში.

Doktorand, Bachana Jishkariani
Ludwig-Maximilians-Universität München

Abstract: Der Vorrang des Rechts der Europäischen Union gegenüber dem nationalen Strafrecht

Neben dem Loyalitätsgebot der Mitgliedstaaten - gegenüber der Europäischen Union nach Art. 4 Abs. 3 EUV stehen die nationalen Rechtsordnungen unter weiteren Einflüssen seitens des Unionsrechts. Die Harmonisierung verschiedener Rechtssysteme geschieht unter anderem mit dem Vorrang des Unionsrechts gegenüber den nationalen Vorschriften. Dazu kommt der Mechanismus der europarechtskonformen Auslegung.

Der nationale Rechtsanwender, insbesondere das Gericht, kann sich nicht darauf berufen in seinem Geltungsbereich nur das eigene, innerstaatliche Strafrecht anzuwenden. Es darf vielmehr das Unionsrecht nicht aus den Augen verlieren. Der georgische Rechtsanwender muss sich in der Zukunft darauf vorbereiten, dass das Unionsrecht einen Vorrang gegenüber dem nationalen Recht, auch Strafrecht, genießt. Eine georgische Rechtsnorm ist, soweit sie einer unmittelbar anwendbaren Norm der Europäischen Union entgegensteht, im konkreten Fall für unanwendbar zu erklären. Die herrschende Lehre spricht sich für den Anwendungs- und nicht für den Geltungsvorrang aus. Diesbezüglich besteht zwischen der Literatur und der Rechtsprechung Einigkeit. Damit bleibt im konkreten Kollisionsfall die innerstaatliche Strafrechtsnorm nur unanwendbar und die Kollision führt nicht zur Nichtigkeit der entsprechenden georgischen Rechtsnorm. Bei Annahme des Geltungsvorranges wäre der Eingriff der Europäischen Union in die nationale Souveränität zu stark und würde auch den im Lissabon-Vertrag (Art. 5 Abs. 4 EUV) verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzen.

„Irrtumslehre" und deutsches Strafgesetz – ein Gedankenexperiment

von

Prof. Dr. Heiner Alwart, Universität Jena

I. Thema

Die ursprüngliche Überschrift und Ankündigung meines Gast-Beitrages zu der ersten „Wissenschaftlichen Fachkonferenz der georgischen Strafrechtsprofessoren" (oder wie man in Deutschland, Österreich und in der Schweiz sagen würde: *Strafrechtslehrertagung*), nämlich *„Irrtumslehre" und deutsches Strafgesetz* habe ich um zwei Wörter ergänzt. Sie lauten *ein Gedankenexperiment*. Worin soll das Gedankenexperiment bestehen? Oder sollte ich, statt von „Experiment", lieber von einem kleinen geistigen *Abenteuer* sprechen?

Lassen Sie uns versuchen, das Thema, das mit dem Stichwort „Irrtumslehre" bezeichnet wird, gemeinsam einmal so zu behandeln, als wäre es für uns alle heute das erste Mal![1] Natürlich bin ich mir darüber völlig im Klaren, dass das nicht hundertprozentig gelingen kann, bringen wir doch alle unausweichlich ein gewisses Vorverständnis mit. Dieses Vorverständnis wird im Wesentlichen definiert durch die bisherigen wissenschaftlichen Erfahrungen, die jeder Einzelne von uns gemacht hat, durch die Intensität, mit der Sie schon selbst über das Thema nachgedacht oder sich sogar mit Strafrecht und Moral von Grund auf befasst haben, und nicht zuletzt durch die jeweilige (rechts-)kulturelle Herkunft und Sozialisation. Darüber hinaus mögen individuelles Schicksal und äußere Lebensumstände eine kaum zu überschätzende Rolle spielen. Aber gerade diesen zuletzt genannten hochinteressanten persönlichen Metabereich muss und will ich ohnehin von vornherein ausblenden. So schwer man sich also tut, besagtes Vorverständnis exakt abzumessen, begrifflich wie faktisch, so leicht sollte es uns fallen, es zum Fluchtpunkt einer bescheiden-relativistischen Position zu machen. Was könnte gerade dem internationalen Austausch dienlicher sein? Das Wahrheitsstreben als solches wird durch diese Art der Bescheidenheit nicht infrage gestellt.

II. Methode

Lassen Sie mich von Beginn an klarstellen, dass das Gedankenexperiment – trotz der notwendigen Konzessionen insbesondere an das strafjuristische Vorverständnis – so angelegt sein wird, dass auch jeder aufgeschlossene *Laie* ihm und vor allem der entscheidenden These folgen kann. Das wiederum hängt eng mit meinem methodischen Ansatz – ich nenne ihn *protojuristisch* – zusammen, für den ich an dieser Stelle aber eine explizite Begründung schuldig bleiben muss. Gerade der Laie wird es freilich zu schätzen wissen, wenn er nicht sogleich en détail mit

[1] Der Text wurde überarbeitet, der Vortragsstil beibehalten.

relativ komplizierten Gesetzestexten von oftmals nur geringem Erkenntnisgehalt, mutloser bis schablonenhafter Fachliteratur ohne eigentliche hermeneutische Kraft und mit wenig souveränen Präjudizien konfrontiert wird, denen alles andere als eine wegweisende Bedeutung zukommt. Ich hoffe, Sie empfinden es nicht als ungute Provokation, wenn ich ausgerechnet auf einer *Fachtagung* in dieser Weise an den *Laienhorizont* appelliere, zumal die folgende Vorwegnahme meiner *These* bereits erkennen lässt, dass insbesondere dem Laien sehr viel guter Wille abverlangt werden wird. Das hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass sich die protojuristische Methode zusammenfassend als der anspruchsvolle Versuch beschreiben lässt, einerseits oberflächlichen Positivismus zu vermeiden und andererseits ein vielfach verästeltes Spezialwissen allgemein und für jeden hinterfragbar und damit auch korrigierbar zu machen. Es gilt, in Weiterführung der strafrechtsdogmatischen Denkweise und mit den Mitteln philosophischer Analyse zu solchen Bedeutungsgehalten vorzudringen, die für Gesetzgeber wie Rechtsanwender gleichermaßen bindend sind oder doch sein sollten und deren Interpretation nicht nur den Experten etwas angeht. Mancherlei lässt sich dann legitimerweise als Implikat eines Gesetzestextes verstehen. Oftmals gibt die Legislative einer ubiquitären Theoriebildung auch explizit Raum. Im Allgemeinen Teil dürfte das sogar die Regel sein. Ein Konflikt mit dem Demokratieprinzip entsteht nicht.

III. These

Auf welche *These* also läuft das Gedankenexperiment nach allem hinaus? Ich kann ja nicht so tun, als hätte ich nicht gelernt, dass bereits die Versuchs*anordnung* über das Ergebnis entscheidet:

Es geht mir im Endeffekt um eine *Kritik* an der Irrtumsregelung der §§ 16, 17 des deutschen Strafgesetzbuchs (dStGB), eine Kritik, die im Kern gleichwohl nicht zum Vorschlag einer Neuregelung durch den Gesetzgeber führen wird, weil die (zugegebenermaßen: nach gegenwärtigem Diskussionsstand) einzige denkbare Gegenposition, also die Gegenposition zu derjenigen Auffassung, die hinter den einschlägigen Formulierungen des dStGB steht, ihrerseits nicht glatt aufgeht. Wenn man demnach in Zukunft verstehen lernt, mit §§ 16, 17 dStGB richtig umzugehen, darf man durchaus bei diesen Vorschriften bleiben, die vom Gesetzgeber, wie sich im Weiteren noch zeigen wird, lediglich ein wenig ergänzt werden sollten. Der Witz, um eine angemessene Lösung bestimmter Einzelfälle zu erreichen, besteht also nicht in der Verabschiedung der genannten Regelung, sondern er besteht darin (und das ist die zentrale These), den Begriff des „Irrtums über Tatumstände" (§ 16 dStGB) zu Lasten des Begriffs des „Verbotsirrtums" (§ 17 dStGB) so zu erweitern, dass Vorsatztaten in größerem Umfang verneint werden können, als es bisher möglich war. Letztlich dürfte es darum gehen, Kriterien oder Regeln zu finden, nach denen der Rechtsanwender die genannten Begriffe zur Erreichung dieses Ziels in rationaler, kontrollier-

barer Form handhaben kann. Die vermehrte Verneinung solcher Taten ist nicht bloß von akademischem Interesse; denn die fahrlässige Begehung steht nicht so häufig unter Strafe wie die vorsätzliche und sie wird gegebenenfalls auch milder bestraft.

IV. Die beiden Grundannahmen

Die in ihrem Kerngehalt *affirmative Kritik* und damit das *Gedankenexperiment* beruhen im Übrigen auf zwei Grundannahmen, die beide keine Selbstverständlichkeiten sind: Zum einen soll die enge Verbindung des Themas mit dem *materiellen Verbrechensbegriff* (also der „Unrechtslehre"; das heißt der Theorie über das, was die Strafwürdigkeit schuldhaft begangener Taten ausmacht) hervorgehoben, zum anderen die in der historischen europäischen Aufklärung wurzelnde Erkenntnis von der realen *Steuerungsfunktion* des Strafgesetzes in Rechnung gestellt werden. Beide Grundannahmen beziehen sich auf eine klar identifizierbare, von der heutigen Strafrechtsdoktrin vielleicht nicht überall wirklich ernst genommene Aufgabe, mit dem Strafgesetz einen gewissen Beitrag zur Stabilisierung und Strukturierung moderner Gesellschaften zu leisten. Die besagten Grundannahmen sind hinsichtlich ihres perspektivischen Potenzials für die Entwicklung einer überzeugenden *Irrtumslehre* jeweils weithin unbekannt oder zumindest nicht annähernd ausgeschöpft.

Damit sind wir an dem Punkt angelangt, von dem die weitere Beweisführung ihren Ausgang nehmen kann. Dazu und zu einer genaueren *Begrenzung* des Themas dienen zunächst ein paar Fallbeispiele. Sie mögen wenigstens teilweise auf den ersten Blick etwas banal erscheinen. Das ändert aber nichts daran, dass sie geeignet sind, die Anschaulichkeit und hoffentlich die Überzeugungskraft des Gedankenganges insgesamt zu erhöhen.

V. Handlung, Wille und Wissen

Gesetzt den Fall, jemand *ermordet* einen anderen oder er *beraubt* einen anderen oder er *misshandelt* einen anderen, dann bestehen – jedenfalls unter der Voraussetzung, dass wir die in Frage stehenden konkreten Handlungen *zutreffend* als *Mord*, *Raub* oder *körperliche Misshandlung* qualifizieren – keinerlei Zweifel daran, dass der „Jemand" auch weiß, was er tut. Genauer gesagt (und darauf kommt es hier an), weiß er in jeweils *zweierlei Hinsicht*, was er tut: Er weiß, dass er einen anderen Menschen tötet *und* dass er sich damit, indem er einen anderen tötet und ermordet, für etwas prinzipiell Falsches entscheidet. Dasselbe gilt für den Raub oder die körperliche Misshandlung und für andere Taten, die der Gesetzgeber für strafwürdig befunden hat und die wir ebenfalls als grobes Unrecht und mithin als strafwürdig einstufen. Diese Beispiele enthalten – was ihre faktische Basis betrifft – selbstverständlich keine darüber hinaus gehenden Besonderheiten: Der „Jemand" ist für uns demnach ein völlig „normaler" weiblicher oder männlicher Erwachsener, auch kein

Überzeugungstäter, der sich gegen Staat und Gesellschaft auflehnen würde, und es gibt keinerlei Tatumstände, die irgendwie geeignet wären, unseren „Jemand" zumindest ein Stück weit zu entlasten, ihn beispielsweise vielleicht sogar selbst als Opfer erscheinen zu lassen, das von Strafe verschont bleiben sollte, etwa weil er nur einem ihm selbst drohenden Unrecht Widerstand entgegengesetzt hat.

Halten wir demnach fest, dass jemand, der bewusst tötet, – erstens – auch töten *will*. Wer aber töten und morden *will*, wer sich also über sein Handeln in den entscheidenden Dimensionen im Klaren ist, der hat – zweitens – auch die Einsicht, Unrecht zu tun. Er *will* – trotz der Aussicht auf ein nachhaltig schlechtes Gewissen und unnachsichtige Strafverfolgung – *Unrecht tun*. Er will nicht nur eine bestimmte *Handlung* vollziehen, sondern mit dieser Handlung ein *Verbrechen* begehen.

Nunmehr kann vom protojuristischen Standpunkt aus – das heißt jenseits vermeintlicher gesetzlicher Vorgaben und im Sinne des besagten Gedankenexperiments – darauf geschaut werden, worauf sich die *Vorsatzfrage* zu beziehen hat und wie in deren Gefolge die *Irrtumskategorie* ins Spiel kommt.

VI. Vorsatzfrage und Irrtumskategorie

1) Ein *Rechtsbegriff* des Vorsatzes lässt sich, wie sich soeben angedeutet hat, in zwei grundsätzlich voneinander zu trennenden Hinsichten ausrichten: entweder auf den Willen, eine bestimmte Handlung zu vollziehen (beispielsweise zu töten), oder auf den Willen, ein Verbrechen zu begehen (beispielsweise zu morden). Wir können dieses beiderlei Wollen (töten oder morden) zwar gedanklich deutlich voneinander unterscheiden, müssen aber feststellen, dass unser Strafrechtssystem nur ein einziges juristisches Willenswort zur Verfügung stellt, nämlich das Wort „Vorsatz". Wir müssen uns also entscheiden, was im Fokus dieses einen Vorsatzbegriffs stehen soll.

Wahrscheinlich ließe sich insofern auch *ein ganz anderes Strafrechtssystem denken* – aber wer hätte schon Phantasie und Verstand genug, sich nebenher so etwas Kompliziertes auszudenken? – und zu welchem Zweck sollten die Wörter und Grundbegriffe überhaupt noch weiter vervielfacht werden? Womöglich müssten wir eines Tages feststellen, dass die gedanklichen Konstruktionen immer leerer und die Praktiken immer brutaler werden. Nicht nur das Strafrecht trägt fragmentarischen Charakter – das Subjekt selbst, gleichgültig in welcher Rolle (ob als Täter, Opfer, Richter oder als sich dem Raum der Kontingenz und des Zweifels ausliefernder Wissenschaftler), ist ein einziges, immerhin wohl stets (und auch über den Tod hinaus?) entwicklungsfähiges Fragment. Man könnte auch sagen: ein unvollkommener, vorläufiger Entwurf. Nicht von ungefähr schrieb *Immanuel Kant*, dass der Mensch aus krummem Holz geschnitzt sei.[2] Und jedenfalls in diesem Punkt hatte er meiner Mei-

[2] Vgl. Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft (1793), 3. Stück, IV: „Wie kann man aber erwarten, dass aus so krummem Holze etwas völlig Gerades gezimmert werde?" – zitiert nach der von W. Weischedel herausgegebenen Kant-Studienausgabe (Darmstadt 1971, Band 7, S. 760).

nung nach völlig Recht.

2) *Wir müssen uns also im Übergang von protostrafrechtlicher Unbestimmtheit zum konkreten Programm der Ausarbeitung eines strafjuristischen Vorsatzbegriffs und der jeweils entsprechenden Irrtumslehre für einen bestimmten Weg entscheiden*: Worauf soll der Vorsatz bezogen werden – darauf, dass der Täter weiß, dass er tötet, dass er mithin *einen anderen töten* will, oder darauf, dass der Täter weiß, dass er mordet (weiß, dass er ein Verbrechen begeht), dass er mithin morden will (dass er mithin ein *Verbrechen der Tötung eines anderen begehen* will)? Zwischen dem Willen zu töten und dem Willen, ein Tötungsverbrechen zu begehen, besteht ja offensichtlich keine *logische* Äquivalenz. Unter streng logischen Gesichtspunkten ergibt sich vielmehr nur ein einseitiges Implikationsverhältnis: Der Wille, ein Tötungsverbrechen zu begehen, *impliziert* den Willen zu töten (aber eben nicht umgekehrt). Von daher scheint sich die Lösung aufzudrängen, den Vorsatzbegriff auf den Willen, ein Tötungsverbrechen zu begehen, zu beziehen; denn der Tötungswille wäre darin enthalten. Das wiederum würde jedoch bedeuten, dass es im Sinne strafjuristischer Begriffsbildung die *vorsätzliche* Tötung eines anderen ohne den Willen, ein Tötungs*verbrechen* zu begehen, unter keinen Umständen geben kann. Im hinlänglich bekannten Falle eines Erlaubnistatbestandsirrtums z.B. wäre ein Tötungsvorsatz danach ohne große Klimmzüge zu verneinen.

Die Frage, ob und gegebenenfalls warum es sich für das Strafrechtssystem empfiehlt, gleichsam a priori eine solche Weichenstellung vorzunehmen, ist nicht so ohne Weiteres zu beantworten. Damit wäre zwangsläufig ein zusätzlicher Komplexitätszuwachs der Thematik verbunden, dem ich – vor allem aus Zeitgründen – zugegebenermaßen lieber ausweichen möchte. So wäre auf der einen Seite wohl eine völlige Entkoppelung des strafjuristischen Vorsatzbegriffs vom handlungstheoretischen (protojuristischen) Willensbegriff notwendig, der ich hier nicht weiter nachgehen kann. Das ist vielmehr ein eigenes weites Feld. Auf der anderen Seite dürfte eine genauere Analyse ergeben, dass bereits die Redeweise vom *Willen* oder *Vorsatz*, ein *Verbrechen* zu begehen, nicht besonders gut in den strafjuristischen oder überhaupt in einen entsprechenden moralischen Kontext hineinpasst. Denn dadurch wird verdeckt, dass sich in diesem Bereich – nämlich in der Dimension der Schuld und bei Gewichtung von Schuld – die Bedeutung von voluntativen gegenüber kognitiven Elementen des Handelns sowie gegenüber sonstigen psychischen Faktoren deutlich abschwächt. Das ist ebenfalls ein weites Feld. Um die Linie meines Gedankenganges nicht verlassen zu müssen, blende ich die angedeuteten Zusatzprobleme aus.

3) *Es bleibt also dabei*. Wir müssen uns, wenn wir uns an den Duktus der bisherigen Überlegungen halten, zwischen zwei Alternativen entscheiden, obwohl sich von den Fallbeispielen her gesehen – morden, rauben, misshandeln – bei rein faktischer Betrachtung gar keine Alternative zu ergeben scheint, weil man das „beiderlei Wollen" jeweils kaum auseinander bekommt, während man ohne Weiteres zugestehen wird, dass ein *Kind*, das einem *Frosch ein Bein herausreißt*, unter Umständen schon

weiß, was es tut, aber noch nicht unbedingt weiß, dass es das *Tier* dadurch *quält*. Es wird sich im Übrigen zeigen, dass die postulierte Entscheidung ihrerseits keineswegs zu einem simplen Lösungsvorschlag führen, sondern eine Fülle von sachlich notwendigen Differenzierungen zur Folge haben wird, und zwar ganz gleichgültig, *wie* man sich entscheidet. Also noch einmal: entweder ist der Vorsatz auf den Tötungswillen oder auf den Willen, ein Tötungsverbrechen zu begehen, zu beziehen.

In Bezug auf die zuerst genannte Alternative gilt, um nunmehr vom Tötungsbeispiel weg- und in abstraktere Kategorien hineinzugelangen, dass ein Täter, der nicht weiß, dass sein Handeln auf eine Tat hinausläuft, die einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand erfüllt, über relevante Tatumstände irrt und daher keine entsprechende vorsätzliche Straftat begangen haben kann. Er hat deshalb keine vorsätzliche Straftat begangen, weil er das, was er tut, nicht tun will. Er kann es nicht tun wollen, weil er gar nicht weiß, was er tut. Würde er es aber wissen, so würde er es nicht tun. Bezugspunkt des besagten Irrtums über Tatumstände ist also die Tat selbst und nicht die Bewertung der Tat durch den Täter.

Die Frage nach der Bewertung der Tat durch den Täter führt zur Kategorie des Unrechtsbewusstseins und damit zu der an zweiter Stelle genannten Alternative: Der Täter einer unrechten Tat, der ohne Unrechtsbewusstsein handelt, der also einem Verbotsirrtum unterliegt, hat das Unrechte seines Tuns als solches nicht erfasst. Er hat keine vorsätzliche Straftat begangen, weil er kein Verbrechen begehen will. Er kann kein Verbrechen begehen wollen, weil er keine Einsicht in das Unrechte seines Tuns hat. Hätte er eine solche Einsicht, dann hätte er von der Tat Abstand genommen. Bezugspunkt des Verbotsirrtums und des entsprechenden Vorsatzbegriffs ist also die Bewertung der Tat durch den Täter. Es geht dabei nicht um die Tat selbst.

VII. Klassisches Strafrecht

Damit erscheint zwar die innere Verbindung zwischen gewähltem Vorsatzbegriff und daraus abgeleiteter Irrtumslehre bereits ein Stück weit ausgeleuchtet. Die bisherigen Ausführungen bleiben aber die schon mehrfach angekündigte (begründete) *Entscheidung* zwischen den beiden skizzierten Alternativen zur Beantwortung der Vorsatzfrage immer noch schuldig. In diesem Zusammenhang versuche man nunmehr, um überhaupt einen Schritt voranzukommen, sich in Anlehnung an *Herbert Hart*[3] ein Gemeinwesen vorzustellen, das nicht zuletzt mit den Mitteln des Strafrechts dafür sorgen will, dass jeder Einzelne ein moralisch einwandfreies Leben führe. Offensichtlich steht für ein solches Gedankenexperiment die pluralistische, offene Gesellschaft von heute ebenso wenig Pate wie die oben zitierte Krummes-Holz-Anthropologie. Mit der soeben genannten Vorstellung hängt die weitere Vorstellung unmittelbar zusammen, dass das Kriterium der Moral und des guten (Zusam-

[3] Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral, in: *H.L.A. Hart*, Recht und Moral, Göttingen 1971, S. 87.

men-)Lebens dem Menschen nach seinem eigenen Verständnis objektiv vorgegeben ist. Theologisch gewendet, könnte man sagen, es gehe um ein ewiges Maß, das der Mensch zwar erkennen und akzeptieren, das er aber nicht schaffen könne. Eine autonome Satzung werde ihm demnach nicht abverlangt, sondern Respekt gegenüber einer unverfügbaren Weltordnung. Das Strafrecht ist Verstärker und Durchsetzer einer heteronomen, nicht selten mit einem religiösen Offenbarungsglauben verbundenen Moral, in die das Individuum eingeschnürt oder zu der sich zu erheben es verurteilt ist.

Wer in einem solchen Gemeinwesen gegen die Ordnung verstößt, also ein Verbrechen begeht, und das, was er tut, auch tun will, der hat regelmäßig ein schlechtes Gewissen und damit Unrechtsbewusstsein bei dem, was er tut und tun will. In dieser hermetisch abgeschlossenen Welt vermag grundsätzlich jeder zwischen gut und böse, richtig und falsch problemlos zu unterscheiden. Das Unrechtsbewusstsein des Verbrechers ist eine Selbstverständlichkeit – wenn er sich nur über sein Handeln als solches im Klaren ist.

Projiziert man die gegenwärtige Irrtumsregelung des dStGB in das Gedankenexperiment hinein, dann kommt man mit ihr erstaunlich gut zurecht. Sollte nämlich „dem Täter bei Begehung der Tat" ausnahmsweise doch einmal „die Einsicht" fehlen, „Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte". So lautet bekanntlich der Kerngehalt der Vorschrift des § 17 dStGB über den „Verbotsirrtum", an deren Wortlaut sich die Handhabung durch die Justiz anlehnt. Demgegenüber trifft § 16 dStGB unter Einbeziehung des Vorsatzbegriffs im Wesentlichen folgende Regelung über den „Irrtum über Tatumstände": „Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich." Nach gegenwärtiger Rechtslage würde sich die Frage nach einem Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit also unabhängig von der Vorsatzfrage stellen, während ein Irrtum über die entscheidenden Tatumstände den eigentlichen Haftungsgegenstand für den Täter grundlegend verändert: Eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat bliebe selbst dann ausgeschlossen, wenn er den Tatsachenirrtum hätte vermeiden können. Aber wenn der Täter das, was er getan hat, durchschaut hätte, dann hätte er nach Lage der Dinge von der Tat auch Abstand genommen, weil er das, was er getan hat, gerade nicht hat tun wollen. Eine Vorsatztat und mithin ein *Verbrechen* kann daher nicht vorliegen.

Die §§ 16, 17 dStGB zugrunde liegende *Schuldtheorie*, welche die Vorsatzfrage bekanntlich vom Aspekt des Unrechtsbewusstseins löst, passt von daher gut in ein „klassisches" System, das Strafrecht und Moral eng miteinander verwoben und im Unrechtsbewusstsein grundsätzlich kein Problem sieht. „Schuldtheorie" heißt dann: Wer will, was er tut, handelt vorsätzlich und damit schuldhaft. Dieser aus unserem kleinen Gedankenexperiment abgeleitete Befund erscheint außerordentlich seltsam, weil er dem modernen Strafrechtsverständnis diametral entgegengesetzt ist: Schließlich hat das vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber geschaffene Straf-

gesetz die Funktion, die Gesellschaft qua Satzung zu kontrollieren und zu lenken. Es verkörpert – in allen Ausprägungen – eine vom Menschen geschaffene, kontingente, jederzeit abänderbare Ordnung, die nicht, zumindest nicht gleichermaßen wie das „klassische" System, voraussetzen darf, von jedermann gekannt zu werden. Allseitige Kenntnis oder Verinnerlichung kann heutzutage umso weniger vorausgesetzt werden, als der Einzelne und sein Ringen um Gut und Böse mit der modernen Gesetzgebungsmaschinerie oftmals kaum Schritt halten kann. Die punktuellen Botschaften des Bundesverfassungsgerichts aus dem Wertehimmel vermögen keineswegs den nüchternen Befund zu kompensieren. Das besagt nicht, dass sich die Substanz des „klassischen" Ordnungsgedankens nicht bis heute als eine von vielen geteilte Illusion erhalten hätte. Der (von obsoleten Glaubenssätzen befreite) geistige Horizont der Gegenwart ist trotzdem ein anderer als der des Gedankenexperiments.

VIII. Das Rechtsgutsdogma

Den Bedingungen des vorstehenden Gedankenexperiments dürfte heutzutage am ehesten noch das Rechtsgutsdogma entsprechen. Einige Diskussionsbeiträge auf der Strafrechtslehrertagung im Juni 2011 in Leipzig/Deutschland haben, sozusagen wie in einem Gewächshaus, demonstriert, wie sehr die am Rechtsgüterschutz orientierte Unrechtslehre inzwischen zu einem fast unerträglichen Tabuthema der gegenwärtigen deutschen Strafrechtswissenschaft geworden ist,[4] während man sich gleichzeitig mit einer Enttabuisierung des Schuldverständnisses weitgehend abgefunden hat. Das freilich ist vor dem Hintergrund der Ergebnisse insbesondere aktueller Hirnforschung kein Wunder. Aus meiner Sicht hingegen kann das Bundesverfassungsgericht (hier einmal auf der Höhe des geistigen Horizonts der Gegenwart) gar nicht genug dafür gelobt werden, dass es sich namentlich im Inzest-Urteil[5] nicht zum Machtmissbrauch und zur Verabsolutierung des Rechtsgutsdogmas durch „Grundgesetzauslegung" hat verführen lassen. Um nur ein hochaktuelles Beispiel aus dem Kernbereich des Lebensschutzes zu nennen: Vermag das Rechtsgutsdogma denn tatsächlich zwischen Präimplantations- und Pränataldiagnostik, Schwangerschaftsabbruch, Mord und neuen Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin einen felsenfesten Kurs zukünftig zwingend vorzugeben? Oder geht es darum, gemeinsam zwar weiche, aber letztlich akzeptable und vor allem demokratisch kommunizierte Kontroll- und Steuerungsmechanismen für eine sonst auseinanderdriftende Gesellschaft zu finden? Nichts lässt sich hier in einen Quasi-Status von Naturrecht mit entsprechendem, scheinbar numinosem Sprachrohr schieben.

Wie dem auch sein. Es kann jedenfalls nicht geleugnet werden, dass bereits das

---

[4] Kritisch aber *Anja Nöckel*, Grund und Grenzen eines Marktwirtschaftsstrafrechts, Heidelberg u.a. 2012. – Zur oben erwähnten Strafrechtslehrertagung vgl. den Diskussionsbericht von *Antje Schumann* und *Benno Zabel*, ZStW 123 (2011), S. 827 ff., insbes. S. 830, 832 f., 834.

[5] BVerfGE 120, 224.

Verbot des Geschwisterbeischlafs und auch das der Bigamie mit einem viel stärkeren Kontingenzfaktor behaftet ist als etwa das des Mordens, Raubens und Misshandelns oder eines ähnlichen Gewaltakts.[6] Trotzdem darf es m.E. letztlich bei der Regelung der §§ 16, 17 dStGB bleiben. Die *Schuldtheorie* will ihre Überzeugungskraft mit *Hans Welzel* aus dem Hinweis darauf beziehen, dass „die Person die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit ihrer Tatentschlüsse in den Grenzen ihrer sozialethischen Einsichtsfähigkeit trägt".[7] Ob der Regelung des georgischen StGB demgegenüber die *Vorsatztheorie* zugrunde liegt, die das geschilderte Bewertungselement zum wesentlichen Bestandteil des Vorsatzbegriffs erhebt, und wie ggf. mit einer solchen Regelung als „Gesprächspartnerin" umzugehen ist, diese Fragen erlaube ich mir verständlicherweise, den georgischen Kollegen zu überlassen. Wir haben uns im Rahmen des von der Volkswagenstiftung geförderten Projekts, das uns zusammengeführt hat, ausgiebig über dieses Thema ausgetauscht, was keineswegs bedeutet, dass schon alle Fragen beantwortet sind.

IX. Die in der Schwebe bleibende Vorsatzfrage

An dieser Stelle wird die Erkenntnis unausweichlich, dass die bis hierhin schon mehrfach angekündigte „Entscheidung" für eine der beiden Varianten des Vorsatzbegriffs einschließlich der jeweiligen Irrtumslehre im Endeffekt in der Schwebe bleibt. Erst jetzt freilich deutet sich an, *warum* sie in ihrer Bedeutung in den Hintergrund treten muss und daher in der Schwebe bleiben kann. Es kommt nämlich so oder so darauf an, vor dem Hintergrund des rechtsstaatlichen Schuldprinzips eine differenzierte Lösung zu entwickeln. Es müssten zum genaueren Beleg jetzt konkrete Beispiele gegeben und präzise Einzelfälle geschildert werden. Ich muss hier weitgehend darauf verzichten (s. aber sogleich Abschnitt 10) und erwähne lediglich pauschal das Wirtschaftsstrafrecht, das nicht angemessen begriffen werden kann, wenn nicht die reale Steuerungsfunktion der aktuellen Gesetzeslage konsequent in Rechnung gestellt wird. Für die Handhabung der §§ 16, 17 dStGB bedeutet das in Irrtumsfällen die Notwendigkeit, die Gewichte von § 17 zu § 16 hin zu verschieben. Die Lösung besteht darin, so lautet die bereits eingangs vorweggenommene These, den Begriff des „Irrtums über Tatumstände" (§ 16 dStGB) zu Lasten des Begriffs des „Verbotsirrtums" (§ 17 dStGB) so zu erweitern, dass Vorsatztaten in größerem Umfang vermeint werden können, als es bis hierhin möglich erscheint. Die damit vorgezeichnete Strukturierung von Einzelfragen trägt im Übrigen auch der Dynamik der z.B. durch sprunghafte technische Innovationen ausgelösten gesellschaftlichen Veränderungsprozesse Rechnung. Vor allem die in diesen Bereichen üblichen

---

[6] *Hart* (wie Fn. 3), S. 98, will zwischen solchen Verboten, die „für jede beliebige Gesellschaft unverzichtbar" sind, und solchen, in denen sich das „Wesen einer spezifischen Gesellschaft" widerspiegelt, unterscheiden.

[7] Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969, S. 162.

„Blankettstrafgesetze"[8] legen davon ein beredtes Zeugnis[9] ab.

X. Beispiel

An dieser Stelle muss nun ein gewisser Rückzieher gegenüber dem eben postulierten Verzicht auf Beispiele gemacht werden. Ohne jedes Beispiel darf sich der vorliegende Text dann doch nicht präsentieren. Wenigstens ein recht einfach gelagerter, aus dem deutschen Recht bekannter Fall sei geschildert: „Der Geschäftsführer einer in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen kleinen GmbH wird u.a. wegen verspäteter Bilanzaufstellung nach § 283 Abs. 1 Nr. 7 b StGB angeklagt. Ihm war vom Finanzamt für die Erstellung der Steuerbilanz des Vorjahres eine Frist bis August des folgenden Jahres bewilligt worden. Der Geschäftsführer wusste nicht, dass die in § 264 Abs. 1 Satz 3 HGB für kleine GmbHs vorgesehene gesetzliche Bilanzierungspflicht längstens sechs Monate beträgt und dass die entsprechende Verpflichtung hinsichtlich der Handelsbilanz nicht durch Erklärungen des Finanzamtes zur Steuerbilanz beeinflusst wird. Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Tat nach § 283 Abs. 1 Nr 7 b, wenn die GmbH später insolvent wird?"

Hier tritt der Kontingenzfaktor bei Ausgestaltung des Gläubigerschutzes und Auferlegung einer Schuldnerpflicht durch den Gesetzgeber fast überdeutlich hervor. Unter Geltung des Schuldprinzips hätte ein Vorsatztäter also nicht nur wissen müssen, dass er innerhalb der Sechs-Monats-Frist keine Bilanz aufgestellt hat, sondern auch, dass er dazu verpflichtet war (dass es sich dabei um die „vorgeschriebene Zeit" handelt, vgl. § 283 Abs. 1 Nr. 7 b dStGB). Wusste er das nicht, so liegt ein Irrtum über Tatumstände im Sinne von § 16 Abs. 1 Satz 1 dStGB vor. *Klaus Tiedemann* führt in diesem Zusammenhang aus, dass demgegenüber der Bundesgerichtshof mit der herrschenden Meinung auf der Basis anderer Prämissen folgerichtig einen bloßen Gebotsirrtum[11] angenommen habe, der selbstverständlich durch Einholung von Rechtsrat vermeidbar war, also nicht einmal eine Strafmilderung gemäß § 17 Satz 2 dStGB nahe legen würde.

Gegen den von mir vertretenen Lösungsansatz wird mancher vielleicht ein-

---

[8] Vgl. dieses Stichwort etwa bei *Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2011, Rn. 3/8.

[9] *Paul Bockelmann* betont zutreffend, dass die Besonderheit nebenstrafrechtlicher Regelungen dazu führen könne, „dass Probleme des Allgemeinen Teils sich in neuem Lichte zeigen, in dem die Lösungen, welche die Überlieferung für sie zur Verfügung stellt, unbrauchbar erscheinen" (ZStW 70 [1958], S. 639). Weiterführend *Ingeborg Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 16, Rn. 66 f.

[10] BGH NJW 1981, 354 (355 sub II) nach *Klaus Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Köln 2010, Rn. 221.

[11] Es handelt sich bei der in Betracht gezogenen Straftat um ein Unterlassungsdelikt.

[12] Vgl. wie Fn. 10, Rn. 222; ferner z.B. *Kristian Kühl*, StGB, Kommentar, 27. Auflage, München 2011, § 17 Rn. 22.

wenden, dass der Geschäftsführer unseres Beispielfalles nicht noch dafür belohnt werden dürfe, dass er seine beruflichen Erkundigungspflichten über die Rechtslage nicht ernst genug genommen hat. Unter Umständen muss tatsächlich im Einzelfall danach gefragt werden, wem eine einschlägige Unkenntnis zuzurechnen ist – dem Bürger oder jener Institution, der die Ausgestaltung der Rahmenordnung obliegt. Die Beantwortung der Frage würde dann darüber entscheiden, ob § 16 oder § 17 dStGB anzuwenden ist. Auch könnte relevant werden, ob die betreffende Regelungsmaterie ergänzend einen Fahrlässigkeitstatbestand vorsieht oder nicht. Auf eine weitere Vertiefung der sich damit abzeichnenden unterschiedlichen Gesichtspunkte darf hier und heute jedoch verzichtet werden. Die Formulierung entsprechender Kriterien[13] ist ein Forschungsdesiderat, das sowohl von georgischen als auch deutschen Strafrechtsdogmatikern mit Bezug auf jeweils unterschiedliche Gesetzeslagen in Zukunft von Grund auf in Angriff genommen werden sollte.[14]

XI. Über den „Erlaubnistatbestandsirrtum"

Damit ist das kleine Gedankenexperiment bis zu Ende durchgeführt – ob erfolgreich oder nicht, kann ich nicht selbst beurteilen. Es bleibt eigentlich nur noch, kurz (denn hinreichend Zeit steht nicht mehr zur Verfügung) auf die besonders prekäre Lage beim „Erlaubnistatbestandsirrtum" einzugehen.

Diese Irrtumskategorie ist weder Fisch noch Fleisch. Sie passt weder zum Ansatz der Schuld- noch zu dem der Vorsatztheorie. Der so genannte Erlaubnistatbestandsirrtum hat es vielmehr mit der Motivierung, beispielsweise einem anderen zu drohen oder Gewalt gegen ihn zu üben, zu tun. Am Willen und Vorsatz, Gewalt auszuüben, notfalls zu töten, vermag er nichts zu ändern. Daher hat das Willens- oder Motivierungsmoment bei den Rechtfertigungsgründen seit je einen eigenen Kunstnamen gefunden. Es heißt nicht etwa „Vorsatz", sondern *subjektives Rechtfertigungselement*. Der Verteidigungswille bei der Notwehr z.B. kann für die Schuldtheorie kein Bestandteil der Vorsatzfrage sein. Vielmehr ist die Vorsatzfrage mit der Bejahung des subjektiven Tatbestandes und das heißt der Kenntnis des Täters von dem, was er tut, entschieden. (Sogleich wird sich zeigen: Trotzdem kann der Täter in einem solchen Fall durchaus noch oder besser lediglich wegen *fahrlässiger Begehung* strafbar sein.)

Eben so wenig passt der so genannte Erlaubnistatbestandsirrtum zur Vorsatztheorie. Der Täter bewertet seine Tat ja nur deshalb falsch, weil er deren Umstände falsch einschätzt, weil er das faktische Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes bloß imaginiert und daher z.B. mit Verteidigungswillen im subjektiven Sinne Notwehr übt. Er meint seinen Gewaltakt als Notwehr. Eine

---

[13] Sie harmonieren mit dem Schuldprinzip und folgen dem Grundsatz teleologischer Auslegung.

[14] Nicht mehr berücksichtigt werden konnte: *Frank Peter Schuster*, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, Berlin 2012.

solche Motivierung vermag das Strafrecht aber nur dann zu akzeptieren, wenn sie durch die entsprechende objektive Tatsachenseite bestätigt wird. Ob der im Irrtum befindliche Täter darüber hinaus imstande war, seinen spezifischen, auf die faktische Basis eines Rechtfertigungsgrundes bezogenen Tatsachenirrtum zu *vermeiden*, mag eine Frage sein, bei deren Beantwortung sich ihrerseits deskriptive und normative Kriterien untrennbar vermischen. Gleichwohl hat diese Vermeidbarkeitsfrage eine ganz andere Struktur als diejenige, die im Hinblick auf das Ergebnis einer hypothetischen Gewissensüberprüfung bei Vorliegen eines ursprünglichen Verbotsirrtums zu beantworten ist (§ 17 dStGB).

XII. Ein Vorschlag an den Gesetzgeber

Wie man das Blatt auch dreht und wendet: Der Terminus „Erlaubnistatbestandsirrtum" steht für einen eigenständigen Irrtumsfall, der nach dem gegenwärtigen protojuristischen Stand der Dinge durch dogmatische Konstruktionen weder „aufgefangen" werden sollte noch überhaupt kann. Vielmehr zeigt sich, dass genau an dieser Stelle eine befreiende Tat des Gesetzgebers, die von keinem Gesprächspartner aus der Wissenschaft so erbracht werden könnte, ein Segen wäre. Daher liegt es auf der Linie unseres gemeinsamen, mehr oder weniger unvorbelasteten oder gar abenteuerlichen Gedankenganges, vom Gesetzgeber eine Änderung des § 16 dStGB zu fordern. Es besteht eine Regelungslücke, die nicht im Wege einer „Analogie" durch Auslöschung des strafrechtlichen Vorsatzbegriffs sozusagen geschlossen werden darf.

Die genannte Vorschrift sollte vielmehr um folgenden Absatz 3 ergänzt werden: „Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes verwirklichen würden, kann allenfalls wegen fahrlässiger Begehung bestraft werden."[15] Einen solchen zusätzlichen Absatz könnte § 16 dStGB („Irrtum über Tatumstände") gerade noch verkraften, obwohl es, streng genommen, beim „Erlaubnistatumstandsirrtum" nicht um einen Irrtum über *Tat*umstände, sondern um einen solchen über Tat*umstände* geht. Der Täter irrt, wenn man so will, über *Umstände* der „eigentlichen" Tatumstände. *Damit*, mit einer solchen simplen Gesetzesänderung, wären vernünftige Ergebnisse ohne begriffsjuristische Verbiegungen und ohne Übergriff der Legislativen in die Domäne wissenschaftlicher Theoriebildung vorgezeichnet – und ganze Bibliotheken würden zu Makulatur. Sie sind es – weithin unbemerkt – im Grunde schon heute.

---

[15] Zur Regelung der Materie im E 1962, die im weiteren Verlauf der Beratungen verworfen wurde, vgl. *Claus Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, Rn. 14/53. *Roxin* betont: „Die Enthaltsamkeit des Gesetzgebers hat die schon vor Einführung des neuen Allgemeinen Teils vorhandene verwirrende Fülle unterschiedlicher Auffassungen bestehen lassen und weiter vermehrt."

Prof. Dr. Heiner Alwart
Friedrich-Schiller-Universität Jena

Abstract: „Irrtumslehre" und deutsches Strafgesetz – ein Gedankenexperiment

Das deutsche StGB legt es nahe, den Vorsatzbegriff auf die unrechtsprägende Handlung und nicht auf das Unrechtsbewusstsein und damit auf das Schuldproblem zu beziehen. Die damit vorgegebene Struktur würde auf den ersten Blick zu einer geschlossenen Gesellschaft passen, deren motivierende Moralnormen in ihrem Kern für alle unzweifelhaft wären. Der geistige Horizont der Gegenwart aber ist ein ganz anderer. Er umfasst, und zwar nicht bloß am Rande, mehr oder weniger kontingente Ordnungsvorstellungen, die erst durch entsprechende Maßnahmen von Funktionsträgern ihre entscheidenden Weichenstellungen und ihre Durchsetzung erfahren. Trotzdem bedarf das Gesetz keiner Neufassung. Die strafrechtsdogmatische Lösung besteht vielmehr darin, den Begriff des „Irrtums über Tatumstände" zu Lasten des Begriffs „Verbotsirrtums" so zu erweitern, dass Vorsatztaten in größerem Umfang vermeint werden können als bisher. Der Kategorie des Erlaubnistatbestandsirrtums hingegen sollte sich der Gesetzgeber annehmen. Sie lässt sich nicht mit Vorsatzbegriff und Irrtumslehre in eine geschlossene systematische Gesamtlösung integrieren. Erst dann, wenn man einmal Bereitschaft zeigt, sich einem Gedankenexperiment auszusetzen, und nicht immer nur an den unzählige Male wiederholten Mustern haften bleibt, wird man der vorgeschlagenen Lösung im Einzelnen auf die Spur kommen.

პროფ. დოქტორი, ჰაინერ ალვარტი
იენის ფრიდრიხ შილერის უნივერსიტეტი

„მოძღვრება შეცდომის შესახებ“ და გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსი – მოსაზრებათა ექსპერიმენტი

რეზიუმე

გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსი განმარტავს, რომ განზრახვის ცნება გამომდინარეობს მართლსაწინააღმდეგო ქმედებიდან და არა უმართლობის შეგნებისა და ბრალის პრობლემიდან. არსებული სტრუქტურა, ერთი შეხედვით, მიესადაგება დახურულ საზოგადოებას, რომლის მოტივირებადი მორალის ნორმებიც არავისთვის ეჭვს არ გამოიწვევდა. თუმცა სრულიად სხვაა დღევანდელობის სულიერი ჰორიზონტი, რომელიც მოიცავს არა გაკვრით, არამედ მეტ-ნაკლებად მართლწესრიგის კონტინგენტურ წარმოდგენებს, რომლებიც დანერგვადია ფუნქციის მატარებელთა მიერ შესაბამისი ზომების მიღების შემდეგ. ამისდა მიუხედავად, კანონი არ საჭიროებს ახალ რედაქციას. სისხლის სამართლის დოგმატიკის შესაბამისად, გამოსავალია „ფაქტობრივი შეცდომის“ ცნების გაფართოება „აკრძალვაში შეცდომის“ ხარჯზე, რათა განზრახ ქმედებები უფრო დიდი მოცულობით იქნეს უარყოფილი. კანონმდებელმა უნდა გაითვალისწინოს მართლწინააღმდეგობის ეტაპზე დაშვებული ფაქტობრივი შეცდომების კატეგორია, რომელიც არ არის ინტეგრირებული განზრახვის ცნებასა და შეცდომის მოძღვრებასთან ერთად დახურულ სისტემატურ მთლიან გადაწყვეტაში, მხოლოდ აზროვნების ექსპერიმენტის მზადყოფნის შემთხვევაში და არა არსებული მოდელების შენარჩუნების ფონზე. ამდენად, წამოყენებული წინადადება გასათვალისწინებელი იქნება.

Strafrechtswissenschaft in einem zusammenwachsenden Europa

von

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, Universität München

I. Vorbemerkung

Weil das mir zur Einleitung unserer Tagung gestellte Thema unerschöpflich ist, habe ich die Pflicht und infolgedessen auch das Recht zu seiner exemplarischen Behandlung. Ich beginne deshalb mit einigen Überlegungen zur Aufgabe und zu den Bedingungen der Strafrechtswissenschaft in der modernen Industriegesellschaft, um mich im zweiten Teil mit der Frage zu befassen, ob die gegenwärtige Entwicklung in Europa für die Erfüllung dieser Aufgabe und die Einhaltung dieser Bedingungen förderlich oder schädlich ist.

II. Die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft

1) Wissenschaft zielt auf die Auffindung der Wahrheit, was sich in der Rechtswissenschaft, die sich mit normativen Sätzen befasst, als Anspruch auf Allgemeingültigkeit darstellt. In der modernen Gesellschaft besteht allerdings ein weitestgehender Konsens darüber, dass sich nur ganz grundlegende Rechtsprinzipien aus den von allen Menschen einer bestimmten Kultur geteilten Wertüberzeugungen stringent ableiten lassen, während der bei weitem größte Teil einer Rechtsordnung von einer dazu legitimierten Instanz in einem bestimmten Verfahren gesetzt wird. Dabei besteht auch weitgehend Einigkeit darüber, dass diese Rechtsetzung weder allein vom parlamentarischen Gesetzgeber noch von den Gerichten erfolgt, sondern dass der Gesetzgeber und die Rechtsprechung hierbei arbeitsteilig zusammenwirken.

2) Alle hierbei getroffenen Entscheidungen müssen sich auf Gründe zurückführen lassen, die für den Gesetzgeber im Einklang mit der Verfassung und bei der Rechtsprechung im Einklang mit den Entscheidungen des Gesetzgebers stehen müssen. Die hierbei von der dogmatischen Rechtswissenschaft geleistete analytische und kritische Arbeit scheint zunächst eine rein dienende Aufgabe zu sein, so dass die Rechtswissenschaft die Magd der Gerichte und des Gesetzgebers wäre, ähnlich wie früher einmal in einem durch und durch religiös geprägten Weltbild die

Philosophie als Magd der Theologie verstanden wurde[1]. Aber diese Sicht greift zu kurz, denn weil Gesetzgebung und Rechtsprechung sich als Machtausübung von Menschen über andere Menschen darstellen, bedürfen sie, um auf Akzeptanz zu stoßen und nicht in einem permanenten Bürgerkrieg zerrieben zu werden, der Legitimation. Dies gilt auch für die Entscheidung der in einem demokratischen Prozess gewählten Parlamentsmehrheit, die über die Minderheit nicht willkürlich bestimmen darf, und erst recht für die weitaus schwächer oder sogar überhaupt nicht demokratisch legitimierte Justiz.

3) Diese Legitimation kann nur durch die Bewährung nach einer kritischen Überprüfung durch die Rechtswissenschaft geleistet werden, so dass sich alle staatlichen Gewalten der intellektuellen Kontrolle durch die Rechtswissenschaft stellen müssen. Dadurch wird eine verblüffende Beantwortung sonst unlösbarer Fragen möglich, etwa wer denn in einem gewaltenteilenden Staat, in der die Rechtsprechung die Exekutive zu kontrollieren hat, die Rechtsprechung selbst kontrolliert. Die Frage „quis custodiet ipsos custodientes?", also „Wer bewacht die Wächter?", droht nämlich im gewaltenteilenden Staat zunächst ebenso in einen unendlichen Regress hineinzuführen wie in allen rechtspositivistischen Modellen bis zu demjenigen von *Hans Kelsen* mit der Frage, wodurch denn die von ihm als Basis des Rechts postulierte Grundnorm[2] legitimiert werden soll. Erst die intellektuelle Kontrolle durch die Rechtswissenschaft beseitigt infolge dessen die sonst drohende Willkürherrschaft der Justiz. Und weil die Rechtswissenschaft selbst zwar kontrolliert, aber nicht herrscht, wird dadurch der unendliche Regress abgebrochen. In diesem Sinne ist also die Rechtswissenschaft eine intellektuelle vierte Gewalt im Staat, die nicht herrscht, sondern nur kontrolliert und die gerade auf dem Gebiet des Strafrechts mit seinen schärfsten und grausamsten Eingriffen in die soziale Existenz der Bürger völlig unentbehrlich ist[3].

III. Das Strafrechtssystem

1) Damit die Rechtswissenschaft und speziell die Strafrechtswissenschaft diese Aufgabe erfüllen kann, muss sie systematisch sein, das heißt, sie muss ein durch logische Beziehungen untereinander gekennzeichnetes und dadurch der Forderung der Widerspruchsfreiheit genügendes System von Sätzen bilden, im Strafrecht also der Gesamtheit der aus dem Verbrechensbegriff abgeleiteten Voraussetzungen, von

[1] Zu der berüchtigten Formel „philosophia ancilla theologiae" des *Petrus Damiani* zuletzt *Seckler*, in: Theologische Quartalschrift 171 (1991), S. 161 ff.

[2] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 196 ff.

[3] *Schünemann*, Festschrift für Roxin I, 2001, 1 ff. (8); *ders.*, Festschrift für Herzberg, 2008, 39 ff. (44).

denen die Verhängung einer Kriminalstrafe abhängt. Strafrechtswissenschaft muss also systematisch sein, oder sie ist gar keine Wissenschaft und besitzt dann nur noch die Legitimationswirkung der Priesterkaste irgendeines beliebigen staatstragenden, in der Geschichte der Menschheit in vielfältiger Weise entwickelten und gewöhnlich mit paranoischen Elementen durchsetzten religiösen Kultus. An der Entwicklung eines solchen Strafrechtssystems ist bekanntlich in Deutschland seit mehr als über zweihundert Jahren gearbeitet worden, und eine ganze Anzahl weiterer europäischer Strafrechtskulturen haben sich dem angeschlossen und an der Diskussion beteiligt. Andere Kulturen wie die englische oder französische haben jedoch ihre aus historischen Zufälligkeiten geborenen Einteilungen nicht oder erst vor kurzem weiterentwickelt und verfügen nicht über ein logisch geordnetes System, sondern, wie insbesondere die sogenannte Elementenlehre in Frankreich zeigt[4] nur über ein Sammelsurium heterogener Perspektiven. Freilich ist auch die deutsche Systematik dadurch in einer traditionellen Fessel gefangen, dass das vor 100 Jahren fortschrittliche, inzwischen aber obsolete und nur noch als Fallbearbeitungsschema für Studenten nützliche Beling-Lisztsche System, nämlich die Prüfungsreihenfolge von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld, in den meisten Lehrbüchern und Grundrissen mit einem logisch geordneten System verwechselt und als der angeblich dreistufige Aufbau der Straftat präsentiert wird[5]. Von den inhaltlichen Voraussetzungen wie von den Regeln der Logik her besitzt das Strafrecht aber nur zwei Systemstufen, nämlich Unrecht und Schuld. Diese beiden Grundvoraussetzungen der Straftat lassen sich auch direkt aus den verfassungsrechtlichen Fundamenten des Strafrechts ableiten und repräsentieren damit jene von Claus Roxin vor vierzig Jahren geforderte Einheit von Kriminalpolitik und Strafrechtssystem[6].

2) Den Ausgangspunkt bildet die Definition des Verbrechens als Zufügung eines Sozialschadens durch den Italiener Cesare Beccaria, der vor zweihundertfünfzig Jahren das rechtsstaatliche Strafrecht in Europa begründet hat[7]. Sechzig Jahre

---

[4] Dazu näher *Vogel*, GA 1998, 127 ff.; *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, 2011, S. 131 ff. Während man das „élément matérielle" und das „élément moral" noch als eine freilich äußerliche Trennung des Verbrechens in das beobachtbare Geschehen und die subjektive Beziehung des Täters zu seiner Tat mit dem actus reus und der mens rea im englischen Straftatbegriff vergleichen kann, steht das „élément Lègal" als Forderung der formellen Kriminalisierung auf einer semantisch völlig anderen Ebene und sprengt deshalb ebenso jedes logische Konzept der Straftat, wie es eine teleologische Ableitung der Einzelvoraussetzungen unmöglich macht.

[5] Etwa *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, § 6 Rn. 51 ff.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, S. 250 f.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 16 ff.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011 Rn. 123 ff.; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 48 ff., 80 ff.; *Paeffgen* in: NK-StGB 3. Aufl. 2010, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 15 ff.

[6] *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Auflage 1973.

[7] Dei delitti e delle pene, Livorno 1764, dt. Von den Verbrechen und von den Strafen, hrsg. u. a.

später wurde von dem Deutschen Birnbaum dafür der Ausdruck der Gutsverletzung[8], noch später von Binding derjenige der Rechtsgutsverletzung geprägt[9], wobei unter Rechtsgut jene Güter des Einzelnen und der Allgemeinheit zu verstehen sind, deren Unversehrtheit für ein gedeihliches Zusammenleben in der Gesellschaft unerlässlich ist[10]. Die Aufgabe des Strafrechts besteht im Rechtsgüterschutz, die Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung bildet deshalb die erste Säule des strafrechtlichen Unrechts als der ersten Systemstufe. Der Begriff des Tatbestandes bezeichnet keine eigene Systemstufe, sondern nur die Gesamtheit der Voraussetzungen, die das Unrecht begründen; er ist also die Beschreibung des realen Vorganges, der das strafrechtliche Unwerturteil „Unrecht" trägt. Selbstverständlich ist die Rechtsgutsverletzung nur dann sozialschädlich und damit rechtswidrig, wenn keine Ausnahmesituation vorliegt, durch die um anderer und höherer Interessen willen die Rechtsordnung die Verletzung eines Rechtsguts gestattet. Wer etwa in Notwehr handelt, verwirklicht das Recht und führt nicht etwa einen Sozialschaden herbei, sein Handeln ist rechtmäßig und auf gar keinen Fall sozialschädlich. Das Nichteingreifen von Rechtfertigungsgründen gehört deshalb als negatives Tatbestandsmerkmal ebenfalls zur ersten Systemstufe, dem Unrecht[11].

3) Die zweite Säule ergibt sich aus dem Schutzmittel. Das Strafrecht wirkt im Unterschied zum Polizeirecht nicht durch physischen Zwang, sondern durch die Ausübung eines psychologischen Zwangs, wie der größte deutsche Strafrechtstheoretiker Feuerbach vor über zweihundert Jahren im Einzelnen analysiert hat[12]. Die

---

von Vormbaum, 2005, S. 69 ff., 72 ff.

[8] *Birnbaum*, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, Archiv des Kriminalrechts n. F. 1834, 149 ff.; Bemerkungen über den Begriff des natürlichen Verbrechens, ibid 836, 560 ff.; neu hrsg. von *Guzmán Dalbora/Vormbaum*, 2011. Während *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 37, in Birnbaums Theorie vom Schutz rechtlicher Güter eine Korrektur der Verbrechenslehre Feuerbachs durch die Erstreckung der staatlichen Zwangsgewalt auf die Erhaltung der Sittlichkeit erblickt, sehe ich hierin eine bruchlose Fortsetzung der liberalen Strafrechtstheorie Beccarias, vgl. *Schünemann* in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 138 ff.; eine Mittellösung bei *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, S. 316 ff.

[9] *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, 4. Aufl. 1922, Bd. I, S. 328 f., 338 ff.; zu ihm ausf. *Amelung* (Fn. 8), S. 73 ff.

[10] Diese heute geläufige materielle Definition (vgl. etwa *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 7) unterscheidet sich in der Sache von dem positivistischen Konzept *Bindings*, wonach das Rechtsgut den vom historischen Gesetzgeber verfolgten Schutzzweck bedeutete als – wie man es später formuliert hat – „Abbreviatur des Zweckgedankens".

[11] So die Lehre vom Gesamtunrechtstatbestand, deren umfassende Begründung sich in *Roxins* Dissertation über „Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale" findet, 2. Auflage 1970, S. 132 ff., vgl. seitdem *Art. Kaufmann*, FS Lackner, 1987, S. 185 ff., 192 ff.; *Herzberg*, JA 1989, S. 243 ff.; *Schroth*, Vorsatz und Irrtum, 1998, S. 117 ff.; *Schünemann*, Coimbra-Symposium, S. 1995, 149 ff., 163; *Schünemann/Greco*, GA 2006, 777 ff. (m. w. Nachw. S. 782 Fn. 25).

[12] *Feuerbach*, Ueber die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleydigung des Verbrechers,

Furcht vor der Strafe und zugleich die durch die Strafandrohung kommunizierte totale Missbilligung der die Gesellschaft schwer schädigenden Handlungen sollen die Gesellschaft und jeden Einzelnen von der Begehung derartiger Handlungen abhalten. Der gesellschaftsschädliche Vorgang, den das Strafrecht verhindern soll, muss deshalb vom Gesetz genau beschrieben werden. Das ist die sogenannte generalpräventive Wurzel des Gesetzlichkeitsprinzips, aus der zugleich die zweite Säule des Unrechts abgeleitet werden kann. Damit das Strafrecht die generalpräventive Aufgabe erfüllen kann, muss der Täter erkennen und beherrschen können, dass er im Begriff ist, strafrechtliches Unrecht zu verwirklichen. Am intensivsten und direktesten wirkt das Strafrecht, wenn der Täter diese Konsequenz seines geplanten Handelns erkennt und sich für oder gegen sie entscheidet. Wer sich unter Missachtung des strafrechtlichen Verbots für die Rechtsgutsverletzung und damit gegen das Recht entscheidet, verwirklicht einen weitaus schwereren Sozialschaden als derjenige Täter, der den Schaden nur durch Unsorgfältigkeit herbeiführt. Denn im letzteren Fall setzt er nur eine Ursache unter vielen anderen, die zu der Rechtsgutsverletzung führen. Wenn er dagegen um die drohende Rechtsgutsverletzung weiß und sie will, so trägt er die hauptsächliche Verantwortung dafür, und durch seine Entscheidung für die Rechtsgutsverletzung wird diese zu seinem Werk. Der Vorsatz des Täters (bei den Fahrlässigkeitsdelikten die Überschreitung des erlaubten Risikos) bildet also die zweite Säule des Unrechts in Gestalt des Handlungsunwerts, dessen Herausarbeitung als personales Unrecht das unbestreitbare Verdienst Welzels gewesen ist[13]. Die Gesamtbeschreibung der Voraussetzungen des Unrechts findet sich deshalb in dem positiven objektiven und subjektiven sowie dem negativen objektiven und subjektiven Tatbestand als Gesamtheit der ersten Systemstufe.

4) Aus dem Zweck des Strafrechts, Rechtsgüterverletzungen durch Androhungs-Generalprävention zu verhindern, folgt auch die zweite Systemstufe. Es kommen immer wieder Konstellationen vor, in denen der Täter das strafrechtliche Unrecht mit Wissen und Wollen verwirklicht, in denen er aber zur Befolgung des strafrechtlichen Verbots entweder überhaupt nicht fähig ist oder in denen ihm diese nicht zugemutet werden kann. Die Tat muss für den Täter also individuell vermeidbar sein, damit das Strafrecht wirken kann. Nur verbotene und individuell vermeidbare Taten können dem Täter persönlich vorgeworfen werden. Das wird in vormodernen Strafrechtskulturen verkannt, die wie etwa das englische Recht jedenfalls im Gr-

1800, S. 96; *ders.* Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., hrsg. v. Mittermaier, 1847 § 16; heutzutage *Schünemann*, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 109, 117 ff., 120; *Ferrajoli*, Diritto e ragione, 5. Aufl. Roma/Bari, 1998, S. 325 ff., 328; *Greco* (Fn. 8), S. 354 ff.

[13] *Welzel*, ZStW 58 (1938), S. 491 ff.; *ders.* Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 62: „Unrecht ist täterbezogenes, ‚personales' Handlungsunrecht"; dieselbe Einschätzung bei *Roxin*, FS Androulakis, Athen, 2003, S. 573, 584 f.

undsatz die volle strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Täter anordnen, der eine Tat im Alkoholrausch begeht[14]. Denn weil ein Mensch im Vollrausch die Steuerungsfähigkeit verloren hat, kann man niemals die im Rausch begangene Tat selbst, sondern nur das vermeidbare Sich-Berauschen bestrafen[15]. Eine Straftat ist deshalb nur gegeben, wenn der Täter sein Handeln individuell vermeiden konnte und auch vermeiden sollte, wenn ihm dieses also vorgeworfen werden kann oder, anders formuliert, wenn er schuldhaft gehandelt hat[16].

5) Aus den beiden Grundentscheidungen des Strafrechts, Rechtsgüterschutz durch Androhungs-Generalprävention zu leisten, ergibt sich deshalb zwingend ein zweistufiges Strafrechtssystem von Unrecht und Schuld, wobei jede Stufe aus dem die Wertung begründenden Tatbestand und aus der Wertung selbst besteht. Allein mit dieser Unterscheidung, die mit Recht als die wichtigste Errungenschaft der deutschen Strafrechtsdogmatik angesehen wird[17], kann beispielsweise die notwendige Differenzierung zwischen dem rechtfertigenden und dem entschuldigenden Notstand entwickelt werden, zu der zahlreiche Rechtsordnungen noch nicht vorgedrungen sind[18]. In der ersten Notstandsform ist die Tat gerechtfertigt, wenn in einer unvermeidbaren Konfliktsituation das höherrangige Rechtsgut gerettet bzw. Interesse wahrgenommen und das niederrangige Rechtsgut geopfert bzw. Interesse zurück gestellt wird. Ein Beispiel bietet die Abtreibung eines Embryos, wenn die weitere Fortsetzung der Schwangerschaft das Leben der Mutter kosten würde. Wenn gleichwertige Rechtsgüter bzw. Interessen auf dem Spiele stehen, scheidet eine Rechtfertigung dagegen aus; statt dessen kommt eine Entschuldigung in Betracht, wenn der

---

[14] Jahrhunderte lang ist die Begehung einer Tat im Rausch nicht etwa als eine Verteidigungseinrede, sondern genau umgekehrt als ein Strafschärfungsgrund angesehen worden, was nach der Majewski-Regel im Grundsatz auch noch heute gilt, s. *Helmert* (Fn. 4), S. 124 f.; ferner *Safferling*, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 460 ff.; *Smith/Hogan/Ormerod*, Criminal Law, 11. Aufl. Oxford, 2005, S. 273 ff.

[15] Was zu der dogmatischen Figur der action libera in causa führt, die gegenwärtig in Deutschland heillos umstritten ist, nach dem Modell der mittelbaren Täterschaft aber ohne Verletzung des Analogieverbots und auch in der Sache überzeugend begründet werden kann, s. nur *Roxin*, FS Lackner, 1987, S. 307 ff., 314 ff.; *Jakobs*, FS Nishihara, 1998, S. 105 ff.; *Dold*, GA 2008, 427 ff.; *Schünemann*, FS Lampe, 2003, S. 537 554 ff.

[16] Die Literatur zum Schuldprinzip und zu seinen philosophischen und dogmatischen Grundlagen ist unübersehbar; mein eigener Standpunkt ist zuletzt in der FS für Lampe, 2003, S. 537 ff. dargelegt worden.

[17] So bekanntlich *Welzel*, JuS 1966, 421: „wichtigster dogmatischer Fortschritt der letzten zwei bis drei Menschenalter"; *Schünemann*, Coimbra-Symposium, S. 149 ff.; zuletzt *Greco*, GA 2009, 636 ff.

[18] Beispielsweise das englische Recht, s. *Helmert* (Fn. 4), S. 120 ff. In Deutschland ist diese Unterscheidung erst in den 20iger Jahren des vorigen Jahrhunderts endgültig herausgearbeitet worden, siehe *Küper*, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung I, 1987, S. 315, 320 ff.; ferner *Roxin*, Strafrecht AT I, § 16 Rdn. 1 ff.

durch die Gefahr auf den Täter ausgeübte Motivationsdruck so stark ist, dass kein normaler Mensch ihm standhalten kann und die Tat für den Täter also individuell nicht vermeidbar ist. Ein Beispiel bietet die Tötung eines anderen, wenn der Täter selbst in Lebensgefahr ist. Wenn das Strafgesetzbuch nur eine einzige Notstandsregelung enthält, die die Trennlinie zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung überhaupt nicht anspricht[19], bleibt die Norm in sich unklar und widersprüchlich. Erst recht gibt es dann Probleme im Fall der Beteiligung Mehrerer an der Straftat. Wenn nur einem Beteiligten eine eigene Lebensgefahr droht, kann der andere selbstverständlich nicht deshalb entschuldigt werden. Wenn die Tat aber gerechtfertigt ist, so gilt dies für alle Beteiligten.

6) Durch die systematische Unterscheidung von Unrecht und Schuld und die Anerkennung des Gesamt-Unrechtstatbestandes lassen sich auch die Irrtumsprobleme lösen. Weil der objektive und der subjektive Tatbestand deckungsgleich sein müssen, bezieht sich der Vorsatz auf den Gesamt-Unrechtstatbestand. Wir werden ja auf diese Fragen an Hand der einzelnen Referate noch zurückkommen. In dieser Einleitung möchte ich nur noch bemerken, dass das auf der Oberfläche scheinbar in Deutschland herrschende dreistufige System durch seine Behandlung des Irrtums[20] wie durch diejenige der Teilnehmerhaftung[21] deutlich macht, dass es sich materiell um ein zweistufiges System handelt, dessen Vertreter nur noch nicht hinreichend zwischen der Logik eines Systems und der Pragmatik der den Studenten vermittelten Prüfungsreihenfolge zu unterscheiden pflegen.

---

[19] So anscheinend auch § 30 des georgischen StGB v. 15.2.2000, der dem US-amerikanischen Verständnis eines (rechtfertigenden) „extremen Notstandes" nachempfunden zu sein scheint und, von seinen inneren Unklarheiten ganz abgesehen (die Erwähnung eines „Übeltäters" als Verursacher der Notlage stiftet im Notstand nur Verwirrung), keine Ergänzung durch einen entschuldigenden Notstand findet.

[20] Denn es entspricht der nahezu einhelligen Auffassung, den Erlaubnistatbestandsirrtum – wenn nicht direkt (so die Vertreter der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, o. Fn. 11; nach richtiger Leseart ebenso die Rspr., BGHSt 3, 105, 107; 3, 194, 196; 3, 357, 364; 31, 264, 286; 35, 347, 350; 45, 378, 384), so doch jedenfalls analog (etwa *Roxin*, Strafrecht AT I, § 14 Rn. 64; *Stratenwerth/Kuhlen*, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 165 ff.) oder wegen Entfallens einer angeblich selbstständig erforderlichen „Vorsatzschuld" (*Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, S. 464 f.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011 Rn. 426, 479) nach dem Grundsatz des § 16 zu behandeln.

[21] Denn der Grundsatz der limitierten Akzessorietät macht die Teilnahme von einer tatbestandsmäßig-rechtswidrigen, nicht aber von einer schuldhaften Haupttat abhängig (s. §§ 26-29 StGB), sodass offensichtlich für die Beteiligungslehre eine Unterscheidung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit sinnlos ist.

1) Dass diese Einheit von Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, die ich natürlich nur ganz grob skizzieren konnte, keine bloß ästhetische Veranstaltung der deutschen Strafrechtsdogmatik ist, sondern für die Begründung und damit auch für die Begrenzung der staatlichen Strafgewalt eine unverzichtbare Bedeutung besitzt, zeigt die Entwicklung in der Europäischen Union. Dass auf dieser Ebene kein gemeinsames Strafrechtssystem existiert, war so lange unschädlich, wie es kein europäisches Strafrecht gab. Das hat sich aber im Zuge der permanenten Machtausdehnung der europäischen Organe tiefgreifend geändert. Im Vertrag von Amsterdam, der 1997 abgeschlossen wurde und 1999 in Kraft getreten ist[22], wurde dem Rat der Europäischen Union jene Kompetenz verliehen, die zur Schaffung eines ausgedehnten europäischen Strafrechts führen konnte: nämlich durch das Institut des Rahmenbeschlusses, der nach Art. 34 Abs. 2 Buchstabe b EUV zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten von den im Rat vereinigten Regierungen angenommen werden konnte und der für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich sein sollte. Nach Art. 31 EUV erstreckte sich dies auf die Erleichterung und Beschleunigung der Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden bei Gerichtsverfahren und der Vollstreckung von Entscheidungen, die Erleichterung der Auslieferung, die Gewährleistung der Vereinbarkeit der jeweils geltenden Vorschriften der Mitgliedstaaten untereinander, die Vermeidung von Kompetenzkonflikten und die schrittweise Annahme von Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen in den Bereichen der organisierten Kriminalität, des Terrorismus und des illegalen Drogenhandels. Das war schon damals eine weit gespannte Kompetenz, von der der Rat einen rücksichtslosen Gebrauch machte, und zwar sowohl durch die Anzahl[23] als auch den Inhalt seiner Rahmenbeschlüsse. Denn darin wurden durchweg nicht etwa nur ganz allgemein Ziele vorgegeben, sondern der Inhalt der zu erlassenden Normen so detailliert festgelegt, dass den einzelnen Mitgliedstaaten bei der Durchführung nicht mehr ein großer freier Rahmen, sondern im Grunde nur noch ein Spalt übrig blieb, den man mit einer Schießscharte vergleichen könnte. Die eigentliche gesetzgeberische Entscheidung traf deshalb schon der Rahmenbeschluss, und die Parlamente der Mitgliedstaaten fühlten sich bei dessen

[22] ABl. EU C 340 vom 10. November 1997.

[23] *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 11 Rn. 10 zählt insgesamt 13 materiellstrafrechtliche Rahmenbeschlüsse auf, zu denen noch zwei vom EuGH aus Kompetenzgründen kassierte hinzukommen (dazu *Zimmermann*, NStZ 2008, 662); für das Strafverfahren lassen sich zwölf Rahmenbeschlüsse ausmachen, Überblick bei *Hecker* aaO, § 12.

Durchführung auch nur noch wie „Lakaien von Brüssel"[24], die eine ihnen gegebene Anweisung durch die Gesetze der einzelnen Mitgliedstaaten für den Bürger endgültig verbindlich machen[25].

2) Es hat einige Jahre gedauert, bis wenigstens einige Strafrechtswissenschaftler begriffen hatten, was hier unter der harmlosen Bezeichnung als „Rahmenbeschluss" bewirkt worden war: nämlich die Zurück-Katapultierung des rechtsstaatlichen und demokratischen Niveaus des Strafrechts um ungefähr zwei Jahrhunderte. Das Strafrecht trennt den Bürger vom Verbrecher, den freien Menschen von der wie in einem Käfig gehaltenen Kreatur. Aus diesem Grunde ist im Zeitalter der Aufklärung gefordert und in der liberalen und demokratischen Reformbewegung Europas für alle Rechtsstaaten durchgesetzt worden, dass niemand bestraft werden kann, wenn nicht die Strafbarkeit von dem demokratisch legitimierten Parlament in einem förmlichen Strafgesetz vorher festgelegt worden ist[26]. Hierzu gehört selbstverständlich, wie es in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 des deutschen Grundgesetzes für jeden einzelnen Abgeordneten und damit erst recht für das ganze Parlament formuliert ist, dass sie Vertreter des ganzen Volkes sind, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen. Dieses demokratische Prinzip ist in Art. 79 Abs. 3 GG für unveränderlich erklärt worden, und in Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG ist wiederum niedergelegt worden, dass auch im Rahmen des Beitritts Deutschlands zur Europäischen Union keine Veränderung erfolgen darf. Selbst in denjenigen Mitgliedstaaten, die derartige ausdrückliche Vorschriften in ihrer Verfassung nicht besitzen, folgt aber aus den Minimalbedingungen der Demokratie, dass nur solche Akte wahrhafte Gesetzgebungsentscheidungen des Parlaments darstellen, bei denen dieses in souveräner Freiheit entschieden hat. Daraus folgt logisch zwangsläufig, dass ein Rahmenbeschluss, der ja von Ministern und damit von Regierungsvertretern gefasst wird, niemals die einzelstaatlichen Parlamente binden konnte. Dieser Mangel erstreckte sich auf die in gehorsamer Ausführung der Rahmenbeschlüsse ergangenen einzelnen Gesetzgebungsakte der nationalen Parlamente, eben weil diese sich hierbei nicht als souveräne Parlamente, sondern als „Lakaien von Brüssel" gefühlt und also nicht in Wahrnehmung ihrer demokratischen Legitimation gehandelt

[24] Dieses von mir erstmals in StV 2003, 531 gebrauchte Bild erzeugt gewöhnlich Missvergnügen (zuletzt auch bei *Vogel* in JZ 2012, 25, 27), das aber der Sache und nicht der dafür gewählten (nach wie vor treffenden) Bezeichnung gelten sollte.

[25] Das ist von den Vertretern des Bundestages in der mündlichen Verhandlung des BVerfG zum Gesetz über den Europäischen Haftbefehl unumwunden eingeräumt worden (s. nur die Stellungnahmen der Abgeordneten *Kauder* [„bindend, muss umgesetzt werden"] und *Ströbele* [„normativ unfrei"], zit. nach *Schorkopf*, Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, S. 243, 245, 247), und indem das vom BVerfG für verfassungswidrig erklärte EuHbG von den Abgeordneten anschließend mit nur geringfügigen Modifikationen wiederholt worden ist, haben diese an ihrer in Karlsruhe noch beklagten Lakaienmentalität nichts desto weniger festgehalten.

[26] So auch die Lissabon-Entscheidung BVerfGE 123, 267, 410, 413 f. (= Tz. 358, 365).

haben. Nachdem die von einer kleinen Gruppe liberaler Strafrechtslehrer mit mir als Sprecher über Jahre hinweg unablässig wiederholte Forderung, jedenfalls auf dem Gebiet der Strafrechtspflege die Gesetzgebung an eine vollständige demokratische Legitimation und die Respektierung der im 19. Jahrhundert erkämpften Prinzipien des materiellen Rechtsstaats zu binden[27], von den professionalisierten Europarechtlern wie von den passionierten „Europastrafrechtlern" jahrelang einfach ignoriert worden war[28], hat sich das Bundesverfassungsgericht quasi in der Abenddämmerung, nämlich in seiner Entscheidung zum Lissabon-Vertrag vom 30.6.2009, zu für alle Zeiten denkwürdigen Sentenzen über die unverfügbaren Fundamente einer rechtsstaatlich-demokratischen Strafgesetzgebung aufgerafft, wenn auch freilich ohne zuzugeben, dass diese Positionen in der deutschen Strafrechtswissenschaft seit den Strafrechtslehrertagungen von Bayreuth und Dresden 2003 sechs Jahre lang vergeblich eingefordert worden waren[29]. Ich zitiere das Bundesverfassungsgericht[30]: „Es ist eine grundlegende Entscheidung, in welchem Umfang und in welchen Bereichen ein politisches Gemeinwesen das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer Kontrolle einsetzt... Der Gesetzgeber übernimmt mit der Entscheidung über strafwürdiges Verhalten die demokratisch legitimierte Verantwortung für eine Form hoheitlichen Handelns, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit im modernen Verfassungsstaat zählt... Wegen der besonders empfindlichen Berührung der demokratischen Selbstbestimmung durch Straf- und Strafverfahrensnormen sind die vertraglichen Kompetenzgrundlagen für solche Schritte strikt – keinesfalls extensiv – auszulegen, und ihre Nutzung bedarf besonderer Rechtfertigung. Das Strafrecht in seinem Kernbestand dient nicht als rechtstechnisches Instrument zur Effektuierung einer internationalen Zusammenarbeit, sondern steht für die besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum... Die demnach zum Schutz des nach dem Verständnis des Grundgesetzes de-

---

[27] *Lüderssen*, GA 2003, 71 ff.; *Schünemann*, StV 2003, 116, 120; *ders.*, StV 2003, 531; *ders.*, ZRP 2003, 185 ff.; *ders.*, ZRP 2003, 472; *ders.*, GA 2004, 193, 200 f.; *ders.*, in: Schünemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 95 ff.; *ders.*, FS Herzberg, 2008, S. 39, 49 ff.

[28] Dies galt besonders für Lehrbücher und Ausbildungsaufsätze für Nachwuchsjuristen, die wohl davor bewahrt werden sollten, sich die dem Juristen angeborne Farbe der Entschließung allzu früh durch tieferer Gedankens Blässe ankränkeln zu lassen, s. etwa *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 4; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 6, § 9 Rn. 33 (deutlicher noch *ders.*, NStZ 2009, 297, 305: „Zweifellos sind Rahmenbeschlüsse rechtlich verbindlich"); *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2010, § 4 Rn. 30, § 8 Rn. 55; *Suhr*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 34 EUV Rn. 13; *Dannecker*, Jura 2006, 95, 173.

[29] S. nur die bei *Schünemann*, GA 2004, 193, 202 f. wiedergegebenen Thesen, die am Rande der Bayreuther Tagung 2003 von 123 deutschsprachigen Strafrechtslehrern gebilligt wurden.

[30] BVerfGE 123, 267, 408 ff.

mokratischen Primärraums gebotene enge Auslegung ist auch der Entscheidung des deutschen Vertreters im Rat zugrunde zu legen, wenn ein Beschluss im Bereich der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen sowie allgemein des Strafverfahrensrechts gefasst werden soll... Im Hinblick auf den Bereich der Annexzuständigkeit, die eine Angleichung des Strafrechts in bereits harmonisierten Politbereichen ermöglicht..., kann das Zustimmungsgesetz nur deshalb als verfassungskonform beurteilt werden, weil diese Zuständigkeit nach dem Vertrag eng auszulegen ist. Hinter der Annexzuständigkeit verbirgt sich eine gravierende Ausdehnung der Zuständigkeit zur Strafrechtspflege im Vergleich zur bislang geltenden Rechtslage... Wegen drohender Uferlosigkeit dieses die Strafrechtssetzung betreffenden Kompetenztitels ist eine solche Kompetenzvorschrift mit dem Prinzip einer sachlich bestimmten und nur begrenzten Übertragung von Hoheitsrechten an sich ebenso wenig zu vereinbaren wie mit dem gebotenen Schutz des demokratisch an die Mehrheitsentscheidung des Volkes besonders rückgebundenen nationalen Gesetzgebers... Diese Voraussetzungen gelten auch für die von der europäischen Gerichtsbarkeit bereits angenommene Existenz einer strafrechtlichen Annexzuständigkeit... Die demokratische Selbstbestimmung ist allerdings in einer besonders empfindlichen Weise berührt, wenn eine Rechtsgemeinschaft gehindert wird, über die Strafbarkeit von Verhaltensweisen und gar die Verhängung von Freiheitsstrafen nach Maßgabe eigener Wertvorstellungen zu entscheiden... Daher ist es in diesen Bereichen nur eingeschränkt erlaubt, die Strafgesetzgebungskompetenz zu übertragen... Die Zuständigkeiten in der europäischen Union im Bereich der Strafrechtspflege müssen zudem in einer Weise ausgelegt werden, die den Anforderungen des Schuldprinzips genügt... Der Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt, hat seine Grundlage... in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG... Das Schuldprinzip gehört zu der wegen Art. 79 III GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist."

3) Leider kommt diese Proklamation des Bundesverfassungsgerichts, die übrigens bei den meisten Europarechtlern in Deutschland nur höhnische Kommentare ausgelöst hat[31], zu spät, um die im Vertrag von Lissabon nochmals ausgeweitete Übertragung von Strafrechtskompetenzen auf die EU hinreichend einzugrenzen. Und auch die Mahnungen an das deutsche Parlament dürften an dem gegen den

[31] *v. Bogdandy*, NJW 10, 1 ff.; *Classen*, JZ 09, 881 ff.; *Halberstam/Möllers*, German Law Journal 09, 1241 ff. (das BVerfG benötige 421 Randziffern, um einige verworrene Punkte vorzutragen); *Oppermann*, EuZW 09, 473 (EU als „Ghetto, von der Mauer des Grundgesetzes umgeben"); *C. O. Lenz*, FAZ v. 8. 8. 2009, S. 7 (das Gericht sei im Denken des 19. Jahrhunderts verhaftet); dem BVerfG eher zust. dagegen *Schorkopf*, EuZW 09, 718 ff.; *Meyer*, NStZ 09, 657 ff.; *Isensee*, ZRP 10, 33 ff., sowie die Beiträge von *Schünemann*, *Ambos/Rackow*, *Braum* u. *Folz* in ZIS 09, 397 ff. S. ferner die Beiträge in Der Staat 48 (2010), Heft 4.

Wortlaut des Grundgesetzes eingetretenen Wandel der Verfassungswirklichkeit wenig ändern. Der heutige deutsche Bundestag ist weitestgehend zu einem Gremium für die Absegnung der Regierungsentscheidungen herabgestiegen, und der reale Zustand der Postdemokratie, den Colin Crouch schon vor acht Jahren an die Wand gemalt hat[32], kann heute jeden Tag in der Debatte um die sogenannte Euroretung beobachtet werden.

Immerhin wird die Strafrechtswissenschaft aufmerksam zu verfolgen und ihre Stimme zu erheben haben, ob bzw. damit wenigstens das klare Bekenntnis des Bundesverfassungsgerichts zum Schuldprinzip in der weiteren europäischen Strafgesetzgebung unversehrt bleibt. Denn obwohl das Schuldprinzip mit Recht als die unverbrüchliche Basis jedes rechtsstaatlichen Strafrechts gesehen wird, ist es in anderen Ländern der EU, beispielsweise Großbritannien und Frankreich, nur für den Regelfall, aber keineswegs ausnahmslos verwirklicht[33]. Das wichtigste Schlachtfeld der nächsten Jahre wird hierbei von der Frage der Einführung eines echten Strafrechts gegen juristische Personen gebildet, die den Charakter des an das Schuldprinzip gebundenen Strafrechts aufgibt und dennoch einen scheinbar unaufhaltsamen Siegeszug in Europa angetreten hat[34]. Eine echte Kriminalstrafe kann es gegen die im strafrechtlichen Sinn weder handlungs- noch schuldfähigen juristischen Personen aus zwingenden logischen Gründen nicht geben, weil die entscheidenden Unterschiede zur Bestrafung einer natürlichen Person so enorm sind, dass die terminologische Einebnung auf eine semantische Verschmutzung hinausläuft[35]. Es ist auch irrig anzunehmen, man brauche bei den Wörtern nicht so pingelig zu sein. Gerade wir Deutschen wissen, dass verhüllende Wendungen (Schutzhaft, Euthanasie u.ä.) zu einer Täuschung sowohl über die Wirklichkeit als auch über die Legitimationsprobleme führen und auch vielfach zu diesem Zweck eingesetzt werden. Das Common Law ist kein Vorbild, weil es in seiner Entwicklung nicht einmal bis zu einer klaren Unterscheidung von Zivilrecht und Strafrecht vorgedrungen ist. Wenn das der Politik in anderen europäischen Staaten mittlerweile völlig gleichgültig ist, so ist wenigstens in Deutschland die Strafrechtswissenschaft noch nicht so marginal geworden, dass sie gar nichts mehr zu sagen hätte. Aber warten wir ab, wie

[32] *Crouch*, Post-democracy, London, 2004 (dt. Ausgabe Frankfurt, 2008).

[33] Zu Abweichungen vom Schuldprinzip vgl. für England *Helmert* (Fn.4), S. 111 ff., zur in die gleiche Richtung weisenden Überbürdung der Beweislast S. 126 f., zu den Ausnahmen im französischen Recht S. 164 f.

[34] Zuletzt Frankreich, Italien und Spanien; vgl. zu Frankreich (Art. 121-2 Code pénal) *Delmas-Marty* in Schünemann/Suarez (Hrsg.), Bausteine des Europäischen Wirtschaftsstrafrechts, 1995, S. 305 ff.; zu Italien (decreto legislativo Nr. 231/2001) s. *Nisco*, GA 2010, 525; zu Spanien (Art. 31 bis Código Penal) vgl. *Carbonell Mateu*, ZStW 1234 (2011), 331 ff.; *Robles Planas* ZIS 2012 (im Erscheinen); allgemein zur internationalen Entwicklung *Schünemann*, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl., vor § 25 Rn. 20 f.; *ders.*, FS Tiedemann, 2008, S. 429 ff.

[35] *Schünemann*, FS Tiedemann, S. 429, 437 f..

lange dieses wissenschaftliche Selbstverständnis noch bewahrt werden kann oder ob sich womöglich über kurz oder lang auch auf diesem Feld die anbiedernde Kumpanei mit den in Europa dominierenden politischen Strömungen durchsetzen wird.

V. Schlussbemerkung: die institutionellen Voraussetzungen einer eigenständigen Strafrechtswissenschaft

Ich könnte noch sehr lange über die Gefahren sprechen, die dem rechtsstaatlich-liberalen Strafrecht durch die EU drohen, beispielsweise durch das nunmehr in Art. 82 AEUV niedergelegte Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, das auf die europaweite Durchsetzbarkeit der jeweils punitivsten Strafrechtsordnung hinausläuft[36]. Oder durch die gouvernemental bestimmte, von polizeilichem Denken dominierte Strafgesetzgebung der EU, die für die Erleichterung der Strafverfolgung in transnationalen Strafverfahren bereits viel getan hat, während der Schutz der Beschuldigtenrechte permanent hinterher hinkt[37]. Im Rahmen des Europarats steht es wegen der richtungweisenden Judikatur des EGMR wesentlich besser, darüber hören wir ja noch das spezielle Referat von Herrn Jähnke. Lassen sie mich deshalb zum Abschluss eine Bemerkung zu den institutionellen Voraussetzungen einer eigenständigen Strafrechtswissenschaft machen, die ihre Inhalte nicht jederzeit geschmeidig nach der Decke der politischen Machthaber streckt. Die in Deutschland in Art. 5 Abs. 3 GG garantierte Freiheit von Forschung und Lehre erfordert auch eine berufliche Unabhängigkeit des Universitätsprofessors, der, um es einmal ganz drastisch zu sagen, vor der Gefahr eines Rausschmisses aus Gründen der politischen Opportunität geschützt sein muss. Ich beobachte auf Grund meiner großen Sympathie für Georgien und der mir ehrenhalber zuerkannten Zugehörigkeit zu den Gelehrten seiner Staatsuniversität die jüngste Entwicklung mit Sorge. Wenn Wissenschaftler, die sich in der deutschen Rechtsdogmatik vorzüglich auskennen und bewährt haben, mit der Begründung mangelnder Eignung von der Staatsuniversität ferngehalten werden, so liegt in dieser Begründung, wenn man sie nicht nur als vorgeschoben werten will, die Ablehnung jener dezidiert rechtsstaatlichen Rechtswissenschaft, die in Deutschland nach den Schrecken der Naziherrschaft aufgebaut worden ist und die

---

[36] Nähere Begründung bei *Schünemann*, ZRP, 2003, 185, 187; *ders.*, ZRP 2003, 472; *ders.*, StraFo 2003, 344, 348; *ders.*, StV 2003, 116, 120.

[37] Eingehend zum Fahrplan über Beschuldigtenrechte (Entschließung des Rats der EU vom 30.11.2009, ABl. EU 2009 C 295/01) *Schünemann*, StRR 2011, 130, 134 f., ausführlichere Fassung abrufbar unter http://www.strafrecht-online.de/thema/von-lissabon-ueber-karlsruhe-nach-stockholm, dort III. 5; früher bereits *ders.*, GA 2002, 501 (515 f.); *ders.*, StV 2003, 116 (121) und *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92.

überhaupt erst die von mir eingangs beschriebene Rolle als intellektuelle Kontrollinstanz der Justiz ermöglicht. Wenn deren institutionelle Voraussetzungen europaweit abgeschafft würden, müsste ich wohl auch eine Entfernung von der Münchener Universität wegen meiner Kritik an der europäischen Strafgesetzgebung befürchten. Eine derartige Abschaffung der Freiheit der Wissenschaft darf man nicht zulassen, und gerade einem auf dem Weg nach Europa befindlichen und durch seine große Geschichte auch dazu prädestinierten Land wie Georgien möchte ich wünschen, diese Freiheit nicht anzutasten, sondern zu bewahren bzw. wiederherzustellen.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann
Universität München

Abstract: „Strafrechtswissenschaft in einemzusammenwachsenden Europa"

Ausgangspunkt des Beitrages ist die These, dass sich alle staatlichen Gewalten der intellektuellen Kontrolle durch die Rechtswissenschaft stellen müssen, die nur kontrolliert, aber nicht selbst herrscht und dadurch die sonst unlösbare Frage beantwortet „quis custodiet ipsos custodientes?". Diese Kontrolle findet im Bereich des Strafrechts durch eine Entfaltung seiner beiden Fundamente statt, nämlich seines Zwecks (ultima ratio zum Rechtsgüterschutz durch Generalprävention) und der sich hierausergebenden System elemente Unrecht und Schuld. Ein aus den normativen Fundamenten entwickeltes Strafrechtssystem ist deshalb zweistufig, während die traditionelle dreistufige Einteilungin Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld, die von ihrem Schöpfer Beling völlig anders verstanden wurde, nur ein epragmatische Prüfungsreihen folgen amentlich für Studenten abbildet. Die Aufgabe und Fähigkeit der Strafrechtswissenschaft als kritische Disziplin zur Verteidigung der Rechtsstaatlichkeit droht allerdings durch die aus einer punitiven, polizeilichen Perspektive herausstattfindende Europäisierung des Strafrechts in der EU verloren zu gehen. Die langjährige Praxis, durch Rahmenbeschlüsse für Regierungsvertreter die nationalen Parlamente zur Strafgesetzgebung zu zwingen und dadurch zu Lakaien von Brüssel zu „degradieren", missachtete die verfassungsrechtlichen Fundamente jeder demokratisch-rechtsstaatlichen Strafgesetzgebung. Das ist vom deutschen Bundesverfassungsgericht in seiner Lissabon-Entscheidung letztlich anerkannt worden, wird in der Standard literatur des deutschen Europastrafrechts aber weiterhin ignoriert, woraussich gerade unter jüngeren Strafrechtslehrern ein kruder Neopositivismus ergibt. Aber weil das Strafrechtden Bürger vom Verbrecher trennt, den freien Menschen von der wie in einem Käfig gehaltenen Kreatur, muss die rechtsstaatlichkritische Aufgabe der Strafrechtswissenschaft auch gegenüber diesen modischen Aufweichungstendenzen verteidigt werden.

პროფ. დოქტორი, ბერნდ შუნემანი
მიუნხენის უნივერსიტეტი

სისხლის სამართლის მეცნიერება ევროპის გაფართოების ფონზე

რეზიუმე

მოხსენების ამოსავალი წერტილია თეზისი, რომლის თანახმად, სახელმწიფო ხელისუფლების ყველა შტო უნდა ექვემდებარებოდეს ინტელექტუალურ კონტროლს იურიდიული მეცნიერების მხრიდან, რომელიც მხოლოდ აკონტროლებს და თავად არ ბატონობს, რითაც პასუხს სცემს ამოუხსნელ კითხვაზე: „quis custodiet ipsos custodientes?“ აღნიშნული კონტროლი ხორციელდება სისხლის სამართალში მისი ორივე ფუნდამენტის მეშვეობით, კერძოდ, მისი მიზნისა (ultima racio-ს გენერალური პრევენციის მეშვეობით სამართლებრივი სიკეთის დასაცავად) და აქედან გამომდინარე, უმართლობისა და ბრალის სისტემური ელემენტების მეშვეობით. ნორმატიული საფუძვლებიდან წარმოშობილი სისხლის სამართლის სისტემა ორსაფეხურიანია, მაშინ როცა, ტრადიციული სამსაფეხურიანი დანაწილებაა – დანაშაულის შემადგენლობა, მართლწინააღმდეგობა და ბრალი, რომელიც სრულიად სხვაგვარად განსაზღვრა მისმა შემქმნელმა ბელინგმა. ეს არის შემოწმების პრაგმატული თანმიმდევრობა სტუდენტებისათვის. სისხლის სამართლის მეცნიერების, როგორც კანონის უზენაესობის დაცვაზე ორიენტირებული კრიტიკული დისციპლინის ამოცანა და ფუნქცია შეიძლება დაიკარგოს ევროკავშირში სისხლის სამართლის ევროპეიზაციის ფონზე განხორციელებული პოლიციური რეფორმების მეშვეობით. არსებობს იძულების მრავალწლიანი პრაქტიკა, მოახდინონ ზეგავლენა ჩარჩო გადაწყვეტილებებით ეროვნულ პარლამენტებზე სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ჰარმონიზაციისა და ამგვარად ბრიუსელიდან „დეგრადირების“ კუთხით, რამაც იგნორირება გაუკეთა ნებისმიერი დემოკრატიული სისხლის სამართლის კანონმდებლობის კონსტიტუციურ-სამართლებრივ საფუძვლებს. აღნიშნული გარემოება აღიარა გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლომ ე.წ. ლისაბონის-გადაწყვეტილებით, იგნორირებულია გერმანიის ევროპული სისხლის სამართლის ლიტერატურაში, რის გამოც სისხლის სამართლის ახალგაზრდა სპეციალისტებს შორის დაისადგურა გარკვეულმა ნოეპოზიტივიზმმა. თუმცა, ვინაიდან სისხლის სამართალი მიჯნავს მოქალაქეს დამნაშავისაგან, თავისუფალ ადამიანს კი გალიაში გამომწყვდეული შემოქმედებისაგან, იურიდიული მეცნიერების კრიტიკული ამოცანები უნდა დავიცვათ ამ თანამედროვე ტენდენციებისაგან.

Verwirklichungsstufen der Straftat

von

Prof. Dr. Bernd Heinrich, Humboldt-Universität zu Berlin

I. Einleitung

Trotz vieler Gemeinsamkeiten, die – insbesondere im Allgemeinen Teil des Strafrechts sowie bei den grundsätzlichen dogmatischen Strukturen – das deutsche und das georgische Strafrecht aufweisen, gibt es doch auch einige bedeutende Unterschiede. Einen solchen Unterschied kann man im Bereich der Verwirklichungsstufen der Straftat feststellen, weshalb dieses Thema hier aufgegriffen werden soll.

Dabei soll nicht in erster Linie ein Strafrechtsvergleich zwischen dem deutschen und dem georgischen Strafrecht vorgenommen, sondern die deutsche Rechtslage dargestellt werden. Diese zeichnet sich – um es vorweg zu nehmen – dadurch aus, dass es in Deutschland – im Gegensatz zum georgischen Strafrecht – kein allgemeines Vorbereitungsdelikt gibt. Vielmehr gilt in Deutschland der Grundsatz, dass die Schwelle zur Strafbarkeit in der Regel erst dann überschritten wird, wenn es zum Versuch einer Straftat kommt. Auch hier existieren selbstverständlich Ausnahmen, auf die an späterer Stelle noch im Einzelnen eingegangen werden wird.

Dennoch hat diese grundsätzliche Erkenntnis der unterschiedlichen Ausgestaltung der Strafnormen entscheidende Folgen, die schon jetzt genannt werden sollen: Wer – wie das georgische Strafrecht – ein allgemeines Vorbereitungsdelikt kennt, der kann sich im Hinblick auf den Zeitpunkt des Versuchsbeginns Zeit lassen. Man kann diesen Versuchsbeginn also problemlos sehr spät ansetzen. Denn der Täter kann, sofern noch kein Versuch angenommen wird, immer noch wegen des allgemeinen Vorbereitungsdeliktes bestraft werden. Kennt man hingegen – wie im deutschen Strafrecht – ein solches allgemeines Vorbereitungsdelikt nicht, würde die Strafbarkeit oftmals zu spät ansetzen, wenn man den Versuchsbeginn sehr weit nach hinten verlagert.

Beispiel: Ein Täter klettert über eine Mauer in einen großen Garten, in dem sich eine Villa befindet. Sein Ziel ist es, in diese Villa einzubrechen und dort Kunstgegenstände zu stehlen. Noch bevor der Täter die Villa erreicht, löst er im Garten die Alarmanlage aus und wird von der Polizei festgenommen. – Fraglich ist, ob das Überklettern der Gartenmauer bereits den Beginn des Versuchs eines Einbruchsdiebstahls darstellt oder dieses Verhalten lediglich als Vorbereitungshandlung anzusehen ist. Will man den Täter hier – abgesehen vom Hausfriedensbruch – wegen des geplanten Einbruchsdiebstahls bestrafen, muss in Deutschland ein Versuchsbeginn bereits mit

Übersteigen der Mauer angenommen werden, weil sonst nur eine – wie gesagt: straflose – Vorbereitungshandlung vorliegt. Kennt man hingegen ein allgemeines Vorbereitungsdelikt, hat man es einfacher: Lehnt man einen Versuch bereits durch das Übersteigen der Mauer ab, kann man den Täter jedenfalls wegen des allgemeinen Vorbereitungsdeliktes bestrafen. Mit Blick auf das georgische Strafrecht lässt sich in dieser Hinsicht allerdings feststellen, dass in Art. 19 des georgischen StGB zwar ein solches allgemeines Vorbereitungsdelikt normiert ist, dies aber nur für bestimmte schwere Delikte eine Strafbarkeit begründet.

Auch beim Blick auf die Rechtspraxis im Bereich der Versuchsdelikte kann an dieser Stelle bereits ein entscheidender Unterschied der beiden Strafrechtsordnungen festgestellt werden, der allerdings als Folge der zuvor beschriebenen Unterschiede anzusehen ist: In Deutschland lässt sich die Tendenz erkennen, das unmittelbare Ansetzen zum Versuchsbeginn – im Gegensatz zum georgischen Strafrecht – sehr früh anzunehmen, da der Täter ansonsten in den meisten Fällen straflos ausgeht. Im georgischen Strafrecht hingegen kann man mit dem Versuch einer Straftat später ansetzen, weil man – zumindest bei den in Art. 19 des georgischen StGB genannten Delikten – stets noch auf das allgemeine Vorbereitungsdelikt zurückgreifen kann.

Im Folgenden soll nun aber nur noch auf die einzelnen Verwirklichungsstufen im deutschen Strafrecht eingegangen werden. Dabei ist als erstes festzustellen, dass jede vorsätzliche Straftat vor ihrem endgültigen Abschluss (= Beendigung) mehrere Stufen der Willens- und Deliktsverwirklichung durchläuft. Diese sind im Hinblick auf ihre strafrechtliche Bedeutung unterschiedlich zu bewerten. In den Tatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches[1] ist regelmäßig die Vollendung des Delikts als Anknüpfungspunkt gewählt. Jedoch gibt es eine Vielzahl von Handlungen, die vor oder nach diesem Zeitpunkt stattfinden, sich aber auf das jeweilige Delikt beziehen und insoweit strafrechtliche Relevanz besitzen. Diese verschiedenen Abläufe einer Straftat – vom ersten Entschluss zur Straftatbegehung bis zur Bergung der Leiche (oder der Beute) – lassen sich wie folgt einordnen:

II. Der Tatentschluss

Die erste Stufe der Straftatverwirklichung ist der bloße, nach außen nicht erkennbare Entschluss des Täters, eine Straftat begehen zu wollen.

Beispiel: Nachdem der Täter von einem Bekannten gehört hat, dass sein Nachbar für zwei Wochen in den Urlaub gefahren ist und er auch aus sicherer Quelle erfahren hat, dass sein Nachbar eine große Menge Geld zu Hause in seinem Safe aufbewahrt, beschließt er, daheim in seinem Wohnzimmer sitzend, am nächsten Freitag in die Wohnung des Nachbarn einzudringen, um das Geld zu entwenden.

[1] Im Folgenden StGB.

Dieser bloße Willensentschluss bleibt als rein innerer Vorgang, der nach außen in keinerlei Weise in Erscheinung tritt, straflos.[2] Der Täter darf nicht für seine bloßen Gedanken bestraft werden. Wäre das anders, dann läge eine reine Gesinnungsbestrafung vor. Eine solche Gesinnungsbestrafung ist dem deutschen Strafrecht jedoch fremd.[3] Hieran kann sich auch nichts ändern, wenn der Täter seine Gedanken in ein Tagebuch aufschreibt. Macht er sich also Notizen über die von ihm geplante Straftat, ist dies in gleicher Weise straflos – zumindest solange, wie er diesen Willen zur Straftatbegehung keiner anderen Person gegenüber äußert bzw. diese zum Mitmachen überreden will.

III. Die Vorbereitungshandlungen

Als zweiter Schritt der Straftatverwirklichung sind bloße Vorbereitungshandlungen anzusehen. Hierunter versteht man, dass der Täter die Deliktsbegehung vorbereitet, ohne dass die Tat im unmittelbaren Anschluss daran verwirklicht werden soll.

Auch hier soll wieder auf das genannte Beispiel zurückgegriffen werden: Der Täter des geplanten Einbruchsdiebstahls macht sich auf den Weg und besorgt einen gebogenen Draht, um die Eingangstür seines Nachbarn zu öffnen. Ferner kauft er beim Eisenwarenhändler eine Eisenstange, mit der er den Safe aufbrechen will. Schließlich ruft er unter falschem Namen bei einem Freund seines Nachbarn an, um herauszufinden, ob der Nachbar tatsächlich in den Urlaub gefahren ist.[4]

Die genannten Handlungen sind bloße Vorbereitungshandlungen, die der eigentlichen Straftatbegehung zeitlich vorausgehen. Sie sind beim Alleintäter regelmäßig nach deutschem Recht straflos. Begründet wird dies damit, dass zu diesem Zeitpunkt noch keine konkrete Rechtsgutsgefährdung vorliegt.[5] Nur in seltenen Ausnahmefällen werden diese Vorbereitungshandlungen durch den Einzeltäter vom deutschen Strafrecht in einem besonderen Tatbestand erfasst. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Gesetzgeber hierfür einen eigenen Vorfeldtatbestand im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches oder in einem strafrechtlichen Nebengesetz geschaffen hat.

Als Beispiele können hier genannt werden: § 80 StGB (Vorbereitung eines An-

---

[2] *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2012, Rn. 702; *Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Baden-Baden 2011, § 31 Rn. 1; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Stuttgart 2011, Rn. 1193; Leipziger Kommentar (LK) zum Strafgesetzbuch-Hillenkamp, 12. Aufl., Berlin 2006 ff., Vor § 22 Rn. 3.

[3] *Rath*, JuS 1998, 1006 (1007).

[4] Weitere Beispiele für Vorbereitungshandlungen bei *Krey/Esser* (Fn. 2), Rn. 1193; vgl. ferner aus der Rechtsprechung BGHSt 28, 162; BGH NStZ 1989, 473; BGH NStZ 1996, 38.

[5] *Kindhäuser* (Fn. 2) § 31 Rn 1; *Krey/Esser* (Fn. 2), Rn. 1193; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2008, § 14 Rn. 3; *Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Baden-Baden 2011, § 20 Rn. 39; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2011, § 11 Rn. 6 ff.

griffskrieges); § 83 StGB (Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens); § 234a Abs. 3 StGB (Vorbereitung einer Verschleppung eines Menschen) und § 149 StGB (Vorbereitung der Fälschung von Geld oder Wertpapieren).

Wer sich also Druckplatten und Spezialpapier besorgt, um später falsches Geld zu drucken, macht sich allein wegen des Anfertigens der Druckplatten oder dem Kauf des Spezialpapiers strafbar, obwohl er noch nicht dazu angesetzt hat, das Falschgeld tatsächlich herzustellen. Beginnt er mit der Herstellung des Falschgeldes, liegt ein Versuch oder eine Vollendung des § 146 StGB – Geldfälschung – vor. Diese wird als Verbrechen mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu fünfzehn Jahren bestraft. Stellt der Täter lediglich die Druckplatten oder das Spezialpapier her und wird dann von der Polizei überführt, noch bevor er mit der Herstellung des Falschgeldes begonnen hat, liegt hierin lediglich eine Vorbereitungshandlung, die nur deswegen bestraft werden kann, weil wir den Straftatbestand des § 149 StGB als bloßen Vorfeldtatbestand haben. Die Strafe für dieses Vorbereitungsdelikt ist im Übrigen viel geringer als für das Vollendungsdelikt: Statt einer Freiheitsstrafe von einem bis zu fünfzehn Jahren bei der vollendeten Geldfälschung kann beim Vorbereitungsdelikt nur eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren verhängt oder der Täter auch nur zur Zahlung einer Geldstrafe verurteilt werden.

Um kriminellen Machenschaften bereits im Vorfeld entgegenzutreten, hat der Gesetzgeber allerdings dann, wenn mehrere Täter gemeinsam die Begehung eines Verbrechens planen, bereits diese Verabredung unter Strafe gestellt.[6] Nach § 30 Abs. 2 StGB ist wegen Verbrechensverabredung strafbar, wer sich – ernsthaft – bereiterklärt, das Erbieten eines anderen annimmt oder mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen. Zwar ist diese Verabredung an sich ebenfalls eine bloße Vorbereitungshandlung, der Gesetzgeber sah sie jedoch als so gefährlich an, dass er sie durch die Sonderregelung des § 30 Abs. 2 StGB – das heißt: einer Regelung im Allgemeinen Teil des Strafrechts – eigenständig unter Strafe stellte.

Es ist jedoch erforderlich, dass es sich bei der geplanten Tat tatsächlich um ein von mehreren Personen geplantes Verbrechen handelt. Ein solches Verbrechen liegt nach § 12 Abs. 1 StGB nur dann vor, wenn in dem jeweiligen Straftatbestand eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr angedroht wird.

Neben der Verbrechensverabredung durch mehrere Personen reicht es nach § 30 Abs. 2 StGB im Übrigen auch aus, wenn der Täter sich einem anderen gegenüber lediglich bereit erklärt, ein Verbrechen als Alleintäter zu begehen. Ausreichend ist ferner, wenn eine Person das „Erbieten eines anderen annimmt", eine Straftat zu begehen. Strafbar ist es daher nach deutschem Recht bereits, wenn jemand einer anderen Person ernsthaft anbietet, eine bestimmte Person gegen Bezahlung umzubringen. Strafbar ist es ferner, wenn die angesprochene Person das Angebot daraufhin annimmt.

---

[6] Vgl. hierzu und zur Entstehung des § 30 Abs. 2 StGB *Kühl*, JuS 1979, 874 (874 f.).

Beide Personen machen sich in diesem Fall nach dem allgemeinen Vorfeldtatbestand des § 30 Abs. 2 StGB strafbar. Dies gilt im Übrigen unabhängig davon, ob es nachher zu dem Versuch der Straftat oder irgendwelchen weiteren Vorbereitungshandlungen kommt. Der Straftatbestand des § 30 StGB ist im Übrigen eine Kuriosität des deutschen Strafrechts, den in dieser Form kaum eine andere Rechtsordnung kennt und der in der deutschen Literatur stark kritisiert wird. Denn die Strafbarkeit wird hierdurch sehr weit ins Vorbereitungsstadium vorverlegt. Entstehungsgrund dieses Tatbestandes war ein politisches Ereignis, welches fast 140 Jahre zurück liegt: Damals hatte ein Arbeiter namens „Duchesne" dem Erzbischof von Paris angeboten, gegen Bezahlung einer hohen Summe Geldes den deutschen Reichskanzler Fürst von Bismarck zu töten. Hintergrund hierfür war eine gewisse kirchenfeindliche Politik des deutschen Reichskanzlers. Obwohl der Erzbischof von Paris dieses „Angebot" ablehnte, war der deutsche Reichskanzler – und insoweit wohl auch das deutsche Parlament – über diesen Vorgang so entsetzt, dass sie allein das Angebot an einen anderen, ein Verbrechen zu begehen, fortan unter Strafe stellten.

IV. Das unmittelbare Ansetzen

Als dritter möglicher Zeitpunkt nach dem rein innerlichen Entschluss des Täters und den bloßen Vorbereitungshandlungen folgt das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung. Dieses unmittelbare Ansetzen stellt in Deutschland die Umschreibung des Versuchsbeginns dar. Wie schon erwähnt, verläuft hier in den meisten Fällen die Schnittstelle zwischen der Straflosigkeit und der Strafbarkeit des Täters, weswegen gerade bei der Bestimmung dieses Zeitpunktes besondere Sorgfalt erforderlich ist. Dabei ist der Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens im Einzelfall sehr schwierig zu bestimmen, wie folgender Fall zeigt:

Beispiel: Der Täter will seinen Nachbarn töten und lädt zu diesem Zweck zu Hause sein Gewehr. Dann begibt er sich in den Vorgarten des Nachbarn, versteckt sich mit dem schussbereiten Gewehr hinter einer Hecke und wartet. Als er den Nachbarn die Straße entlangkommen sieht, legt er sein Gewehr an. Nachdem der Nachbar das Gartentor durchschritten hat, schießt der Täter, sein Schuss verfehlt jedoch knapp das Ziel.

In diesem Fall hat der Täter (spätestens durch den Schuss) unstreitig unmittelbar angesetzt und ist daher wegen eines versuchten Totschlags bzw. wegen eines versuchten Mordes zu bestrafen. Fraglich ist jedoch, ob das unmittelbare Ansetzen nicht bereits früher stattfand, möglicherweise bereits a) als der Täter zu Hause das Gewehr lud, b) als er den Garten des Nachbarn betrat, c) als er sich im Garten des Nachbarn auf die Lauer legte, d) als er den Nachbarn das erste Mal in weiter Entfernung sah, e) als der Nachbar sich bis auf Schussweite genähert hatte, f) als der Täter sein Gewehr

anlegte, g) als der Täter seinen Finger an den Abzug legte oder h) als der Täter damit begann, den Finger am Abzug zu bewegen.[7]

Diese Frage hat durchaus eine weitergehende Bedeutung. Man denke nur an den Fall, dass der Täter bei seiner Tat von der Ehefrau des Nachbarn beobachtet wird. Wenn diese ahnt, was der Täter vorhat und dem Täter einen schweren Stein an den Kopf wirft, sodass dieser bewusstlos wird und die Tat nicht weiter durchführen kann, ist es fraglich, ob dieses Verhalten von den Voraussetzungen der Nothilfe, § 32 StGB, gedeckt wird. So gibt es manche, die das Vorliegen des für die Zulässigkeit der Notwehr und der Nothilfe nach § 32 StGB erforderlichen „gegenwärtigen Angriffs" erst dann annehmen, wenn der Täter unmittelbar zur Tat angesetzt hat, also die Schwelle zum strafbaren Versuch überschritten hat.

An sich sollte die Ehefrau, die hier den Stein wirft, möglichst schnell eingreifen können. Sie sollte nicht erst warten müssen, bis der Täter das Gewehr angelegt hat, weil sie den Schuss sonst möglicherweise nicht mehr durch ihren Steinwurf verhindern kann. Man stelle sich nun beispielsweise vor, die Frau wirft den Stein, noch bevor das Opfer den Garten betritt. Setzt man nun das unmittelbare Ansetzen zu spät an, zum Beispiel erst zum Zeitpunkt des Schusses des Täters, wäre der Täter in diesem Fall straflos. Denn er wurde bereits vor dem Versuchsbeginn von dem Stein der Nachbarin getroffen. In diesem Vorbereitungsstadium vor dem Versuchsstadium liegt aber – wie gerade gezeigt – auf der Grundlage des deutschen Strafrechts noch keine Strafbarkeit vor. Das Warten im Garten, selbst mit einer geladenen Waffe, wäre dann als reine Vorbereitungshandlungen straflos. Zudem könnte sich die Ehefrau bei ihrem Steinwurf möglicherweise noch nicht einmal auf Nothilfe, § 32 StGB, berufen, da der Angriff des Täters zu diesem Zeitpunkt noch nicht gegenwärtig war.

Andererseits bekommt man aber auch Probleme, wenn man das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes zu früh ansetzt, zum Beispiel bereits dann, wenn der Täter den Garten betritt. Wäre der Steinwurf der Ehefrau bereits zu diesem Zeitpunkt zulässig, so könnte der Täter argumentieren, eine Rechtsgutsgefährdung hätte zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorgelegen. Er könnte weiter argumentieren, dass er es sich beim Anblick des Nachbarn ja vielleicht auch noch anders hätte überlegen können: Möglicherweise hätte er ja auf den tödlichen Schuss verzichtet. Nimmt man hier aber bereits einen Versuchsbeginns in einem sehr frühen Stadium an, läge im vorliegenden Fall eine Strafbarkeit bereits mit Betreten des Gartens vor, da ein Rücktritt vom Versuch mangels freiwilliger Tataufgabe nicht mehr möglich ist. Denn der Täter wurde ja kurz nach dem Betreten des Gartens von dem Stein getroffen, sodass eine Freiwilligkeit ausscheidet.

---

[7] Hierzu auch den vergleichbaren „Annäherungsfall" bei *Hohmann*, JURA 1993, 321; ferner die Übungsfälle bei *Gropengießer/Kohler*, JURA 2003, 277 (279); *Langer*, JURA 2003, 135 (136); *Safferling*, JA 2007, 183 (186); *Wolter*, JA 2008, 605 (607f.).

Als nächster strafrechtlich relevanter Zeitpunkt ist die Vollendung des jeweiligen Delikts zu nennen.[8] Unter einer Vollendung der Tat versteht man denjenigen Zeitpunkt, in dem der gesetzliche Tatbestand formell verwirklicht wird.

Auch hierfür ein soll ein klassisches Beispiel angeführt werden, welches in Deutschland seit langem diskutiert wird:[9] Der Täter lässt in einem Einkaufsladen eine Dose Wurst in seiner Manteltasche verschwinden, wobei er vorhat, diese an der Kasse nicht zu bezahlen. Dabei wird er vom Ladeninhaber beobachtet. – Der Diebstahl, § 242 StGB, verlangt tatbestandlich die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in Zueignungsabsicht. Eine Wegnahme liegt dann vor, wenn fremder Gewahrsam gebrochen und neuer Gewahrsam begründet wird. Dies ist nach herrschender Meinung bei einem Diebstahl in einem Einkaufsladen bereits dann der Fall, wenn der Täter kleinere Sachen (z.B. die Wurstdose) aus dem Regal nimmt und in seiner Manteltasche verschwinden lässt. Im genannten Fall ist daher bereits beim Einstecken der Wurstdose in die Manteltasche der Diebstahl vollendet, weil der Täter sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht hat. Dies gilt auch dann, wenn er bei seiner Handlung beobachtet wurde und daher keine Chance hatte, mit der Beute zu entkommen.[10] Denn ein solches „Sichern der Beute" verlangt der Tatbestand des § 242 StGB gerade nicht.

Wesentlich ist diese Abgrenzung von Versuch und Vollendung eines Delikts nun in mehrerlei Hinsicht: Einerseits ist die Beantwortung dieser Frage entscheidend dafür, wie der Täter bestraft wird. Denn das deutsche Strafrecht sieht in § 23 Abs. 2 StGB die Möglichkeit einer Strafmilderung beim Versuchsdelikt vor: Der Richter kann also einen geringeren Strafrahmen wählen als beim Vollendungsdelikt. Manchmal entscheidet sich allerdings bei der Abgrenzung zwischen Versuch und Vollendung auch die Frage der Strafbarkeit oder Straflosigkeit des Verhaltens an sich. Dies ist erstens dann der Fall, wenn der Versuch eines Delikts nicht strafbar ist. Denn jedenfalls bei Vergehen, das heißt: bei weniger schwer wiegenden Straftaten, § 12 Abs. 2 StGB, ist der Versuch nicht stets strafbar, sondern nur dann, wenn das Gesetz eine Versuchsstrafbarkeit ausdrücklich vorsieht. Dies ist aber nicht bei allen Straftatbeständen der Fall. So kennen zum Beispiel der Hausfriedensbruch, § 123 StGB, die Untreue, § 266 StGB, die Vorteilsannahme durch einen Amtsträger, § 331 StGB, und die Beleidigung, § 185 StGB keine Versuchsstrafbarkeit.

Entscheidend wird die Abgrenzung von Versuch und Vollendung aber auch dann,

---

[8] Vgl. hierzu *Heinrich* (Fn. 2), Rn. 707; *Kühl*, JuS 1982, 110.

[9] Vgl. hierzu auch den Übungsfall bei *Bergmann*, JA 2008, 504.

[10] *Arzt/Weber-Heinrich*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Bielefeld 2009, § 13 Rn. 58; *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, Stuttgart 2009, Rn. 50; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 13. Aufl., München 2011, § 2 Rn. 25, 32.

wenn der Täter später das Geschehen wieder rückgängig macht, bevor die Rechtsgutsverletzung endgültig eingetreten ist. Denn ein Rücktritt vom Versuch ist nach § 24 StGB nur beim Versuch, nicht jedoch beim Vollendungsdelikt möglich. Bezogen auf das vorige Beispiel bedeutet das: Wenn den Täter, der die Wurstdose im Einkaufsladen in seine Manteltasche gesteckt hat, auf dem Weg zur Kasse die Reue überkommt und er die Wurstdose wieder aus seiner Tasche nimmt und sie freiwillig ins Regal zurückstellt, muss man sich fragen, ob er sich dennoch strafbar gemacht hat. An sich läge hierin ein klassischer Rücktritt vom Versuch – aber eben nur, sofern zu diesem Zeitpunkt überhaupt noch ein Versuch vorliegt. Nimmt man dagegen an, dass die Wegnahme und somit der Diebstahl bereits vollendet war, dann wäre ein Rücktritt nicht mehr möglich. Das Zurückstellen der Wurstdose würde dem Täter im Hinblick auf eine mögliche Strafbefreiung nichts mehr „bringen" (und könnte lediglich bei der Strafzumessung berücksichtigt werden). Er hätte sich trotz seines freiwilligen Zurückstellens der Wurstdose strafbar gemacht.

In diesem Zusammenhang soll allerdings kurz darauf hingewiesen werden, dass es in Ausnahmefällen auch beim Vollendungsdelikt noch die Möglichkeit gibt, strafbefreiend von der Tat „zurückzutreten". Man nennt dieses Verhalten rechtstechnisch jedoch nicht mehr Rücktritt, sondern tätige Reue. Eine solche tätige Reue ist nur dann möglich, wenn sie in Bezug auf ein bestimmtes Delikt ausdrücklich im Gesetz angeordnet ist. Während der Rücktritt vom Versuch nach § 24 StGB als Regelung des Allgemeinen Teils für alle Straftaten gilt, bedarf es für die tätige Reue also einer jeweiligen gesonderten Bestimmung. Zumeist ist dies bei Delikten der Fall, die als Vorfeldtatbestände nicht erst die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts, sondern bereits dessen Gefährdung unter Strafe stellen (das heißt also bei abstrakten oder konkreten Gefährdungsdelikten). Verhindert der Täter trotz ursprünglicher Gefährdung am Ende den Eintritt des an sich ja zur Tatbestandserfüllung gar nicht mehr notwendigen Erfolges, sieht der Gesetzgeber an manchen Stellen eine (fakultative oder obligatorische) Strafmilderung oder gar ein Absehen von Strafe im Wege der tätigen Reue vor.

Beispiel: Der Täter will das Wohnhaus seines Nachbarn in Brand stecken. Er schleicht sich nachts in dessen Keller, zündet einen mitgebrachten und mit Benzin getränkten Lappen an und wirft diesen auf eine hölzerne Kiste, die sofort Feuer fängt. Daraufhin verlässt er das Haus. Wenig später bekommt er jedoch Gewissensbisse. Als er zurückkehrt, brennen bereits die Kiste sowie die hölzernen Türrahmen des Kellers. Dies reicht (im Hinblick auf die hölzernen Türrahmen) zur Erfüllung des Tatbestandes der schweren Brandstiftung nach § 306a StGB bereits aus.[11] Mit einem mitgebrachten Feuerlöscher löscht der Täter nun den Brand, sodass kein weiterer Schaden entsteht. – Hier konnte der Täter nicht vom Versuch der schweren Brandstiftung nach

[11] *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, Stuttgart 2008, Rn. 727.

§ 306a StGB zurücktreten, da die schwere Brandstiftung bereits zu dem Zeitpunkt vollendet war, als die hölzernen Türrahmen brannten. Ein Rücktritt vom vollendeten Delikt ist aber nicht möglich. In diesem Fall ist aber die Vorschrift des § 306e StGB über die tätige Reue anwendbar. Der Richter kann hiernach von der Bestrafung wegen des Brandstiftungsdelikts absehen, wenn der Täter den Brand freiwillig löscht, bevor ein erheblicher Schaden entstanden ist. Diese tätige Reue erfasst allerdings nur das Brandstiftungsdelikt des § 306a StGB, nicht aber die begangene Sachbeschädigung an der Holztruhe und an den hölzernen Türrahmen nach § 303 StGB. Dies ergibt sich daraus, dass im Hinblick auf § 303 StGB eine tätige Reue gesetzlich nicht vorgesehen ist.

VI. Beendigung

Letzter relevanter Zeitpunkt ist schließlich die Beendigung des jeweiligen Delikts.[12] Unter der Beendigung der Tat versteht man denjenigen Zeitpunkt, zu dem die Rechtsgutsverletzung materiell abgeschlossen ist, zu dem also, bildlich gesprochen, „die Beute gesichert" oder die „Leiche entsorgt" ist.[13] Diese materielle Beendigung folgt oftmals zeitlich der rein formellen Vollendung der Tat nach[14] und ist bei den verschiedenen Delikten unterschiedlich zu beurteilen.[15] Probleme ergeben sich insbesondere bei den Zustandsdelikten.

Beispiel: Im Beispielsfall des Diebstahls der Wurstdose im Einkaufsladen war das Delikt bereits durch das Einstecken der Wurstdose beendet, weil hierdurch eine Vollendung des Gewahrsamsbruchs und daher der Wegnahme stattfand. Dadurch ist nun aber noch nichts darüber gesagt, ob der Täter die gestohlene Ware auch sicher nach Hause bringen und dort verzehren kann. Denn der Diebstahl kann immer noch an der Kasse entdeckt werden. Auch ist ein Ergreifen des Täters durch den ihn beobachtenden Ladeninhaber noch nach dem Verlassen des Gebäudes möglich, sodass bis zur Beendigung der Tat durchaus einige Zeit vergehen kann.

---

[12] Vgl. hierzu *Heinrich* (Fn. 2), Rn. 713 ff.; *Kühl*, JuS 1982, 110 (113f.), 189.

[13] Vgl. zu diesem Zeitpunkt BGHSt 27, 342 sowie den Übungsfall bei *Mitsch*, JA 1997, 655 (657f.).

[14] Vgl. hierzu *Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin u.a. 2009, § 8 Rn. 27; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1995, § 49 III 3; *Schönke/Schröder-Eser*, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., München 2011, Vorbem. § 22 Rn. 4; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 41. Aufl., Heidelberg 2011, Rn. 592; kritisch zur verfassungsrechtlichen Legitimation des gesetzlich nicht fixierten Beendigungszeitpunktes *Gropp*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin u.a. 2005, § 9 Rn. 9a; *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin, New York 1991, 25/12; *Kühl* (Fn. 5), § 14 Rn. 21 ff.; Nomos Kommentar (NK) zum Strafgesetzbuch-Zaczyk, 3. Auflage, München 2010, § 22 Rn. 6; mit deutlich restriktiver Tendenz auch *Kühl*, JuS 1982, 189 (190).

[15] *Wessels/Beulke* (Fn. 14), Rn. 592; vgl. auch *Krey/Esser*, (Fn. 2), Rn. 1197 f.; *Küper*, JuS 1986, 862 (868 f.).

Für den Diebstahl, § 242 StGB, oder den Raub, § 249 StGB, ist als Beendigungszeitpunkt spätestens die Sicherung der Beute anzusehen.[16] Für die Deliktsverwirklichung selbst spielt die Beendigung allerdings keine wesentliche Rolle mehr, eine Strafbarkeit ist ja bereits in vollem Umfang begründet, wenn die Tat vollendet ist. Eine besondere „Beendigung" ist im gesetzlichen Tatbestand nicht vorgesehen. Dennoch kann der Zeitpunkt der Beendigung eine gewisse Relevanz besitzen. So wird jedenfalls in der deutschen Rechtsprechung von der Möglichkeit ausgegangen, dass qualifizierende Umstände, die zwischen Vollendung und Beendigung eintreten, die bereits vollendete Tat noch zu einer qualifizierten Tat machen könnten.[17]

Beispiel: Der Täter begeht einen Raub, § 249 StGB, indem er auf der Straße eine Frau niederschlägt und deren Handtasche entwendet. Danach flieht er, da ihn einige Leute verfolgen. Er eilt zu seinem Auto, in dem sich eine Pistole befindet. Diese nimmt er zur Sicherheit aus der Ablage und legt sie neben sich auf den Beifahrersitz. Danach fährt er davon und kann fliehen, ohne die Waffe einzusetzen. – Hier ist fraglich, ob der Täter neben dem einfachen Raub, § 249 StGB, auch einen schweren Raub nach § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB begangen hat, weil er während des Raubes eine Waffe bei sich führte (sogenannter schwerer Raub mit Waffen). Dies wird zumindest von der deutschen Rechtsprechung angenommen, jedenfalls solange, bis die Tat durch die Bergung der Beute, das heißt durch die gelungene Flucht, beendet ist.

Diese Ansicht wird allerdings in der deutschen Literatur zum großen Teil abgelehnt.[18] Begründet wird diese Ablehnung damit, dass die Ansicht der Rechtsprechung zu einer Ausweitung der Tatbestandsphase über die eigentliche Tathandlung (hier: die Wegnahme) hinaus führen würde. Dies aber widerspreche dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 der deutschen Verfassung. Anderseits führt diese Ansicht zu einer Überschneidung mit (oft restriktiver ausgestalteten) Tatbeständen, die der Gesetzgeber für ein bestimmtes Verhalten nach der Tat vorgesehen hat. So kennt man im deutschen Strafrecht den Tatbestand des § 252 StGB, den räuberischen Diebstahl. Hiernach ist ein Täter eines Diebstahls strafbar, der auf der Flucht Gewalt gegen andere Personen einsetzt. Voraussetzung ist allerdings, dass er dies nicht nur tut, um zu fliehen, sondern auch und gerade deswegen, um die Beute zu sichern. Diese Voraussetzungen würden aber umgangen, wenn man den Tatbestand des Raubes oder des schweren Raubes auch auf Fälle ausweitet, in denen der Täter eben in dieser

---

[16] Vgl. BGHSt 4, 132 (133); BGHSt 20, 194 (196); BGHSt 28, 224 (229); BGH NStZ 2001, 88 (89); *Wessels/Beulke* (Fn. 14), Rn. 593; kritisch hierzu *Kühl*, JuS 1982, 189 (190).

[17] BGHSt 20, 194 (197); BGHSt 22, 227 (228 f.); BGH NStZ 1998, 354; *Wessels/Beulke* (Fn. 14), Rn. 591; vgl. auch BGHSt 38, 295; BGH NStZ 2001, 371 (zu § 251 StGB).

[18] So auch *Heinrich* (Fn. 2), Rn. 715; *Krey/Esser* (Fn. 2), Rn. 1197 f.; *Kühl*, JuS 1982, 189 (191f.); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., München 2011, § 244 Rn. 2; NK-Zaczyk (Fn. 14), § 22 Rn. 6; *Rengier* (Fn. 10), § 4 Rn. 48 f.; *Schünemann*, JA 1980, 393 (394); vgl. hierzu auch *Geppert*, JURA 1992, 496.

Nachtatphase auf der Flucht eine Waffe verwendet, allein um sich die Flucht zu ermöglichen (das heißt nicht mehr handelt, um sich die Beute zu sichern).

Der Zeitpunkt der Beendigung einer Straftat ist aber auch für weitere Beteiligte relevant, die erst in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung hinzutreten. Man nennt diese Rechtsfigur sukzessive Beteiligung.

Beispiel: Der Täter schlägt auf der Straße einen Fußgänger bewusstlos, um ihn auszurauben. Nachdem der Fußgänger auf dem Boden liegt, kommt ein Freund des Täters hinzu. Beide durchsuchen nun gemeinsam das bewusstlose Opfer und entwenden Geld. Hier ist fraglich, ob dem hinzukommenden Freund die bereits abgeschlossene Gewaltanwendung im Rahmen des Raubes noch zuzurechnen ist.

In diesen Fällen muss auch oft abgegrenzt werden, inwieweit zwischen der Vollendung der Tat und der Beendigung noch eine (sukzessive) Beihilfe nach § 27 StGB möglich ist. Andererseits wäre nämlich auch daran zu denken, dass hier der spezielle Straftatbestand der Begünstigung nach § 257 des deutschen Strafgesetzbuches vorliegt, der jedoch erst „nach der Tat" eingreifen kann.[19]

Beispiel: Der Täter hat einen Einbruchsdiebstahl begangen und ist auf der Flucht. Der Wohnungseigentümer verfolgt ihn. Auf der Flucht trifft der Einbrecher zufällig einen Freund, der die Lage sofort durchschaut. Der Freund stellt dem Verfolger ein Bein, sodass dieser stolpert und die Verfolgung abbrechen muss. Danach lässt der Freund den Einbrecher mitsamt der Beute in sein Auto einsteigen und fährt davon. Dadurch kann der Einbrecher die Beute sichern.

Nach der Rechtsprechung sollen hier, je nach dem Willen des Freundes sowohl eine Beihilfe zu Diebstahl (wenn der Freund den Diebstahl unterstützen wollte) als auch eine Begünstigung (wenn er die Vorteile der begangenen Tat sichern wollte) möglich sein. Vor Vollendung der Tat (d.h. hier: vor dem Gewahrsamsbruch) ist hingegen ausschließlich eine Beihilfe zum Diebstahl denkbar. Nach Beendigung der Tat (das heißt nach Sicherung der Beute) soll dagegen nur noch eine Begünstigung nach § 257 StGB möglich sein.[20] Die überwiegende Literatur sieht dies hingegen anders und lässt eine Beihilfe zum Diebstahl nur so lange zu, bis die Tat vollendet ist. Nach der Vollendung soll lediglich eine Begünstigung möglich sein. Diese Lösung hat den Vorteil, dass man zu einer klaren Abgrenzung der Rechtsfiguren Beihilfe und Begünstigung kommt. Der Zeitpunkt der Beendigung ist nach dieser Ansicht also ohne weitere Bedeutung.

Hinzuweisen ist schließlich noch darauf, dass eine Differenzierung von Vollendung und Beendigung insbesondere bei Dauerdelikten problemlos vorgenommen werden kann. So ist die Freiheitsberaubung, § 239 StGB, bereits zum Zeitpunkt des Einsperrens des Opfers vollendet. Beendet ist sie aber erst dann, wenn der Täter das

---

[19] Vgl. hierzu *Kühl*, JuS 1982, 189.
[20] BGH NStZ 2008, 152.

Opfer wieder frei lässt.[21] Dass dieser Zeitraum auch rechtlich relevant werden kann, zeigt sich am Qualifikationstatbestand des § 239 Abs. 3 Nr. 1 StGB. Dieser sieht eine erhöhte Strafe in denjenigen Fällen vor, in denen die Freiheitsberaubung mehr als eine Woche dauert. Insoweit können bei den Dauerdelikten also zwischen der Vollendung und der Beendigung der Tat unproblematisch noch Qualifikationsmerkmale erfüllt werden. Auch ist eine sukzessive Beteiligung Dritter (als Mittäter oder Gehilfe) in diesem Zeitraum problemlos möglich.[22] Dies ist aber – wie gesagt – nur bei Dauerdelikten unproblematisch, nach deutschem Strafrecht jedoch bei Zustandsdelikten heiß umstritten.

Somit kommt nach Ansicht der Literatur – im Gegensatz zur Rechtsprechung – dem Zeitpunkt der Beendigung zumindest bei Zustandsdelikten keine entscheidende Bedeutung zu. Einzige Ausnahme hierzu ist allerdings die Verjährung, bei der der Gesetzgeber dem Beendigungszeitpunkt ausdrücklich eine Funktion zuerkennt: Nach § 78a StGB beginnt die Verjährung sobald die Tat beendet ist.[23] Das Gesetz stellt hier also ausdrücklich nicht auf die Vollendung, sondern auf die Beendigung der Tat ab.

VII. Exkurs: Unternehmensdelikte

An dieser Stelle soll nun noch kurz auf eine Besonderheit des deutschen Strafrechts hingewiesen werden und zwar auf die so genannten Unternehmensdelikte.[24] In manchen Fällen hat der Gesetzgeber nämlich ausdrücklich angeordnet, dass Versuch und Vollendung einer Tat gleich zu behandeln sind. Dies hat zur Folge, dass der Täter ein Delikt bereits in vollem Umfang verwirklicht, wenn er (lediglich) ins Versuchsstadium eintritt. Der Täter ist also bei diesen Delikten bereits dann wegen Vollendung zu bestrafen, wenn nach allgemeinen Regeln nur ein Versuch vorliegt.

Diese Unternehmensdelikte kann man daran erkennen, dass der Gesetzgeber den Wortlaut verwendet: „Wer es unternimmt [eine bestimmte Tat zu begehen]". Als Beispiel ist die Vorschrift über den Hochverrat in § 81 StGB zu nennen. Es handelt sich hier jedoch um relativ wenige Delikte. Was der Terminus „unternimmt" bedeutet, ergibt sich aus § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB. Dort wird klar gestellt, dass unter dem „Unternehmen einer Tat" sowohl deren Versuch als auch deren Vollendung zu verstehen ist. Somit begeht bereits derjenige einen vollendeten Hochverrat nach § 81 StGB, der Handlungen vornimmt, die ansonsten lediglich als Versuch zu werten wären.[25]

---

[21] BGHSt 20, 227 (228).

[22] *rey/Esser* (Fn. 2), Rn. 1197.

[23] Zu entsprechenden Fällen BGHSt 27, 342; BGH NStZ 2001, 650; hierzu auch *Kühl*, JuS 1982, 189 (193).

[24] Vgl. hierzu *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München, 2009, 23. Kap. Rn. 10 ff.; *Rath*, JuS 1999, 32 (34 f.).

[25] Vgl. hierzu *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003, § 26 Rn. 7.

Diese Gleichstellung von Versuch und Vollendung bei den Unternehmensdelikten hat zur Folge, dass weder die fakultative Strafmilderung bei Versuch nach § 23 Abs. 2 StGB greift noch ein Rücktritt nach § 24 StGB möglich ist.[26] Allerdings sieht der Gesetzgeber bei den Unternehmensdelikten häufig die Möglichkeit einer tätigen Reue vor, das heißt – wie gesehen – die Möglichkeit des Rücktritts vom vollendeten Delikt.

VIII. Gleichzeitige Verwirklichung mehrerer Stufen

Die Erörterung der verschiedenen Verwirklichungsstufen eines Deliktes soll mit einem abschließenden Hinweis enden: Die genannten fünf Stufen der Deliktsverwirklichung können zwar stets gedanklich unterschieden werden, sie sind allerdings nicht bei jedem Delikt und bei jeder Tat sauber voneinander zu trennen. So fallen insbesondere bei Straftaten gegen das Leben oder die körperliche Unversehrtheit Vollendung und Beendigung oft zusammen.

Beispiel: In einer Kneipe grinst der Gast A den Gast B dumm an. Kurz entschlossen schlägt der Gast B daraufhin seine Faust in das Gesicht des immer noch dumm grinsenden A. – In Sekundenbruchteilen hat B hier sämtliche fünf Stufen der Deliktsverwirklichung durchlaufen (Entschluss, Vorbereitung, Versuch, Vollendung, Beendigung). Die verschiedenen Stufen können in diesem Fall nicht sauber voneinander getrennt werden. Dies ist allerdings – im Hinblick auf die Strafbarkeit wegen vollendeter Körperverletzung nach § 223 StGB – auch nicht erforderlich.

Diese Erkenntnis ändert jedoch nichts daran, dass sich die fünf Prüfungsstufen gedanklich isolieren lassen und in manchen Fällen zur Beurteilung auch isoliert werden müssen.

IX. Ausblick

Am Ende dieser Ausführungen soll aber noch auf einen weiteren Punkt hingewiesen werden, der zwar nicht unmittelbar etwas mit den Verwirklichungsstufen im Strafrecht zu tun hat, der aber im Hinblick auf die Frage der Vorverlagerung der Strafbarkeit ebenfalls eine entscheidende Rolle spielt. Die vorherigen Überlegungen sowie die Darstellung der Verwirklichungsstufen der Straftat hatten als Standardmodell das vorsätzlich begangene Erfolgsdelikt im Blick. Da der Versuch – ebenso wie die Vorbereitung – einer Straftat jedenfalls ein vorsätzliches Verhalten voraussetzt, sind fahrlässige Taten von dieser Problematik ausgeklammert. Was das Vorsatzdelikt angeht, so macht es aber einen großen Unterschied, ob ein vorsätzliches Erfolgsdelikt im Sinne eines Verletzungsdeliktes untersucht wird oder ob man es mit einem ab-

[26] *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 58. Aufl., München 2011, § 11 Rn. 28a f.; *Frister* (Fn. 24), 23. Kap. Rn. 10; *Jescheck/Weigend* (Fn. 14), § 49 VIII 2; *Schönke/Schröder-Eser/Hecker* (Fn. 14), § 11 Rn. 45 ff.

strakten Gefährdungsdelikt zu tun hat. Denn bei den abstrakten Gefährdungsdelikten wird das strafbare Verhalten bereits so weit vorgelagert, dass eine Verletzung oder konkrete Gefährdung eines bestimmten Objektes nicht erforderlich ist.

Beispiel: Ein Betrunkener fährt Auto, wobei es ihm gleichgültig ist, ob er dadurch einen Menschen gefährdet oder tötet. Sein einziges Ziel ist es, schnell nach Hause zu kommen. Dies gelingt ihm auch, weil er während der ganzen Fahrt keinen Menschen trifft. – Gäbe es in diesem Fall nur das Erfolgsdelikt des Totschlages, könnte der Täter nicht wegen eines vollendeten Delikts bestraft werden, weil kein Mensch zu Tode gekommen ist. Aber auch eine Strafbarkeit wegen Versuchs wäre hier äußerst fraglich, denn es ist unsicher, ob der Täter allein durch das Fahren mit dem Auto zum Versuch einer Tötung unmittelbar angesetzt hat, da er während der Fahrt keinen Menschen getroffen hat. Auch wäre es in diesem Fall für den Täter möglich, vom Versuch zurückzutreten, wenn er zum Beispiel sein Auto freiwillig anhält, sobald er einen Menschen sieht, aussteigt und zu Fuß nach Hause läuft. Wegen des Erfolgsdeliktes „Totschlag" könnte er also hier nicht bestraft werden, weil er entweder noch gar nicht ins Versuchsstadium gelangt ist oder aber vom Versuch zurückgetreten ist.

Nun kennt das deutsche Strafrecht aber mit § 316 StGB ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Hiernach wird ein Täter allein deswegen bestraft, weil er betrunken Auto fährt. Eine Gefährdung eines Menschen ist nicht erforderlich. Somit wird deutlich: Durch die Tatsache, dass der Gesetzgeber hier infolge der hohen Gefährlichkeit des Verhaltens des Täters ein abstraktes Gefährdungsdelikt geschaffen hat, hat er die Strafbarkeit in diesen Fällen sehr weit nach vorne verlagert. Die gerade beim vorsätzlich begangenen Erfolgsdelikt entwickelten verschiedenen Verwirklichungsstufen gelten im Bereich der abstrakten Gefährdungsdelikte also nicht.

Außerdem kann man hierdurch auch Taten bestrafen, die sonst nur als versuchte Fahrlässigkeitsdelikte anzusehen und daher straflos wären: Wenn der Täter betrunken Auto fährt und dabei einen Menschen tötet, ohne es zu wollen, ist er wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB, strafbar. Kommt es nicht zur Tötung eines Menschen, läge strukturell ein versuchtes Fahrlässigkeitsdelikt vor, welches straflos ist.[27] Durch die Schaffung eines abstrakten Gefährdungsdeliktes „Trunkenheit im Verkehr" in § 316 StGB kann aber auch dieses Verhalten strafrechtlich erfasst werden.

[27] Vgl. nur *Beck*, JA 2009, 111 (113); *Kretschmer*, JURA 2000, 267 (268); *Wessels/Beulke* (Fn. 14), Rn. 659.

Prof. Dr. Bernd Heinrich
Humboldt-Universität zu Berlin

Abstract: Verwirklichungsstufen der Straftat

Das deutsche Strafrecht kennt mehrere Verwirklichungsstufen einer Straftat, vom Tatentschluss bis zur späteren Beendigung der Tat, an die sich unterschiedliche strafrechtliche Konsequenzen knüpfen. Dabei ist der Tatentschluss, als rein innerlicher Vorgang, stets straflos. Auch bloße Vorbereitungshandlungen sind in der Regel straflos. Eine Ausnahme besteht lediglich dann, wenn ihre Strafbarkeit im Gesetz ausdrücklich angeordnet wird, wie z.B. die Verbrechensverabredung, § 30 StGB oder die Vorbereitung der Fälschung von Geld oder Wertpapieren, § 149 StGB. Im Gegensatz zum georgischen Strafrecht kennt das deutsche Strafrecht also kein allgemeines Vorbereitungsdelikt. Die Strafbarkeit beginnt in der Regel dann, wenn der Täter nach § 22 StGB unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt, also mit dem Beginn des Versuchs. Dieser ist bei Verbrechen stets, bei Vergehen hingegen nur dann strafbar, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht, was jedoch inzwischen überwiegend der Fall ist. Hat der Täter hingegen alle zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Merkmale erfüllt, liegt eine Vollendung der Straftat vor. Ab diesem Zeitpunkt kann der Täter nicht mehr (vom Versuch) zurücktreten, außer das Gesetz sieht ausdrücklich die Möglichkeit einer tätigen Reue vor. Als letztes Stadium wird teilweise noch der Beendigung der Tat eine eigenständige Bedeutung zugemessen. Zwar ist die „volle" Strafbarkeit bereits mit der Vollendung der Tat erreicht, die Verjährung beginnt aber nach § 78a StGB erst ab der Beendigung der Tat, was insbesondere bei Dauerdelikten eine Rolle spielen kann. Am Ende des Beitrags wird noch dargestellt, dass durch die Schaffung abstrakter Gefährdungsdelikte dieses Schema der unterschiedlichen Verwirklichungsstufen vielfach unterlaufen wird.

პროფ. დოქტორი, ბერნდ ჰაინრიხი
ბერლინის ჰუმბოლტის უნივერსიტეტი

დანაშაულის განხორციელების სტადიები

რეზიუმე

გერმანული სისხლის სამართალი განასხვავებს დანაშაულის ჩადენის სტადიებს, ქმედების განხორციელებაზე გადაწყვეტილების მიღებიდან დანაშაულის დასრულებამდე, რომელსაც უკავშირდება სხვადასხვა სისხლისსამართლებრივი შედეგი. ქმედების განხორციელებაზე გადაწყვეტილების მიღება, როგორც ერთგვარი შიდა განწყობა, ყოველთვის არადასჯადია. არადასჯადია აგრეთვე, როგორც წესი, მოსამზადებელი მოქმედებებიც. გამონაკლისი დაიშვება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ დასჯადობა მკაფიოდაა კანონში გაწერილი, ასე მაგალითად, შეთანხმება დანაშაულის ჩასადენად (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 30-ე პარაგრაფი) და ფულისა და ფასიანი ქაღალდების გაყალბების მომზადება (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 149-ე პარაგრაფი). ქართული სისხლის სამართლისაგან განსხვავებით, გერმანული სისხლის სამართლისათვის უცხოა მომზადების ზოგადი დელიქტი. დასჯადობა იწყება, როგორც წესი, იქ, სადაც დამნაშავე უშუალოდ ახორციელებს დანაშაულის შემადგენლობას, ანუ მცდელობის დაწყებით. დანაშაულის მცდელობა ყოველთვის დასჯადია, ხოლო გადაცდომებისას – მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც კანონი ცალსახად ითვალისწინებს ამას (სულ უფრო ხშირია სწორედ ასეთი სახის მოწესრიგება). თუ დამნაშავემ შეასრულა კანონისმიერი დანაშაულის შემადგენლობის ყველა ნიშანი, მაშინ სახეზეა დამთავრებული დანაშაული. ამის შემდგომ დამნაშავე ვეღარ იტყვის უარს (მცდელობაზე) დანაშაულის ჩადენაზე, გარდა კანონით გათვალისწინებული ქმედითი მონანიების საგამონაკლისო შესაძლებლობებისა. მეორე სტადიაზე ნაწილობრივ კიდევ დანაშაულის დასრულებას ენიჭება დამოუკიდებელი მნიშვნელობა. მართალია, დასრულებული დანაშაული გულისხმობს „სრულ“ დასჯადობას, მაგრამ ხანდაზმულობა იწყება სისხლის სამართლის კოდექსის 78ა-ე პარაგრაფის შესაბამისად დანაშაულის დასრულების შემდეგ, რასაც განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს დენადი დანაშაულების დროს. სტატიის დასასრულ კი აღწერილია, რომ აბსტრაქტული დანაშაულების შექმნით ხშირად მხედველობიდან გამორჩენილა დანაშაულის განხროციელების ცალკეული სტადიების ამსახველი სქემა.

Umsetzung der Cybercrime-Konvention des Europaratesin nationales Strafrecht

von

Prof. Dr. Jörg Eisele, Universität Konstanz

I. Einleitung

Das Internetstrafrecht gewann in den letzten Jahren in Praxis und Wissenschaft erheblich an Bedeutung. Hintergrund hierfür ist die immer noch stetig anwachsende Bedeutung des Internets sowie der Computertechnologie und die damit einhergehende Kriminalität mit ihren neuen Erscheinungsformen. Zu nennen sind etwa die Verbreitung von Viren und Trojanern sowie das sogenannte Phishing zur Erlangung fremder Passwörter. Auch das Skimming, bei dem an Geldautomaten mithilfe angebrachter Vorrichtungen die Magnetstreifen fremder Zahlungskarten ausgelesen, auf Kartenblankette kopiert werden und damit schließlich Geld abgehoben wird, erfreut sich immer noch steigender Beliebtheit.[1] Neue Herausforderungen stellen sich ferner bei der Überwachung von Arbeitnehmern, die am Arbeitsplatz Internet und E-Mail auch zu privaten Zwecken nutzen. Und ferner wird etwa diskutiert, inwieweit sich die Verantwortlichen von google-street-view strafbar gemacht haben, weil die eingesetzten Fahrzeuge fremde WLAN-Netze der Anwohner gescannt haben. Weil der Schutz von Informationsinfrastrukturen eine existentielle Frage des 21. Jahrhunderts sei und Cyber-Attacken eine Volkswirtschaft empfindlich schädigen könnten, hat die Bundesregierung im Juni 2011 ein Cyber-Abwehrzentrum in Bonn eingerichtet.

Erste Schritte zur Bekämpfung der Cyber-Kriminalität auf internationaler Ebene wurden jedoch schon zehn Jahre früher unternommen. Die Cybercrime-Konvention des Europarates vom 23.11.2001[2] wurde von Deutschland an diesem Tag und von Georgien am 1.4.2008 unterzeichnet. Sie wurde bislang von 47 Staaten unterschrieben und von 31 Staaten ratifiziert[3]. Dazu gehören auch Staaten, die nicht Mitglied des Europarates sind. Zu erwähnen sind etwa die USA, Kanada, Südafrika, Japan, Argentinien und Australien. Die Konvention verfolgt die Harmonisierung der Straftatbestände im Bereich der Cyber-Kriminalität sowie der Regelungen im Bereich der Strafverfolgung. Sie sieht ferner die Errichtung eines

[1] Dazu *Eisele*, CR 2011, 131 ff.

[2] Convention on Cybercrime, Nr. 185.

[3] Erforderlich sind für das Inkrafttreten fünf Ratifizierungen, davon drei durch Mitgliedstaaten des Europarates; vgl. Art. 36 III Cybercrime-Konvention.

effektiven Systems der Kooperation vor[4]. Neben Vorgaben hinsichtlich strafbarer Verhaltensweisen[5] sind dort auch detaillierte Regelungen zum Verfahrensrecht, z.B. über die beschleunigte Sicherstellung gespeicherter Computerdaten, die Herausgabeanordnung von Computerdaten und die Durchsuchung bzw. Beschlagnahme gespeicherter Computerdaten enthalten[6]. Diese strafprozessualen Vorschriften haben einen weiten Geltungsbereich, weil sie sich nicht nur auf die in der Konvention geregelten Straftatbestände beziehen, sondern alle mittels Computersystemen begangene Straftaten sowie die Erhebung von in elektronischer Form vorhandenen Beweisen für alle Straftaten einbeziehen[7]. Letztlich enthält die Cybercrime-Konvention auch Regelungen über die Zuständigkeit für die Strafverfolgung, über die Auslieferung und über die Rechtshilfe.

Die Umsetzung ist in Deutschland mit dem 41. Strafrechtsänderungsgesetz vom 7. August 2007 erfolgt. Dabei wurde zugleich auch der Rahmenbeschluss der Europäischen Union über Angriffe auf Informationssysteme,[8] der sich seinerseits wieder an die Cybercrime-Konvention anlehnt, umgesetzt. Im Folgenden sollen exemplarisch allgemeine Umsetzungsfragen anhand der §§ 202 a, 202 b, 202 c StGB diskutiert werden.

II. Ausspähen von Daten nach § 202 a StGB

1. Zugangsverschaffung statt Datenverschaffung

Aufgrund der Vorgaben der Cybercrime-Konvention[9]und des Rahmenbeschlusses[10] wurde der Tatbestand des § 202 a StGB modifiziert, wobei eine gewisse

---

[4] *Scheuer/Strothmann*, MMR 2002, 771 (772).

[5] Art. 1 ff. Cybercrime-Konvention.

[6] Art. 14 ff. Cybercrime-Konvention.

[7] Siehe Art. 14 II lit. b und lit. cCybercrime-Konvention; dazu *Breyer*, DuD 2001, 592 (595); *Schwarzenegger*, FS Trechsel, 2002, S. 305 (310, Fn. 21).

[8] ABl. EU 2005 Nr. L 69, S. 67; zur Umsetzung BT-Drs. 16/3656, S. 1; BT-Drs. 16/5449, S. 1; BT-Drs. 16/5486, S. 1. Dazu *Borges/Stuckenberg/Wegener*, DuD 2007, 275.

[9] Art. 2 Cybercrime-Konvention (Rechtswidriger Zugang): Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um den unbefugten Zugang zu einem Computersystem als Ganzem oder zu einem Teil davon, wenn vorsätzlich begangen, nach ihrem innerstaatlichen Recht als Straftat zu umschreiben. Eine Vertragspartei kann als Voraussetzung vorsehen, dass die Straftat unter Verletzung von Sicherheitsmaßnahmen, in der Absicht, Computerdaten zu erlangen, in anderer unredlicher Absicht oder in Zusammenhang mit einem Computersystem, das mit einem anderen Computersystem verbunden ist, begangen worden sein muss.

[10] Art. 2 Rahmenbeschluss (Rechtswidriger Zugang zu Informationssystemen):
(1) Jeder Mitgliedstaat trifft die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass der vorsätzliche und unbefugte Zugang zu einem Informationssystem als Ganzes oder zu einem Teil eines Informationssystems zumindest dann unter Strafe gestellt wird, wenn kein leichter Fall vorliegt.

Vorverlagerung der Strafbarkeit erfolgte. Vor der Anpassung an die europäischen Vorgaben war nach dem Wortlaut ein Verschaffen der Daten erforderlich. Bei Einfügung der Vorschrift in das Strafgesetzbuch im Jahr 1986 war der Gesetzgeber nämlich der Ansicht, dass das bloße Eindringen in einen Datenspeicher oder Datenübermittlungsvorgang straflos sein sollte.[11]Streitig war vor allem, ob und inwieweit Fälle des sog. Hackings erfasst werden konnten. Angesichts des mit dem Hacking verbundenen Schädigungsrisikos wurde der Tatbestand allerdings schon bisher weit ausgelegt, so dass bereits jegliche Kenntnisnahme der Daten genügen sollte und damit zahlreiche Fälle des Hackings einbezogen waren.[12]Nach der Neufassung ist nunmehr klargestellt, dass auch das bloße Eindringen in ein Computersystem durch Zugangsverschaffung erfasst wird, wobei eine Kenntnisnahme bzw. ein Betrachten der Daten nicht erforderlich ist.[13] Diese Vorverlagerung der Strafbarkeit[14] wird auch als „elektronischer Hausfriedensbruch" bezeichnet[15].Erfasst wird beispielsweise der Einsatz von Trojanern, Sniffern oder Backdoorprogrammen, die der Aufzeichnung von Vorgängen auf dem Rechner, dem Ausspähen von Daten oder gar der gezielten Steuerung des infizierten Rechners dienen.[16]

2. Bezug zu Daten statt zu Computer- bzw. Informationssystemen

a) Bei der Umsetzung europäischer Verpflichtungen versucht der deutsche Gesetzgeber regelmäßig, möglichst weitgehend an die Fassung bestehender Straftatbestände anzuknüpfen. Statt einer Neufassung von Vorschriften, die ganz an die Terminologie europäischer Vorgaben anknüpfen, bevorzugt er kleinere Änderungen unter Beibehaltung schon bekannter Begriffe. Dafür spricht, dass diese Begriffe in ihrer Auslegung durch Rechtsprechung und Literatur schon bekannt sind, dass die Binnensystematik des Strafgesetzbuchs besser gewahrt wird und auch die deutsche Übersetzung europäischer Rechtsakte manchmal die erforderliche Präzision vermissen lässt. Freilich stößt eine solche Vorgehensweise mitunter auch an ihre Grenzen. So wurde etwa bei der Modifikation der Vorschriften über den Menschenhandel in § 232 StGB ebenfalls an die bestehenden Fassungen angeknüpft, dann aber in § 233 a StGB ein Auffangtatbestand geschaffen, der sich an die For-

(2) Jeder Mitgliedstaat kann beschließen, dass Handlungen nach Absatz 1 nur geahndet werden, sofern sie durch eine Verletzung von Sicherheitsmaßnahmen erfolgen.

[11] BT-Drs. 10/5058, S. 28.

[12] BT-Drs. 16/3656, S. 9.

[13] BT-Drs. 16/3656, S. 9; *Eisele*, Strafrecht BT 1, 2008,Rn. 702.

[14] BT-Drs. 16/3656, S. 9.

[15] *Ernst*, NJW 2007, 2661.

[16] BT-Drs. 16/3656, S. 9; *Graf*, in: Münchener Kommentar zum StGB (MK), 2003 ff., § 202 a Rn. 62 ff.

mulierungen des Rahmenbeschlusses der Europäischen Union anlehnt, und damit alle verbleibenden Fälle erfassen soll.[17]

b) Entsprechend knüpft § 202 a StGBwie bisher an die Verschaffung des Zugang zu Daten an, während Art. 2 des Europarat-Übereinkommens den Zugang zu einem Computersystem und Art. 2 des EU-Rahmenbeschlusses den Zugang zu einem Informationssystem erfordert. Insoweit dürften die Vorgaben nicht vollständig umgesetzt worden sein, weil demnach die Zugangsmöglichkeit zu Daten unerheblich ist. Zwar stellen die europäischen Vorgaben klar, dass es auch um den Schutz der Daten geht,[18] jedoch kommt es für den strafbaren Zugang nur auf das Computer- bzw. das Informationssystem an. Häufig dürfte der Zugang zu einem Computersystem zwar auch mit dem Zugang zu irgendwelchen Daten verbunden sein; Abweichungen sind jedoch zumindest in technischer Hinsichtdenkbar, wenn das „gehackte" Informationssystem nur das Aufspielenvon Daten, nicht aber den Zugang zu diesen ermöglicht.[19] Andererseits geht die deutsche Fassung aber zugleich auch über die Vorgaben hinaus, weil es sich nach der Fassung des § 202 a StGB nicht zwingend um Daten eines Computersystems handeln muss,[20] so dass auch Daten auf CD-R oder einem USB-Stick einbezogen sind.[21] Anders als die Nichterfüllung der Vorgaben ist die Übererfüllung unproblematisch, da die Konvention und der Rahmenbeschluss jeweils nur Mindestvorgaben enthalten.

c) Für den Rechtsanwender bleibt zu beachten, dass die Tatbestände konventionskonform bzw. rahmenbeschlusskonform, d.h. im Lichte der europäischen Vorgaben, auszulegen sind. Dabei ist zugleich von einer autonomen Auslegung auszugehen, die die Begriffe der europäischen Vorgaben zugrunde legt. Maßgebend ist die Fassung des Rechtsakts in seinen Originalsprachen und nicht eine ggf. vorhandeneÜbersetzung in der Sprache des Staates des Rechtsanwenders. Daraus ergibt sich zugleich, dass neben den nationalen Gesetzgebungsmaterialien auch die Vorarbeiten und Begründungen zu den europäischen Regelungen für die Auslegung heranzuziehen sind. Für den Bereich der Cybercrime-Konvention ist auch der erläuternde Report mit seinen umfangreichen Hinweisen (explanatoryreport) zu beachten. Freilich muss man sehen, dass angesichts des in Art. 103 Abs. 2 GG verbürgten Grundsatzes nullumcrimen, nullapoena sine lege die Wortlautgrenze zu beachten ist, so dass richtigerweise auch eine europarechtskonforme Auslegung nicht zu einer verbotenen Analogie zu Lasten des Täters führen darf.

---

[17] BT-Drs. 15/4048, S. 13 f.; *Schönke/Schröder/Eisele*, StGB, 28. Aufl. 2010, § 233 a Rn. 2.

[18] Explanatoryreport Nr. 44; Art. 1 lit. a des Rahmenbeschlusses.

[19] *Gercke*, ZUM 07, 282 (283); *Gröseling/Höfinger*, MMR 2007, 549 (551).

[20] BT-Drs. 16/3656, S. 10.

[21] *Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele* (Fn. 17), § 202 a Rn. 4.

3. Unbefugter Zugang

Die Cybercrime-Konvention und der Rahmenbeschluss verlangen einen „unbefugten Zugang". Die Begriffsbestimmung im Rahmenbeschluss sowie im explanatoryreport verstehen darunter einen Zugang oder Eingriff, der vom Eigentümer oder einem anderen Rechtsinhaber des Systems oder eines Teils des Systems nicht gestattet wurde bzw. nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften nicht zulässig ist.[22] § 202 a StGB trägt dem Rechnung, indem der Tatbestand verlangt, dass die Daten nicht für den Täter bestimmt sein dürfen. Entscheidend ist hierbei der Wille des Berechtigten. Berechtigter muss im Einklang mit den Europäischen Vorgaben nicht zwingend der Eigentümer des Datenträgers oder derjenige sein, der die Daten gespeichert hat.[23] Vielmehr kommt es nach dem Schutzzweck der Vorschrift darauf an, wer über den Inhalt der Daten verfügungsberechtigt ist. Daneben verwendet § 202 a StGB aber auch das Merkmal „unbefugt". Angesichts dessen, dass der Tatbestand bereits ausgeschlossen ist, wenn die Daten für den Täter bestimmt sind, stellt das Merkmal der Unbefugtheitnach h.M. nur einen deklaratorischen Verweis auf mögliche allgemeine Rechtfertigungsgründe dar.[24]

4. Verschaffen des Zugangs unter Überwindung einer Zugangssicherung

Die Vorschrift stellt nunmehr ausdrücklich klar, dass die Zugangsverschaffung unter Überwindung einer Zugangssicherung geschehen muss.[25]Gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind die Daten, wenn Vorkehrungen vorhanden sind, die objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt sind, den Zugriff auszuschließen oder zumindest erheblich zu erschweren[26]. Beispiele für solche Zugangssicherungen sind Passwörter, Chipkarten, Verschlüsselung von Daten[27] oder Tastaturschlösser. Die Möglichkeit, die Strafbarkeit auf solche Fälle zu begrenzen, ist in Art. 2 S. 2 Europarats-Übereinkommens u. Art. 2 Abs. 2 des EU-Rahmenbeschlusses vorgesehen. Damit sollen letztlich Bagatellfälle vom Tatbestand aus-

---

[22] Explanatoryreport Nr. 47; Art. 1 lit. d des Rahmenbeschlusses.

[23] *Fischer*, StGB, 58. Aufl. 2011, § 202 a Rn. 7; *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar zum StGB (LK), 12. Aufl. 2006 ff., § 202 a Rn. 12;*Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum StGB (SK), 128. Lieferung (Stand:Juli 2011), § 202 a Rn. 5.

[24] *Lackner/Kühl*, 27. Aufl. 2011, § 202 a Rn. 7; *Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele* (Fn. 17), § 202 a Rn. 10.

[25] So schon die bislang h. M., vgl. OLG Celle wistra 1989, 3.

[26] BT-Drs. 16/3656, S. 10; *Hilgendorf/Frank/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2005, Rn. 660.

[27] BT-Drs. 16/3656, S. 11; MünchKomm-*Graf* (Fn. 16), § 202 a Rn. 38; a.A. *Dornseif/Schumann/Klein*, DuD 2002, 226 (229 f.).

genommen werden.[28]Wird keine Zugangssicherung überwunden, kann sich eine Strafbarkeit nur aus dem neu geschaffenen § 202 b StGB ergeben, auf den gleich noch einzugehen sein wird.

5. Strafbarkeit des Versuchs

Auf die Einführung einer Versuchsstrafbarkeithat der Gesetzgeber im Einklang mit Art. 11 Abs. 2 der Cybercrime-Konvention und Art. 5 Abs. 2 des EU-Rahmenbeschlusses verzichtet, weil die Schwelle zur Verwirklichung des Tatbestandes ohnehin bereits gering sei. Auf die Frage, ob sich dies mit der Einführung einer noch weiter vorgelagerten Strafbarkeit für bestimmte Vorbereitungshandlungen nach § 202 c StGB verträgt, wird später noch eingegangen.

6. Strafantragserfordernis

Die Strafverfolgung setzt im Falle des § 202 a StGB nach § 205 StGB zudem einen Strafantrag voraus, es sei denn die Strafverfolgungsbehörde bejaht das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung. Problematisch ist, ob dieses einschränkende Erfordernis mit den europäischen Vorgaben vereinbar ist, weil dort die Möglichkeit einer solchen Regelung nicht vorgesehen ist.[29]Für die Zulässigkeit lässt sich immerhin anführen, dass der Strafantrag in Deutschland als bloße prozessuale Strafverfolgungsvoraussetzung die materiell-rechtliche Strafbarkeit unberührt lässt.

III. Abfangen von Daten nach § 202 b StGB

1. Systematische Einordnung der Vorschrift

§ 202 b StGB[30] wurde aufgrund von Art. 3 der Cybercrime-Konvention[31] voll-

---

[28] BT-Drs. 16/3665, S. 10.

[29] Vgl. auch *Schwarzenegger*, FS Trechsel, 2002, S. 305 (317) für das Schweizer StGB, der die Streichung des Strafantrags befürwortet.

[30] § 202 b StGB (Abfangen von Daten: Wer unbefugt sich oder einem anderen unter Anwendung von technischen Mitteln nicht für ihn bestimmte Daten (§ 202 a Abs. 2) aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung oder aus der elektromagnetischen Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

[31] Artikel 3 – Rechtswidriges Abfangen: Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um das mit technischen Hilfsmitteln bewirkte unbefugte Abfangen nichtöffentlicher Computerdatenübermittlungen an ein Computersystem, aus einem Computersystem oder innerhalb eines Computersystems einschließlich elektromagnetischer Ab-

ständig neu eingefügt, weil die dort erfassten Verhaltensweisen nach deutschem Recht nicht allesamt strafbar waren. Eine entsprechende Regelung enthielt der Rahmenbeschluss nicht. § 202 b StGB soll also als Auffangtatbestand Lücken schließen. Soweit das Verhalten jedoch von anderen Strafvorschriften, z.B. § 202 a StGB erfasst wird, tritt dieser Straftatbestand kraft ausdrücklicher Anordnung (sog. formelle Subsidiarität) zurück. Das Rechtsgut der Vorschrift ist wie bei § 202 a das formelle Geheimhaltungsinteresse des Verfügungsberechtigten, das hier auf der Nichtöffentlichkeit der Kommunikation beruht und nicht auf eine besondere Manifestation des Geheimhaltungswillens zurückgeführt werden muss.[32]

2. Datenübermittlung oder Abstrahlung

Für die Frage, ob die Daten für den Täter bestimmt sind und ein unbefugtes Handeln vorliegt, ergeben sich gegenüber § 202 a StGB keine entscheidenden Besonderheiten.Der erweiterte Anwendungsbereich zeigt sich zunächst daran, dass es anders als bei § 202 a StGB nicht der Überwindung einer Sicherheitseinrichtung bedarf. Vielmehr ist erforderlich, dass die Daten aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung oder aus der elektromagnetischen Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage stammen. Vor dem Abfangen geschützt werden im Einklang mit der Cybercrime-Konvention alle Formen der elektronischen Datenübermittlung, wozu insb. Telefon, Telefax, E-Mail, Internettelefonie (voice-over-IP), Internetchats, VPN-Übermittlungen und auch Übertragungen innerhalb kleiner Netzwerke (z.B. Senden eines Druckauftrags vom PC an den Drucker) gehören. Geschützt sind dabei nur Daten, die sich zum Zeitpunkt der Tat in einem Übertragungsvorgang befinden. Der Zugriff auf bereits gespeicherte Daten, die früher übermittelt wurden, wird insoweit nicht erfasst.[33]Mit der Einbeziehung von elektromagnetischen Abstrahlungen einer Datenverarbeitungsanlage – z.B. bei Wireless LAN – sollen Fälle erfasst werden, in denen aus Abstrahlungen Daten wiederhergestellt werden.[34]Streitig ist hier etwa, ob auch das unbefugte Nutzen fremder WLAN-Netze erfasst wird. Dies ist richtigerweise zu verneinen. Zwar werden beim Einwählen in ein ungesichertes WLAN-Netz die Daten des Routers auf den Rechner des Täters übertragen. Jedoch spricht der Schutzzweck gegen eine Strafbarkeit.

---

strahlungen aus einem Computersystem, das Träger solcher Computerdaten ist, wenn vorsätzlich begangen, nach ihrem innerstaatlichen Recht als Straftat zu umschreiben. Eine Vertragspartei kann als Voraussetzung vorsehen, dass die Straftat in unredlicher Absicht oder in Zusammenhang mit einem Computersystem, das mit einem anderen Computersystem verbunden ist, begangen worden sein muss.

[32] BT-Drs. 16/3656, S. 11; LK-*Hilgendorf* (Fn. 23), § 202 b Rn. 2.

[33] BT-Drs. 16/3656, S. 11; LK-*Hilgendorf* (Fn. 23), § 202 b Rn. 8.

[34] BT-Drs. 16/3656, S. 11.

Das Geheimhaltungsinteresse des Betreibers des WLAN wird nicht verletzt, da nicht für ihn bestimmte Daten abgefangen werden, sondern der Täter selbst eine Kommunikation mit dem Netz aufbaut.

3. Begriff der Nichtöffentlichkeit

Für die Auslegung des Begriffs nichtöffentlich, der von Art. 3 der Cybercrime-Konvention vorgegeben ist, ist wiederum der Explanatoryreport zu beachten. Entscheidend ist der Übertragungsvorgang und nicht der Inhalt der Daten. Die Datenübermittlung darf sich nach Zielsetzung des Übermittelnden nicht an die Allgemeinheit, sondern an einen nur beschränkten Adressatenkreis richten. Die Übermittlung ist nicht schon deshalb öffentlich, weil keine Verschlüsselung benutzt wird; denn anders als bei § 202 a StGB bedarf es einer besonderen Sicherung der Daten gerade nicht.

4. Datenverschaffung

Der Täter muss die Daten sich oder einem anderen unter Anwendung von technischen Mittelnverschaffen.Die bloße Zugangsverschaffung genügt anders als bei der Neufassung des § 202 a StGB gerade nicht. Andererseits wird man hier in konventionskonformer Auslegung keine allzu großen Hürden verlangen könne, weil nach Art. 3 der Cybercrime-Konvention jedes Abfangen erfasst wird. Insoweit hat auch er Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass die Daten weder aufgezeichnet noch abgespeichert werden müssen. Es soll etwa bei Telefongesprächen bereits das Mithören und bei E-Mails die bloße Kenntnisnahme genügen.[35]

5. Weitere Hinweise zur Umsetzung

a) In subjektiver Hinsicht genügt doluseventualis. Von der Möglichkeit des Art. 3 Cybercrime-Konvention, zusätzlich eine unredliche oder deliktische Absicht zu verlangen, hat der Gesetzgeber nicht Gebrauch gemacht. Für diese Entscheidung spricht jedenfalls, dass der Gesetzgeber solche subjektiven Merkmale auch bei den anderen Vorschriften der §§ 201 ff. StGB, etwa dem Abhören des gesprochenen Wortes, der Verletzung des Briefgeheimnisses oder bei der unbefugten Bildaufnahme nicht verlangt.

b) Wie schon bei § 202 a ist der Versuchnicht strafbar, obgleich § 202 c auch insoweit die Vorbereitung unter Strafe stellt. Art. 11 Abs. 2 und 3 der Cybercrime-Konvention lässt hinsichtlich der Versuchsstrafbarkeit die Einlegung eines Vorbehalts durch die Vertragsstaaten zu.

[35] BT-Drs. 16/3656, S. 11.

IV. Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten nach § 202 c StGB

1. Systematische Einordnung

a) § 202 c StGB[36] dient der Umsetzung von Art. 6 Abs. 1 lit. a der Cybercrime-Konvention.[37] Die Vorschrift ist als abstraktes Gefährdungsdeliktausgestaltet und verlangt daher keinen tatbestandlichen Erfolg.[38] Sie stellt bestimmte Vorbereitungshandlungen zu § 202 a und § 202 b StGB – wie das Herstellen oder Verschaffen von Passwörtern und Computerprogrammen – unter Strafe, wenn damit eine Straftat nach § 202 a und § 202 b StGB vorbereitet wird. Vollendet ist die Tat daher, wenn das Computerprogramm usw. hergestellt ist. Werden § 202 a oder § 202 b StGB

[36] § 202 c StGB (Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten):
(1) Wer eine Straftat nach § 202 a oder § 202 b vorbereitet, indem er
1. Passwörter oder sonstige Sicherungscodes, die den Zugang zu Daten (§ 202a Abs. 2) ermöglichen, oder
2. Computerprogramme, deren Zweck die Begehung einer solchen Tat ist,
herstellt, sich oder einem anderen verschafft, verkauft, einem anderen überlässt, verbreitet oder sonst zugänglich macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
(2) § 149 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.

[37] Art. 6 Cybercrime-Konvention (Missbrauch von Vorrichtungen):
(1) Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um folgende Handlungen, wenn vorsätzlich und unbefugt begangen, nach ihrem innerstaatlichen Recht als Straftaten zu umschreiben:
a) das Herstellen, Verkaufen, Beschaffen zwecks Gebrauchs, Einführen, Verbreiten oder anderweitige Verfügbarmachen
i) einer Vorrichtung einschließlich eines Computerprogramms, die in erster Linie dafür ausgelegt oder hergerichtet worden ist, eine nach den Artikeln 2 bis 5 umschriebene Straftat zu begehen;
ii) eines Computerpassworts, eines Zugangscodes oder ähnlicher Daten, die den Zugang zu einem Computersystem als Ganzem oder zu einem Teil davon ermöglichen, mit dem Vorsatz, sie zur Begehung einer nach den Artikeln 2 bis 5 umschriebenen Straftat zu verwenden, und
b) den Besitz eines unter Buchstabe a Ziffer i oder ii bezeichneten Mittels mit dem Vorsatz, es zur Begehung einer nach den Artikeln 2 bis 5 umschriebenen Straftat zu verwenden. Eine Vertragspartei kann als gesetzliche Voraussetzung vorsehen, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit erst mit Besitz einer bestimmten Anzahl dieser Mittel eintritt.
2) Dieser Artikel darf nicht so ausgelegt werden, als begründe er die strafrechtliche Ver-antwortlichkeit in Fällen, in denen das Herstellen, Verkaufen, Beschaffen zwecks Gebrauchs, Einführen, Verbreiten oder anderweitige Verfügbarmachen oder der Besitz nach Absatz 1 nicht zum Zweck der Begehung einer nach den Artikeln 2 bis 5 umschriebenen Straftat, sondern beispielsweise zum genehmigten Testen oder zum Schutz eines Computersystems erfolgt.
3) Jede Vertragspartei kann sich das Recht vorbehalten, Absatz 1 nicht anzuwenden, sofern der Vorbehalt nicht das Verkaufen, Verbreiten oder anderweitige Verfügbarmachen der in Absatz 1 Buchstabe a Ziffer ii bezeichneten Mittel betrifft.

[38] *Fischer* (FN. 23), § 202 c Rn. 2; LK-*Hilgendorf* (Fn. 23), § 202 Rn. 3; and. SK-*Hoyer* (Fn. 23), § 202 c Rn. 2.Vgl. auch*Cornelius*, CR 2007, 682 (683 f.)

später tatsächlich begangen, tritt § 202 c StGB hinter diesen Delikten im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück. § 202 c StGB erlangt vor allem dann selbständige Bedeutung, wenn §§ 202 a, 202 b nicht vollendet sind oder mangels Haupttat eine Strafbarkeit als Anstifter oder Gehilfe ausscheidet.[39] Insoweit wird dann der potentielle Teilnehmer der §§ 202 a, 202 b StGB als Täter des Vorbereitungsdelikts des § 202 c StGB bestraft.

b) Im Gegenzug zur weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit, die aufgrund der europäischen Vorgaben umzusetzen war, aber dennoch gewissen Bedenken begegnet, hat der Gesetzgeber über einen Verweis auf den Tatbestand der Vorbereitung der Geldfälschung (§149 Abs. 2 und 3) die Möglichkeit einer Strafbefreiung vom vollendeten Gefährdungsdelikt bei tätiger Reue, d.h. der freiwilligen Aufgabe der Ausführung der vorbereiteten Tat, vorgesehen.

c) Zu diskutieren ist, ob es nicht einen Widerspruch darstellt, dass einerseits die Vorbereitung im Vorfeld des Versuchs in § 202 c unter Strafe gestellt ist, während bei § 202 a und § 202 b StGB hingegen auf die Anordnung der Versuchsstrafbarkeit bewusst verzichtet wurde.[40] Denn damit sind zwar die Vorbereitung und die Vollendung, nicht aber der in der Straftatphase dazwischenliegende Versuch erfasst. Hier ergibt sich richtigerweise ein differenziertes Bild: Soweit es sich um die Vorbereitung einer eigenen Straftat handelt, bei der sich der Täter etwa ein Computerprogramm zur Begehung von Taten nach § 202 a und § 202 b StGB verschafft, überzeugt es wenig, wenn bereits diese Handlung strafbar ist, das unmittelbare Ansetzen zu diesen Taten beim Einsatz des Programm jedoch nicht. Bedeutung erlangt dies etwa, wenn die Zugangsverschaffung i.S.d. § 202 a StGB mit einem Hacking-Tool scheitert, weil die Daten verschlüsselt sind. Dann ist das versuchte Hacking mit seinem größeren Unrechtsgehalt nicht strafbar, während das Sichverschaffen des Hacking-Tools bereits von § 202 c erfasst wird.[41] Zu einer anderen Bewertung mag man aber gelangen, wenn die Vorbereitungshandlung nicht der Begehung eigener Taten dient. Zu denken ist vor allem an die selbständige Pönalisierung des Herstellers von Hacking-Tools, die später von anderen genutzt werden. Hier mag das Verbot des Herstellens auch für sich genommen eine gewisse Präventivfunktion erfüllen.

2. Tatbestandliche Ausgestaltung

a) Der deutsche Gesetzgeber hat bei seiner Umsetzung von der Möglichkeitnach Art. 6 Abs. 3 Cybercrime-Konvention einen Vorbehalt einzulegen, hinsichtlich

---

[39] BT-Drs. 16/3656, S. 12 mit Hinweis darauf, dass die versuchte Beihilfe nicht strafbar ist.

[40] Dazu *Ernst*, NJW 2007, 2261 (2662).

[41] *Schreibauer/Hessel*, K&R 2007, 616.

des Merkmals der „Vorrichtung" (Art. 6 Abs. 1lit. a Nr. i) Gebrauch gemacht, so dass nur Computerprogramme, Passwörter und sonstige Sicherungscodes als Tatgegenstände erfasst werden. Tathandlungensind das Herstellen, sich oder einem anderen Verschaffen, Verkaufen, einem anderen Überlassen, Verbreiten oder sonst Zugänglichmachen; insoweit hat der Gesetzgeber von der in Art. 6 Abs. 1lit. b vorgesehenen Pönalisierung des Besitzes abgesehen. Der Besitz wird freilich regelmäßig auch über das Merkmal des Verschaffens erfasst, soweit es nicht zu diesem Zeitpunkt ausnahmsweise am Vorsatz fehlt.[42]

b) Die Bedeutung der europäischen Vorgaben lassen sich auch an diesem Tatbestand noch einmal demonstrieren. Nach § 202 c Abs. 1 Nr. 2 muss der Zweck des Programms auf die Begehung einer Tat nach § 202 a oder § 202 b gerichtet sein. Erfasst werden demnach – wie bereits erläutert – vor allem sog. Hacker-Tools, denen nach Art und Weise ihres Aufbaus oder ihrer Beschaffenheit die illegale Verwendung bereits immanent ist. Dasselbe gilt z.B. für Würmer und Trojaner. Bei sog. Dual-Use-Tools, die einerseits zu legalen Zwecken – etwa zum Aufspüren von IT-Sicherheitslücken in Unternehmen oder zur Ausbildung –, andererseits aber auch zur Begehung von Taten nach §§ 202 a, b eingesetzt werden können, ist die Abgrenzung mitunter schwierig. Im Ausgangspunkt ist nach Auffassung des Gesetzgebers eine verobjektivierte Zweckbestimmung des Programms maßgeblich.[43] Die Bedeutung dieser Aussage ist nicht ganz klar, jedoch entspricht dies den Erläuterungen zu Art. 6 Abs. 1 lit. a der Cybercrime-Konvention.[44] Entscheidend ist die Absicht des Herstellers, die sich jedoch äußerlich im Programm manifestiert haben muss. Zur Rechtfertigung der Gefährdungsstrafbarkeit wird man weiter in konventionskonformer Auslegung[45] verlangen müssen, dass nur solche Computerprogramme erfasst werden, deren primärer Zweck auf solche Taten gerichtet ist.[46]Ist der Zweck „nicht eindeutig ein krimineller"[47] bzw. ist nicht der primäre Zweck auf die Begehung solcher Taten gerichtet,[48] führt auch die missbräuchliche Verwendung durch den Täter nicht zur Strafbarkeit. Die bloße Eignung zur Tatbegehung ist jedenfalls nicht ausreichend.[49]

c) Im subjektiven Tatbestand genügt Eventualvorsatz. Eine besondere Absi-

[42] *Ernst*, NJW 2007, 2261 (2663).

[43] BT-Drs. 16/3656, S. 12; BVerfG JR 2010, 79 (83).

[44] Vgl. Explanatory report Nr. 73; *Stuckenberg*, wistra 2010, 44 ff.

[45] Art. 6 Abs. 1 lit. a Nr. i des Europarats-Übk. („designed or adapted primarily for the purpose of committing any of the offences").

[46] *Borges/Stuckenberg/Wegener*, DuD 207, 275 (276); *Fischer* (Fn. 23) § 202 c Rn. 5; *Schumann*, NStZ 2007,675 (678); *Stuckenberg*, wistra 10, 44 ff.

[47] BT-Drs. 16/3656, S. 18 f.

[48] *Fischer*(Fn. 23), § 202 a Rn. 5; *Schönke/Schröder/Eisele* (Fn.17), § 202 b Rn. 4; *Stuckenberg*, wistra 2010, 4 ff.

[49] BVerfG JR 2010, 79 (83).

cht, die der Einschränkung des Tatbestandes bei Dual-Use-Tools dienen würde, ist jedenfalls nach h.M. nicht erforderlich[50]. § 202 c StGB geht bewusst über die Mindestvorgaben der Cybercrime-Konvention hinaus, die nur direkten Vorsatz erfasst;[51] die deutsche Übersetzung bringt dies mit dem Wort „Vorsatz" unzureichend zum Ausdruck. Die Tathandlung muss im Übrigen der Vorbereitung einer Straftat nach §§ 202 a, 202 b dienen; es muss also eine solche eigene oder fremde Straftat in Aussicht genommen werden.[52] Dabei genügt es, dass die Vorstellung darauf gerichtet ist, dass potentielle Nutzer das Programm entsprechend seinem Zweck zu Taten nach §§ 202 a, 202 b einsetzen können[53]. An der Vorbereitung solcher Taten fehlt es vor allem bei Softwareprogrammen, die auch zur Sicherheitsüberprüfung von IT-Systemen hergestellt werden; denn beim Einsatz dieser Programme werden §§ 202 a, 202 b nicht verwirklicht, da die Daten, auf die der Anwender zugreift, aufgrund der Beauftragung zur Sicherheitsüberprüfung für ihn bestimmt sind bzw. die Zugangsverschaffung nicht unbefugt erfolgt.[54] Dieses Ergebnis steht mit der Vorgabe des Art. 6 Abs. 2 der Konvention in Einklang, wonach eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht begründet werden darf, wenn die Tathandlung nicht zum Zweck der Begehung einer Straftat, sondern zum genehmigten Testen oder zum Schutz eines Computersystems erfolgt.

V. Fazit

Die Ausführungen haben gezeigt, dass die Umsetzung europäischer Vorgaben in das nationale Recht mitunter erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Dies beginnt schon bei verschiedenen Begrifflichkeiten und geht bis hin zu dogmatischen Einbrüchen in die Systematik des nationalen Strafrechts. Mitunter kommen auch einzelne Umsetzungsfehler des Gesetzgebers hinzu. Für den Rechtsanwender ist eine konventionskonforme Auslegung im Blick zu behalten, die auch die Heranziehung der einschlägigen Materialien einbezieht. Die Strafrechtswissenschaft steht damit unter anderem vor der Herausforderung, diese Umsetzungsprobleme näher zu analysieren und dem Gesetzgeber brauchbare Kriterien an die Hand zu geben.

---

[50] Vgl. aber LK-*Hilgendorf*(Fn. 23), § 202 c Rn. 21.

[51] „committedintentionally". Aus Abs. 1 Nr. 2 „Zweck" kann kein Absichtserfordernis gefolgert werden, weil dieser Begriff auf das Programm bezogen ist; *Bosch*, in Satzger/Schmitt/Widmaier (SSW), StGB, 2009, § 202 c Rn. 6; vgl. aber auch LK-*Hilgendorf* (Fn. 23), § 202 c Rn.21 [dolus directus 1. oder 2. Grades].

[52] BT-Drs. 16/3656, S. 19.

[53] BVerfG JR 2010, 79 (83 f.).

[54] BVerfG JR 2010, 79 (84).; *Schönke/Schröder/Eisele* (Fn. 17), § 202 c Rn. 7.

Prof. Dr. Jörg Eisele
Universität Konstanz

Abstract: Umsetzung der Cybercrime-Konvention des Europaratesin nationales Strafrecht

Der Beitrag behandelt die Schwierigkeiten, die mit der Umsetzung der Cybercrime-Konvention des Europarates vom 23.11.2001 in nationales Recht verbunden sein können. Während sich Georgien bei der Umsetzung an den Vertragstext angelehnt hat, hat Deutschland versucht, die neuen Regelungen an die vorhandene Systematik anzulehnen und dabei die bereits im Strafgesetzbuch verwendete Terminologie beizubehalten. Besonderes Augenmerk legt der Beitrag auf die konventionskonforme Auslegung, der bei der Anwendung von nationalen Strafvorschriften, die auf Konventionen des Europarates beruhen, eine herausgehobene Stellung zukommt. Berücksichtigung finden letztlich auch Ungereimtheiten, die durch Umsetzungsfehler des Gesetzgebers bedingt sind und für die Strafrechtswissenschaft, aber auch die Praxis eine große Herausforderung darstellen.

პროფ. დოქტორი, იორგ აიზელე
კონსტანცის უნივერსიტეტი

ევროსაბჭოს კიბერდანაშაულის კონვენციის იმპლემენტაცია ეროვნულ სისხლის სამართალში

რეზიუმე

მოხსენება ეხება იმ სირთულეებს, რომლებიც უკავშირდება ევროსაბჭოს 2001 წლის 23 ნოემბრის კიბერდანაშაულის კონვენციის იმპლემენტაციას ეროვნულ სამართალში. საქართველო იმპლემენტაციისას დაეყრდნო სახელშეკრულებო ტექსტს, მაშინ როცა გერმანიამ სცადა ახალი ნორმების მისადაგება არსებულ სამართლებრივ სისტემასთან, სისხლის სამართლის კოდექსში გამოყენებული ტერმინოლოგიის შეინარჩუნებით. განსაკუთრებული ყურადღება უნდა მიექცეს კონვენციის შესაბამის განმარტებას, რაც ძალზე მნიშვნელოვანია იმ ეროვნული სისხლისსამართლებრივი ნორმების გამოყენების კუთხით, რომლებიც ეფუძნება ევროსაბჭოს კონვენციებს. გასათვალისწინებელია ასევე ის გაუგებრობებიც, რომლებიც განპირობებულია კანონმდებლის შეცდომებით და რომლებიც უდიდეს გამოწვევას წარმოადგენენ ასევე სისხლის სამართლის მეცნიერებისა და პრაქტიკისათვის.

Unverfügbares im rechtsstaatlichen Strafprozess und die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

von

Prof. Dr. Burkhard Jähnke, Universität Jena

I.

Unverfügbares im rechtsstaatlichen Strafverfahren – das Thema ist vom Veranstalter glücklich gewählt. Denn die Anforderungen des Rechtsstaates an die Praxis der Strafjustiz im Einzelnen zu formulieren, das wäre hier und heute kaum möglich, daher sinnlos. Jeder Staat hat sein eigenes Verständnis von Rechtsstaat, seine eigenen gesellschaftlichen und politischen Gegebenheiten und Traditionen. Es wäre daher vermessen, eine allgemeine Theorie des Rechtsstaates vorzutragen, wie sie etwa in Deutschland, Frankreich oder Österreich vertreten wird, und es ist gut, sich auf Eckpfeiler, auf Grundlagen und grundlegende Prinzipien zu beschränken. Diese aber sind international, ja universell. Daher zum Begriff des Rechtsstaates nur einige Worte.

Rechtsstaat bedeutet Selbstbindung des Staates, bedeutet dass er Schranken und Grenzen anerkennt und achtet. Unterhalb dieser allgemeinen Kennzeichnungen kann man sagen, dass der Begriff zwei Seiten hat. Es gibt einen formalen Begriff des Rechtsstaats. Er umfasst im Wesentlichen Anforderungen an die staatliche Organisationsstruktur und die Abläufe staatlichen Handelns. Dazu zählen etwa Merkmale wie die Gewaltenteilung, die Unabhängigkeit der Justiz, die Gesetzmäßigkeit des Handelns aller staatlichen Organe – also der Grundsatz, dass alle Eingriffe in die prinzipiell gewährleistete Freiheit des Bürgers auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen müssen.

Aber ein solcher formaler Begriff – so bedeutend er im historischen Zusammenhang auch ist – ist heute unbefriedigend, weil er inhaltlich zu wenig aussagt. Er bedarf deshalb der Ergänzung durch materiale Prinzipien, welche die Tätigkeit des Staates nach bestimmten Grundwerten leiten und begrenzen. Welche dies sein sollen, wird im Einzelnen die Verfassung jedes Staates selbst zu bestimmen haben. Aber auch in dieser Richtung haben sich universelle Gemeinsamkeiten herausgebildet, die mitunter die Frage nach dem Inhalt eines allgemeinen Rechtsstaatsbegriffs als überflüssig erscheinen lassen könnten. Erinnert sei nur an das fundamentale Gebot, jederzeit die Würde des Menschen zu achten, an das Folterverbot, an die Freiheit vom Zwang zur Selbstbelastung, an die Grundsätze der Unschuldsvermutung, des Verbots rückwirkender Anwendung von Strafgesetzen (nulla poena sine lege), des Verbots doppelter Strafverfolgung wegen derselben Tat (ne bis in idem). Zu erinnern ist ferner an das Verhältnismäßig-

keitsprinzip, den Grundsatz „Im Zweifel zu Gunsten des Angeklagten". Das alles sind Normen, welche als Eckpfeiler eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens in unserem Rechts- und Kulturkreis nirgends in Zweifel gezogen, ja fast schon als selbstverständlich betrachtet werden.

Diese Normen sind allerdings teilweise auch so allgemein gehalten, dass ihre Grenzen nicht immer klar sind und ihre Anwendung im Einzelfall viele Zweifelsfragen aufwirft. Spannend ist es daher zu sehen, welche konkreten Rechtssätze aus den großen rechtsstaatlichen Prinzipien abzuleiten und welche Konsequenzen daraus für die Rechtsanwendung im Einzelfall zu ziehen sind. Nur so wird auch erkennbar, welche Bedeutung jedem der einzelnen Prinzipien für die staatliche Rechtsordnung insgesamt zukommt.

Doch das positive Recht macht es uns relativ leicht, konkrete Rechtssätze aufzufinden, die als Ableitungen aus den großen Prinzipien insbesondere der Menschenwürde zu verstehen sind und Mindeststandards enthalten, die für uns alle gemeinsam gelten. Nach ihnen müssen wir nicht lange suchen. Wir finden sie im positiven Recht, so im Internationalen Pakt vom 19.12.1966 über bürgerliche und politische Rechte der Vereinten Nationen sowie in der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten des Europarates – der EMRK. Beide Konventionen statuieren nach ihrem Selbstverständnis und nach ihrer Bedeutung Eckpfeiler rechtsstaatlichen Verfahrens. Die EMRK hat darüber hinaus durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg besondere Bedeutung für das Strafverfahren erlangt. Denn die Mitgliedsstaaten des Europarates haben den EGMR zwar nicht als Supergericht ihren eigenen nationalen Gerichten übergeordnet; das Gericht kann keine nationale Entscheidung aufheben. Wenn es aber einen Konventionsverstoß feststellt, so ist der verurteilte Staat zur Behebung des Mangels für Vergangenheit und Zukunft verpflichtet; ferner ist dies ein Grund für die Wiederaufnahme des Verfahrens, sofern das beanstandete Strafurteil auf dem Verstoß beruht.

Die Menschenrechte sind damit Ausprägungen des Rechtsstaatsgedankens; zumindest ihr Kern gehört zu den Grundlagen, den Eckpfeilern jeden rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Das ermöglicht es, universelle Grundsätze der staatlichen Selbstbindung im Strafprozess zu bezeichnen, ohne dafür auf komplizierte Definitionen zum Begriff des Rechtsstaates zurückgreifen zu müssen.

II.

Ich werde daher an Einzelbeispielen darlegen, welche Anforderungen an ein rechtsstaatliches Strafverfahren gestellt werden müssen. Dabei werden mich die Vorschriften der EMRK, die auch in Georgien gilt, sowie die zur EMRK ergan-

gene Rechtsprechung begleiten. Hierzu noch folgendes: Diese Rechtsprechung ist zwar für den Menschenrechtsschutz in Europa von außerordentlicher Bedeutung. Wir müssen aber stets im Auge behalten, dass das Gericht Einzelfälle entscheidet und seine Urteile strikt auf dem jeweiligen Sachverhalt bezogen sind. Allgemeine Rechtssätze sind Ihnen in der Regel nicht zu entnehmen. Am Ende werde ich sodann versuchen, aus dem Normen- und Entscheidungsmaterial einige allgemeinere Erkenntnisse zu gewinnen.

1. Anforderungen an die Justizorgane

Ein rechtsstaatliches Strafverfahren beginnt mit den Anforderungen, die an die staatlichen Justizorgane gestellt werden müssen.

a) Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EMRK bestimmt, dass das Recht jedes Menschen auf Leben gesetzlich geschützt wird. Aus dieser Vorschrift hat der EGMR eine staatliche Pflicht zu effektiver Strafverfolgung in Tötungsfällen hergeleitet. Als effektiv betrachtet er dabei eine Strafverfolgung, bei der die handelnden Personen rechtlich und tatsächlich unabhängig und unparteiisch sind. Eine hierarchische oder institutionelle Verbindung von Ermittlungsorganen zu Personen, die in den Fall verwickelt sind, ist unzulässig; jeder Anschein von Kollusion, also eines Zusammenwirkens von Ermittlungsorganen mit Verdächtigen, muss vermieden werden. Der EGMR hat Georgien wegen Verstoßes gegen diese Grundsätze im Jahre 2011 in zwei Fällen verurteilt, in denen die Ermittlungen offensichtlich auf höhere Weisung völlig unzureichend geführt worden waren.[1]

Unabhängig von dieser positivrechtlichen Verankerung einer Strafverfolgungspflicht des Staates in Tötungsfällen wird man fragen dürfen, ob es nicht ein Gebot der Gerechtigkeit und der Gleichheit vor dem Gesetz ist, dass der Staat eine effektive Strafverfolgung generell zu gewährleisten hat.

b) Die Unabhängigkeit der Gerichte ist in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verankert, auch die Verfassung und die Gesetze Georgiens bekräftigen diesen Eckpfeiler allen rechtsstaatlichen Prozedierens. Doch ist sie nicht überall im unerlässlichen Umfang gewährleistet. Vor allem die Schnittstelle zwischen dem Status des unabhängigen Richters und dem Disziplinarrecht für Richter kann Probleme aufwerfen, die den EGMR allerdings noch nicht abschließend beschäftigt haben.

Durch Entscheidung eines Disziplinargerichts vom 26. 12. 2005 wurden vier Richter des Obersten Gerichts von Georgien aus ihrem Amt entfernt. Das Disziplinargericht hielt die Richter „grober Rechtsverletzungen bei der Sachverhandlung" für schuldig.

[1] Entscheidung vom 15.2.2011 – *Tsindsabadze ./.* Georgien, Beschwerdenummer 35.403/06, Rn. 75; Entscheidung vom 24.4. 2011 – *Enukidze & Girgvliani ./.* Georgien, Beschwerdenummer 25.091/07, Rn. 241.

Diese Rechtsverletzungen erblickte es einmal darin, dass die Richter in einer Anzahl von Entscheidungen, durch welche strafrechtliche Erkenntnisse der Vorinstanz abgeändert wurden, keine Ausführungen dazu gemacht haben, ob ihre Entscheidung auf Mitangeklagte, die kein Rechtsmittel eingelegt hatten, zu erstrecken sei.

Zum anderen erblickte das Disziplinargericht eine grobe Rechtsverletzung darin, dass die Richter die Lebensgefährtin eines Mordopfers, welche mit diesem seit langem einen gemeinsamen Haushalt führte und mehrere gemeinsame Kinder hatte, als Verfahrensbeteiligte betrachtet und als befugt angesehen hatte, Rechtsmittel einzulegen. Der Wortlaut des Gesetzes erkennt diese Rechte lediglich nahen Verwandten des Opfers einschließlich der Ehefrau zu. Das Disziplinargericht sah diesen Wortlaut als nicht auslegungsfähig an. Man stelle sich vor: Ein Disziplinargericht befindet darüber, welchen Inhalt Entscheidungen des Obersten Gerichts haben müssen. Und es entscheidet darüber, ob das Oberste Gericht bei der Rechtsanwendung in einem konkreten Fall die in der ganzen Welt anerkannte Auslegungsmethode der Analogie benutzen darf oder nicht.

Es kommt hier nicht darauf an, ob die Auffassung des Obersten Gerichts zutraf. Darüber mag man streiten. Aber es berührt die Eckpfeiler jeden rechtsstaatlichen Verfahrens, wenn der Inhalt einer Entscheidung, die ein Gericht in richterlicher Unabhängigkeit getroffen hat, anders als im Rechtsmittelzug nachgeprüft wird. Die Frage, ob eine Rechtsnorm auslegungsfähig, einer erweiternden Auslegung oder einer analogen Anwendung zugänglich ist oder nicht, ist in den seltensten Fällen eindeutig zu beantworten. Auch die Frage, ob ein bestimmtes Problem eine Fortbildung des Rechts erfordert oder nicht, kann und darf nur der dazu berufene Prozessrichter entscheiden. Einem Disziplinargericht ist diese Aufgabe nicht zugewiesen. Die Konsequenzen der von dem georgischen Disziplinargericht vertretenen Auffassung sind, dass der Richter, welcher in irriger Gesetzesauslegung einen Angeklagten zu einer Gefängnisstrafe verurteilt, stets in der Gefahr schwebt, strafrechtlich wegen Freiheitsberaubung zur Verantwortung gezogen, zivilrechtlich zu Schadensersatz verurteilt und disziplinarrechtlich aus dem Amt entfernt zu werden. Ein solcher Richter wird nicht mehr ausschließlich nach Recht und Gesetz zu entscheiden versuchen, sondern sein Urteil durch die Furcht vor möglichen persönlichen Folgen für sich und seine Familie bestimmen lassen. Seine Unabhängigkeit ist in ihrem Kern angetastet.

Natürlich bedeutet das nicht, dass der Richter sich niemals für sein Urteil zu verantworten hat. Aber richterliche Entscheidungen dürfen nur dann Anknüpfungspunkt für Sanktionen – gleich welcher Art – sein, wenn der Richter Rechtsbeugung begangen hat. Voraussetzung dafür ist, dass er sich schlechthin von der Rechtsordnung entfernt, dass er bewussten Rechtsbruch begeht. Anders ist seine

volle Unabhängigkeit nicht zu sichern, und mit Urteilen, die bloß unrichtig sind oder dafür gehalten werden, kann und muss der Rechtsstaat leben.

2. Menschenwürde

Nun zu dem anderen Beteiligten des Strafverfahrens, dem Beschuldigten.

Artikel 3 EMRK bestimmt, dass niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden darf. Die Vorschrift ist Ausdruck der umfassenden staatlichen Pflicht zur Achtung der Menschenwürde. Der Begriff der Menschenwürde ist zwar schwer fassbar. Man wird ihn aber in seinem Kern so umschreiben können, dass er die Achtung eines jeden Menschen als Subjekt verlangt. Niemanden darf der Staat als Gegenstand, als Objekt behandeln, mit dem er nach Willkür verfahren darf. Auch der Verbrecher, der Gefangene hat Rechte, welche ihn als Mitglied der menschlichen Gemeinschaft ausweisen – selbst dann, wenn er sich gegen diese Gemeinschaft vergangen hat.

a) Hierzu als erstes ein Beispiel aus der Praxis des EGMR.

Ein Kleindealer wurde von der Polizei beobachtet, als er auf der Straße ein kleines Behältnis mit Rauschgift verkaufte. Bei seiner Festnahme schluckte er ein weiteres Behältnis, das er im Mund aufbewahrte, hinunter. Um den Beweisgegenstand sicherzustellen, ordnete der Staatsanwalt an, ein Brechmittel einzusetzen. Der Betroffene weigerte sich, das Mittel zu sich zu nehmen; daher wurde es ihm durch eine Nasensonde gewaltsam zugeführt. Darauf erbrach er das verschluckte Behältnis, es enthielt 0,21 g Kokain.

Der EGMR führte aus, dass Art. 3 EMRK einen der fundamentalen Werte demokratischer Gesellschaft verkörpert. Streng auf den Einzelfall bezogen entschied er angesichts der gesamten Umstände des Falles, dass hier eine erniedrigende Behandlung vorlag, welche das Verfahren gegen den Kleindealer unfair machte; außerdem meinte er, dass auch der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit verletzt sei.[2]

b) Ein anderer Fall spielte wieder in Georgien.

Ein Abgeordneter wollte die Ausstrahlung eines Films im Fernsehen verhindern, der ihn in einem sehr ungünstigen Licht darstellte und unredlicher Machenschaften bezichtigte. Er bot den Verantwortlichen der Fernsehanstalt Geld an und es kam zu einem Treffen. Dieses Treffen wurde heimlich gefilmt, und der Abgeordnete behauptete anschließend, er habe erpresst werden sollen.

Die Verantwortlichen des Fernsehsenders wurden verhaftet, in das Gefängnis Nummer 5 von Tiflis verbracht und waren dort Haftbedingungen ausgesetzt,

[2] Entscheidung vom 11. 7. 2006 – *Jalloh J.* Deutschland, Beschwerdenummer 54.810/00, Rn 99, 107, 122; näher erläutert in Entscheidung vom 29.6. 2007 – *O'Halloran & Francis J.* Großbritannien – Beschwerdenummern 15.809/02; 25.624/02, – Rn. 54.

welche sich einer Schilderung im Einzelnen entziehen. In einer späteren öffentlichen Gerichtsverhandlung waren die Beschuldigten in einem Käfig untergebracht, der Gerichtssaal war voll von maskierten, schwer bewaffneten Einsatzkräften eines Spezialkommandos, und die gesamte Verhandlung wurde öffentlich im Fernsehen übertragen.

Der EGMR hat dies alles als Verstoß gegen Art. 3 EMRK gewertet.[3]

Hierzu eine Bemerkung: Nach der Unabhängigkeit hatte Georgien die Übung, Angeklagte während der Hauptverhandlung in einem Drahtkäfig unterzubringen, abgeschafft, leider nur vorübergehend. In Russland ist die Übung, wie das Verfahren gegen Chodorkowski zeigt, nach wie vor verbreitet, wenn man den Drahtkäfig im Einzelfall auch durch eine gläserne Abtrennung ersetzt haben mag. Die Bilder eines Angeklagten in einem eisernen Käfig erwecken das Bild eines eingesperrten Tieres. Ich halte sie für mit der Würde des Menschen schlechthin unvereinbar. Auch die Unschuldsvermutung und das Gebot, die Persönlichkeitsrechte des Angeklagten zu achten, sind in einem solchen Fall, wie dem geschilderten, zutiefst verletzt.

c) Nun ein Fall, der ebenfalls in Deutschland spielte und in dem Deutschland vom EGMR verurteilt wurde.

Ein Jurastudent entführte das Kind einer Bankiersfamilie, um von den Eltern Geld zu erpressen. Er geriet aufgrund erdrückender Beweise bald in den Verdacht, der Täter zu sein und wurde festgenommen. Das erpresste Geld wurde bei ihm sichergestellt, so dass kein ernsthafter Zweifel mehr an seiner Täterschaft bestand. Aber das Kind wurde nicht gefunden, und in den Vernehmungen weigerte er sich, dessen Aufenthaltsort preiszugeben. Die vernehmenden Polizeibeamten befürchteten nun, dass das Opfer in Lebensgefahr sei. Sie drohten dem Täter deshalb an, ihm Schmerzen zuzufügen, wie er sie noch nie verspürt habe. Darauf führte er sie zu dem Opfer, das er aber sogleich nach der Entführung getötet hatte.

In der Hauptverhandlung wurde er als Angeklagter belehrt, dass die Aussagen, welche er aufgrund der Drohungen der Polizei gemacht hatte, nicht verwertbar seien und nicht verwertet würden. Er erklärte aber, er wolle freiwillig und aus Reue in der Hauptverhandlung ein Geständnis ablegen; das tat er und wurde verurteilt. Auch die beteiligten Polizeibeamten wurden wegen der Vernehmungsmethoden verurteilt.

Der Fall hat in Deutschland zu heftigen Diskussionen im Schrifttum geführt. Es wurde insbesondere erörtert, ob das Folterverbot auch dann uneingeschränkt zu beachten ist, wenn eine Notwehrlage vorliegt, in der das Leben eines Menschen oder – bei drohenden Terroranschlägen – gar einer Vielzahl von Menschen ernsthaft bedroht ist. Der Fall bot dem EGMR Gelegenheit, im Zusammenhang

[3] Entscheidung vom 27.1. 2009 -*Ramishvili & Kokhreidze* ./. Georgien, Beschwerdenummer 1704/06, Rn. 99.

mit Art. 3,6 EMRK zu drei wichtigen Fragen Stellung zu nehmen[4].

- Das Gericht stellte erstens fest, dass die Drohung der Polizei zwar noch keine Folter, aber eine unmenschliche Behandlung darstellte. Eine solche Behandlung sei auch dann unzulässig, wenn mit ihr die Rettung eines Menschenlebens oder sogar einer Vielzahl von Menschen bezweckt werde.

- Zweitens befasste sich der EGMR mit der Frage, ob das Verfahren gegen den Angeklagten fair gewesen ist.

Diese Prüfung war deshalb von Bedeutung, weil der EGMR es den nationalen Rechtsordnungen überlässt, die Folgen von Verfahrensverstößen festzulegen. Er nimmt deshalb prinzipiell auch nicht dazu Stellung, ob ein Fehler bei der Beweiserhebung ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht. Vielmehr würdigt er derartige Rechtsverletzungen allein im Rahmen der ihm obliegenden Prüfung, ob das Verfahren vor dem nationalen Gericht insgesamt fair war.

Dazu führte er hier aus, das Gebot der Verfahrensfairness gebiete es in der Regel – aber nicht stets -, durch unmenschliche Behandlung erlangte Beweismittel aus dem Verfahren auszuschließen. Falls nicht Folter vorliege, komme eine Verletzung des Fairnessgebots aber überhaupt nur dann in Betracht, wenn der fehlerhaft erhobene Beweis einen Einfluss auf das Urteil hatte. Das war hier zu verneinen, weil der Angeklagte nach eingehender Belehrung freiwillig und aus Reue in der Hauptverhandlung ein Geständnis abgelegt hat.

- In dritter Linie äußerte sich der EGMR zu der Frage einer Fernwirkung von Verstößen gegen Art. 3 EMRK. Fernwirkung bedeutet, dass nicht nur das erzwungene Geständnis selbst, sondern auch aufgrund des Geständnisses erlangte weitere Ermittlungsergebnisse von der Verwertung ausgeschlossen sein können. Anlass zur Erörterung dieser Frage bestand, weil das deutsche Gericht seine Überzeugung von der Richtigkeit des in der Hauptverhandlung abgelegten Geständnisses auch auf die Sachbeweise gestützt hat, welche die Polizei durch die unzulässige Drohung erlangt hatte, wie etwa der Fund der Leiche und Spuren am Tatort. Die Verwertung dieser Beweise zur Prüfung des Geständnisses hat das Gericht, ohne sich klar festzulegen, mit dem Hinweis auf unterschiedliche Auffassungen in den Vertragsstaaten, ihren Gerichten und der Literatur nicht beanstandet.

d) Aber das Gebot, die Menschenwürde als einen höchsten Rechtswert zu achten, wie sie in Art. 3 EMRK verankert ist, verlangt noch mehr und geht bis in Einzelheiten des Strafprozesses. Einen Angeklagten als würdigen Menschen zu behandeln, bedeutet wie dargelegt, dass er nicht als Objekt des Verfahrens betrachtet werden darf, als jemand, mit dem etwas geschieht. Er ist Subjekt mit eigenen Rechten.

aa) Deshalb muss ihm das Recht, sich zu verteidigen, nach Art. 6 Abs. 3

[4] Entscheidung vom 1.6. 2010 – *Gäfgen ./.* Deutschland, Beschwerdenummer 22.978/05.

Buchstabe c EMRK uneingeschränkt gewährleistet sein. Allerdings kann auch dieses Recht in der Praxis Probleme bereiten.

Ein Verteidiger kann einen Beschuldigten nur dann sachgemäß verteidigen, wenn er die Akten kennt. Was ihm sein Mandant mitteilt, genügt dazu nicht, weil es in aller Regel subjektiv gefärbt und unvollständig ist und eine Auseinandersetzung mit den von der Staatsanwaltschaft erhobenen Beweisen nicht gestattet. Wenn sich der Beschuldigte in Untersuchungshaft befindet und über deren Verlängerung zu entscheiden ist, können jedoch Interessen der Strafverfolgung verlangen, dass dem Beschuldigten noch nicht alle Ermittlungsergebnisse bekannt werden. In Betracht kommt das etwa, wenn es darum geht, Hintermänner oder Gehilfen der Tat zu überführen. Dennoch gilt auch in frühen Stadien der Ermittlungen der Satz: Was dem Gericht vorliegt, muss auch der Verteidiger kennen.

Das ergibt sich nicht nur aus dem grundlegenden, universellen Gebot, dem Beschuldigten zu jeder gegen ihn gerichteten Entscheidung rechtliches Gehör zu gewähren. Es ergibt sich nach der Rechtsprechung des EGMR außerdem aus Art. 5 Abs. 3, 4 EMRK, in dem die Garantien bei Freiheitsentziehungen aufgeführt sind. Danach muss gewährleistet sein, dass jede Entscheidung über die Fortdauer der Untersuchungshaft in einem adversarischen Verfahren getroffen wird, in dem Waffengleichheit zwischen den Beteiligten besteht, und die Entscheidung darf nicht in einem vorgefertigten Formular bestehen, sondern hat die individuellen Besonderheiten des Falles darzulegen und zu würdigen.[5] Ferner muss der Verteidiger in geeigneter Weise Zugang zu jedem Beweisgegenstand haben.[6]

bb) Das Gebot der Behandlung des Beschuldigten und des Angeklagten als Subjekt, dem uneingeschränkt das Recht der Verteidigung eingeräumt ist, hat weitere Konsequenzen für das Verfahren.

Verteidigung bedeutet auch Mitwirkung an der Sachverhaltsermittlung, an der Aufklärung. Wenn man den Angeklagten als Verfahrenssubjekt ansieht, dann muss er das Gericht – und vielleicht vorher auch die Staatsanwaltschaft – dazu zwingen können, seinen sachlich begründeten Wünschen nachzukommen, welche darauf abzielen, den Sachverhalt in bestimmter Richtung aufzuklären oder Entlastungsbeweise zu erheben. Mit anderen Worten: Ich halte ein gesetzlich geregeltes Beweisantragsrecht des Angeklagten für einen Eckpfeiler rechtsstaatlicher Strafpraxis, und zwar nicht nur im Parteiprozess, wo das selbstverständlich ist, sondern auch unter der Herrschaft der so genannten Offizialmaxime, wo also das Gericht verpflichtet ist, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen. Dafür,

---

[5] Entscheidung vom 27.5. 2010 – *Saghinadze* u.a. ./. Georgien – Beschwerdenummer 18.768/05 Rn. 139.

[6] Entscheidung vom 27. 1. 2009 – *Ramishvili & Kokhreidze* ./. Georgien – Beschwerdenummer 1704/06, Rn. 124; Entscheidung vom 9.7.2009 – *Mooren* ./. Deutschland, – Beschwerdenummer 11364/03, Rn.124.

wie ein solches Recht auszugestalten ist, besteht sicher ein großer Spielraum des nationalen Gesetzgebers. Kernpunkt ist jedoch, dass der Angeklagte prinzipiell einen Anspruch auf Vornahme der begehrten Beweiserhebung hat, sofern nicht bestimmte, im Gesetz festzulegende Gründe eine Ablehnung des Antrages rechtfertigen.

cc) Zu den Verteidigungsrechten zählt vor allem auch das in Art. 6 Abs. 3 EMRK verankerte Frage- und Konfrontationsrecht, das nach dem EGMR in erster Linie unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens ist zu betrachten ist. Danach hat jeder Beschuldigte das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen. Der Ausübung dieses Rechtes können jedoch Hindernisse entgegenstehen. Der Zeuge kann unerreichbar sein, das Recht kann insbesondere Minderjährige vor einer erneuten Begegnung mit dem Täter schützen, und auch der Schutz von Leib und Leben des Zeugen gegenüber Racheakten des Täters oder seiner Familie kann eine Vernehmung vor Gericht verbieten. Das mögen die nachfolgenden Fälle deutlich machen.

(1) Das Tatopfer hatte den Angeklagten wegen Menschenhandels und Zuhälterei angezeigt, war dann aber in sein Heimatland Polen zurückgekehrt und weigerte sich, zur Hauptverhandlung nach Deutschland zu kommen. Die Frau war hier von der Polizei vernommen worden, ohne dass der Angeklagte und die Verteidigung Möglichkeiten der Befragung hatten. In der Hauptverhandlung wurde das Opfer als unerreichbare Zeugin betrachtet, die Protokolle über ihre Vernehmungen wurden verlesen und die Ermittlungspersonen wurden als Zeugen gehört.[7]

(2) Der Angeklagte war beschuldigt, eine Minderjährige sexuell missbraucht zu haben. Einziger unmittelbarer Beweis war die Aussage des Opfers. Im Ermittlungsverfahren wurde das Opfer vom Ermittlungsrichter vernommen, ohne dass der Angeklagte anwesend war. Auch in der Hauptverhandlung wurde die Zeugin in Abwesenheit des Angeklagten gehört.[8]

(3) Der Angeklagte ist wegen Drogenhandels angeklagt. Er war aufgrund der Aussage einer Vertrauensperson der Polizei ermittelt worden und wurde sodann bei der Übergabe von Rauschgift festgenommen. Die Personalien der Vertrauensperson werden von der Polizei geheim gehalten, so dass der Angeklagte diese nicht befragen kann.[9]

In solchen Fällen sind die Interessen der Strafrechtspflege, die Interessen des Zeugen und die Interessen des Angeklagten in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. Der Angeklagte oder sein Verteidiger muss aber in jedem Fall eine ausreichende und adäquate Möglichkeit haben, den Zeugen zu befragen. Diese Möglichkeit muss er entweder bei der Zeugenaussage selbst oder zu irgendeinem

[7] Fall BGHSt 51,150.
[8] Entscheidung vom 12.7.2007 – *Kovac ./.* Kroatien, – Beschwerdenummer 503/05.
[9] Vgl. BGHSt 42, 15,25.

späteren Zeitpunkt erhalten.[10]

Für die Beurteilung der Frage, ob das Verfahren insgesamt fair war, ist dabei von erheblicher Bedeutung, ob das Fehlen der Befragungsmöglichkeit der Justiz zuzurechnen ist. Ist das nicht der Fall, sondern beruht die unterbliebene Befragung des Zeugen etwa auf einem Verhalten des Verteidigers, ist dieser Mangel hinzunehmen. Er muss aber ausgeglichen werden durch eine besonders sorgfältige Beweiswürdigung. Ist der Mangel der Justiz zuzurechnen, bedarf es zu einer Verurteilung des Vorliegens weiterer, gewichtiger Beweise.

3. Eingriffe in Grundrechte

a) Der Charakter des Strafverfahrens bringt es mit sich, dass häufig in eines der vornehmsten Grundrechte des Menschen, nämlich in sein Recht auf Freiheit, eingegriffen werden muss. Der Rang dieses Grundrechtes verlangt, dass – eventuell nach einer kurzen Phase der vorläufigen Festnahme – jeder einzelne Abschnitt der Freiheitsentziehung durch eine richterliche Entscheidung gedeckt ist, welche ihrerseits auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruht. Es widerspricht daher eindeutig den Eckpfeilern eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, wenn richterlich die Untersuchungshaft für drei Monate angeordnet und sodann die Sache mit der Anklage an das Gericht abgegeben wird, ohne dass vor dem Ende der Drei-Monats-Frist eine richterliche Entscheidung über die Fortdauer der Untersuchungshaft ergeht. In einem solchen Fall wird die weitere Inhaftierung ohne jegliche rechtliche Grundlage vollzogen. Der EGMR hat das mehrfach in Verfahren gegen Georgien ausgesprochen und das hier in dieser Weise praktizierte Verfahren beanstandet.[11]

Eine Verletzung der Konvention (Art. 5 Abs. 3 EMRK) kann auch dadurch entstehen, dass Untersuchungshaft zu lange andauert.[12]

b) Nach meinen Beobachtungen setzt sich in der internationalen Gesetzgebung ferner allgemein die Tendenz durch, dass staatliche Eingriffe auch in sonstige Grundrechte nur zulässig sind, wenn sie richterlich angeordnet oder gebilligt werden. Einschränkungen ergeben sich daraus, dass in dringenden Fällen eine Eilkompetenz der Verfolgungsbehörden notwendig sein kann. Weitere Probleme können entstehen, wenn staatliche Funktionen des Geheimdienstes, der gefahrenabwehrenden Polizei und der Strafverfolgung miteinander verzahnt sind. Solche Konstellationen werden in Fällen organisierter Kriminalität immer häufiger, wenn beispielsweise eine Bande von

[10] Entscheidung vom 12.7.2007 – *Kovac ./.* Kroatien – Beschwerdenummer 503/05, Rn. 26.

[11] Entscheidung vom 27.1.2009 – *Ramishvili & Kokhreidze ./.* Georgien – Beschwerdenummer 1704/06, Rn.106.

[12] Entscheidung vom 10.3.2009 – *Bykov ./.* Russland – Beschwerdenummer 4378/02, Rn. 67.

Menschenhändlern oder Waffenschmugglern gleichzeitig observiert werden muss, die potentiellen Opfer zu schützen sind und einzelne Täter bereits überführt werden können.

Der EGMR hat zum Richtervorbehalt, soweit ersichtlich, bisher keine Entscheidungen gefällt.

4. Faires Verfahren (Art. 6 EMRK)

Art. 6 EMRK enthält eine Fülle von einzelnen Mindestgarantien, die überwiegend Grundlage jedes rechtsstaatlichen Verfahrens sein müssen. Auch die Rechtsprechung des EGMR zieht die Vorschriften dieses Artikels in aller Regel heran, ohne dass damit eine Systematik verbunden wäre. Aber insgesamt hat Art. 6 EMRK, auch wenn der Begriff des fairen Verfahrens selbst undeutliche Konturen hat, in der Rechtsprechung überragende Bedeutung gewonnen.

a) Die zentrale Bedeutung des in Art. 6 EMRK niedergelegten Gebots des fairen Verfahrens illustriert zunächst die Rechtsprechung zur unzulässigen Tatprovokation.

Der Beschwerdeführer war Staatsanwalt. – A., ein Angehöriger einer Einheit zur Korruptionsbekämpfung, trat an ihn mit der Bitte heran, er möge gegen die Zahlung einer bestimmten Summe in einer bestimmten Sache einen Freispruch erwirken. Der Beschwerdeführer weigerte sich zunächst, nahm das Angebot später aber an. Er wurde wegen Bestechlichkeit verurteilt.

Der EGMR betont, dass der Gebrauch verdeckter Ermittlungsmethoden nicht unzulässig sei. Die Verwertung der dadurch gewonnenen Beweise vor Gericht könne aber dem Gebot der Verfahrensfairness zuwiderlaufen. Das sei der Fall bei einer unzulässigen Tatprovokation. Unzulässig ist eine Tatprovokation, wenn eine Person, deren Tätigkeit dem Staat zuzurechnen ist, sich nicht in erster Linie auf eine passive Aufklärung strafbarer Aktivitäten beschränkt, sondern einen solchen Einfluss auf den Betroffenen ausübt, dass sie diesen zur Begehung einer Straftat anstiftet, die anderenfalls nicht begangen worden wäre.[13] In der deutschen Rechtsprechung wird insoweit formuliert, dass die Tatprovokation unzulässig ist, wenn eine unverdächtige, nicht tatgeneigte Person verleitet wird. Der EGMR führt weiter aus, dass in jedem Fall für die Tätigkeit der verdeckten Ermittlung klare Grenzen und Regeln vorhanden sein müssten.

b) Die Zulässigkeit verdeckter Ermittlungen beurteilte die EGMR nach Art. 8 und nach Art. 6 EMRK.

---

[13] Entscheidung vom 5.2.2008 – *Ramanauskas ./.* Litauen – Beschwerdenummer 74420/01, Rn. 73; Entscheidung vom 9.6.1998 – *Teixeira de Castro ./.* Portugal – Beschwerdenummer 44/1997/828/1034, Rn. 39.

Der Beschwerdeführer, ein Geschäftsmann, erteilte einem seiner Angestellten die Anweisung, einen früheren Partner zu ermorden und übergab ihm dazu eine Waffe. Der Angestellte offenbarte sich jedoch der Polizei. Diese gab wahrheitswidrig in der Presse bekannt, dass im Hause des früheren Partners zwei Tote gefunden worden seien. Auf Weisung der Polizei begab sich der Angestellte sodann zu dem Beschwerdeführer. Aus dem geführten Gespräch mit ihm, welches mit technischen Mitteln aufgezeichnet wurde, ergab sich, dass der gegen den Beschwerdeführer erhobene Vorwurf zu Recht bestand.

Der EGMR beurteilte dieses operative Vorgehen als Verstoß gegen Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens). Er meinte, verdeckte Ermittlungen seien zwar nicht unzulässig. Erforderlich seien aber präzise Vorschriften, welche Inhalt und Grenzen der Ermächtigung klar bestimmen. Dazu gehören insbesondere Sicherungen für den Betroffenen, welche im vorliegenden Fall fehlten und die operativen Ermittlungen ungesetzlich machten.[14] Keinen Verstoß erblickte das Gericht dagegen in dem Umstand, dass der Betroffene durch Täuschung zu selbstbelastenden Äußerungen verleitet wurde. Das Verfahren sei insofern fair gewesen, denn der Betroffene sei hier nicht in einer Zwangslage – etwa in Haft – gewesen. Vielmehr habe er aus freier Entscheidung und ohne Druck seine Äußerungen gemacht.[15]

c) Die Freiheit vom Zwang zur Selbstbelastung und das Schweigerecht des Beschuldigten gehören zu den grundlegenden Rechten des Beschuldigten in jedem Strafverfahren. Sie sind in der EMRK nicht ausdrücklich garantiert, wohl aber in Art. 14 Abs. 3 Buchst. g) des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte. Der EGMR leitet sie aus Art. 6 Absatz 1,2 EMRK her.[16]

In der konkreten Rechtsanwendung beschreitet der EGMR allerdings eigene Wege. Es wurde bereits erwähnt, dass er in der Sache Jalloh – es ging um den Einsatz von Brechmitteln, damit ein verschlucktes Behältnis mit Rauschgift sichergestellt werden konnte – einen Verstoß gegen das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit bejaht hat, obwohl dem Beschuldigten nicht eine Äußerung abverlangt wurde, sondern die passive Duldung der Anwendung von Zwang.[17] Diese Auffassung hat er in einer späteren Entscheidung näher erläutert.

Zwei verschiedene Kraftfahrzeuge, deren Halter die Beschwerdeführer waren, wurden von Blitzlichtkameras fotografiert, als sie jeweils schneller als erlaubt fuhren. Die Beschwerdeführer erhielten Schreiben mit der Aufforderung,

[14] Entscheidung vom 10. 3. 2009 – *Bykov ./.* Russland – Beschwerdenummer 4378/02, Rn.78.

[15] Entscheidung vom 10 .3. 2009 – *Bykov ./.* Russland – Beschwerdenummer 4378/02, Rn. 101, 102.

[16] Entscheidung vom 29.6. 2007 – *O'Halloran & Francis ./.* Großbritannien – Beschwerdenummern 15.809/02, 25.624/02, Rn. 35.

[17] Entscheidung vom 11.7.2006 – *Jalloh ./.* Deutschland – Beschwerdenummer 54.810/00 , Rn. 110 ff., 122.

den Fahrer anzugeben. Für den Fall der Weigerung wurde ihnen Strafverfolgung angedroht. Der eine Beschwerdeführer bekannte, der Fahrer gewesen zu sein und wurde wegen Geschwindigkeitsübertretung verurteilt. Der andere Beschwerdeführer verweigerte eine Äußerung und wurde deswegen verurteilt.

Der EGMR führte aus, dass nicht jeder Druck zur Selbstbelastung bereits die EMRK verletze; es komme auf die Umstände an. Die Entscheidung hänge von der Natur und der Stärke des ausgeübten Zwanges, von den vorhandenen Verfahrensgarantien und von dem Verwendungszweck der begehrten Auskunft oder des begehrten Materials ab.[18] Danach liege bei dem ersten Beschwerdeführer kein unzulässiger Zwang vor. Beim zweiten Beschwerdeführer liege der Gesetzesverstoß bereits in der Weigerung sich zu äußern selbst; er sei daher nicht zu einer Aussage gezwungen gewesen.

Die recht pragmatische Entscheidung ist wohl nur vor dem Hintergrund einer vielfach von Verkehrsteilnehmern geübten Praxis zu verstehen, die darin bestand, bei Verkehrsverstößen systematisch Angaben zu verweigern, um so ihre Überführung zu verhindern. In Deutschland wurde das Problem dadurch gelöst, dass man dem Halter des Fahrzeuges die Verfahrenskosten auferlegte und der Polizei die Befugnis gab, den Halter zur Führung eines Fahrtenbuches zu verpflichten.

III.

Welche Erkenntnisse lassen sich aus solchen Fällen für unser Thema gewinnen? Nun – zunächst ist die eingangs getroffene Feststellung bestätigt, dass die Bedeutung der rechtsstaatlichen Grundlagen des Strafverfahrens am besten an Fallbeispielen zu erläutern ist, weil wir in der EMRK eine positive Rechtsgrundlage haben, welche die konkrete Arbeit am Gesetzestext ermöglicht und die Ableitung unverfügbarer Prinzipien aus einem allgemeinen Rechtsstaatsbegriff entbehrlich macht. Freilich: Auch die Arbeit mit dem Text der EMRK, ihre Auslegung, muss einem leitenden Prinzip folgen, sie kann nicht willkürlich sein. Doch das Gebot der Achtung der Menschenwürde ist dafür ein tragfähiges Konzept. Die Behandlung des Beschuldigten als Subjekt, als Rechtsträger statt als Gewaltunterworfener, ist eine konsensfähige Leitlinie.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ist berufen, die Grundlagen des rechtsstaatlichen Strafverfahrens zu wahren und seine Ausprägungen durch seine Judikatur im Einzelfall zu verfeinern. Die Mitgliedsstaaten des Europarats haben sich verpflichtet, die Urteile des EGMR zu achten und innerstaatlich zu berücksichtigen.

---

[18] Entscheidung vom 29.6.2007 – *O'Halloran & Francis J.* Großbritannien – Beschwerdenummern 15.809/02, 25.624/02, Rn. 55.

Die erfolgreiche Tätigkeit des Gerichtshofs hat neben der Anhebung des Standards der Achtung der Menschenrechte in den einzelnen Staaten eine weitere wichtige Funktion. Seine auf alle Staaten ausstrahlende Rechtsprechung wirkt vereinheitlichend. In allen 47 Mitgliedstaaten des Europarates und darüber hinaus in den assoziierten Ländern haben die Menschenrechte im Wesentlichen denselben Inhalt. Das schafft in diesen Staaten ein gemeinsames Bewusstsein für die hohe Bedeutung und Geltungskraft der Menschenrechte.

Prof. Dr. Burkhard Jähnke
Friedrich-Schiller-Universität Jena

Abstract: Unverfügbares im rechtsstaatlichen Strafprozess und die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Der Beitrag befasst sich mit dem Begriff des Rechtsstaates und den aus diesem Begriff sich ergebenden Anforderungen an das Strafverfahren, die anhand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dargelegt werden.

Rechtsstaat bedeutet Selbstbindung des Staates durch Anerkennung und Beachtung des Rechts. Der Begriff ist einerseits formeller Natur und bezieht sich auf die Organisationsstrukturen und die Handlungsprinzipien des Staates, so die Gewaltenteilung, die Unabhängigkeit der Justiz. Das formelle Prinzip wird andererseits ergänzt durch heute allgemein anerkannte materielle Grundsätze wie die Achtung der Menschenwürde, das Folterverbot, die Verfahrensfairness. Achtung der Menschenwürde bedeutet, dass jeder Mensch Subjektqualität hat und der Staat ihn nicht als Gegenstand, als Objekt behandeln darf, mit dem er nach Willkür verfahren kann.

Alles dies ist auch in der Europäischen Konvention über die Menschenrechte und Grundfreiheiten verankert. Zur Auslegung dieser Konvention ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg berufen. Seine Entscheidungen ergeben im Einzelnen, was zum rechtsstaatlichen Strafprozess und zum Schutz der Menschenwürde gehört.

Anhand von einzelnen Beispielen aus der Rechtsprechung führt der Beitrag unter anderem aus, welche Anforderungen danach an die Unabhängigkeit der Justizorgane zu stellen sind, welche Grenzen für die Behandlung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren gelten müssen und welche grundlegenden Verfahrensgarantien bestehen.

პროფ. დოქტორი, ბურქჰარდ იენკე
იენის ფრიდრიხ შილერის უნივერსიტეტი

სისხლის სამართლის პროცესი სამართლებრივ სახელმწიფოში და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს დანიშნულება

რეზიუმე

წინამდებარე მოხსენება ეხება სამართლებრივი სახელმწიფოს ცნებასა და აღნიშნული ცნებიდან გამომდინარე, სისხლის სამართლის საქმეებისადმი არსებულ მოთხოვნებს, რომლებიც ჩამოყალიბებულია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს სასამართლო პრაქტიკის საფუძველზე.

სამართლებრივი სახელმწიფო ნიშნავს სახელმწიფოს ბოჭვას სამართლის აღიარებითა და პატივისცემით. ერთი მხრივ, აღნიშნული ცნება ფორმალური ბუნებისაა და ეხება სახელმწიფოს ორგანიზაციულ სტრუქტურასა და მოქმედების პრინციპებს, როგორიცაა, მაგალითად, ხელისუფლების განაწილება, სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობა. მეორე მხრივ, ფორმალურ პრინციპს ემატება დღესდღეობით საყოველთაოდ აღიარებული მატერიალური პრინციპები, როგორიცაა ადამიანის პატივისა და ღირსების პატივისცემა, წამების აკრძალვა, სამართლიანი სასამართლო. ადამიანის პატივისა და ღირსების პატივისცემა ნიშნავს, რომ ყოველ ადამიანს გააჩნია სუბიექტის ხარისხი, ხოლო სახელმწიფომ უნდა განიხილოს იგი არა როგორც საგანი, ობიექტი, რომელსაც ის შესაძლოა მოეპყროს თვითნებურად.

ყოველივე ეს გაწერილია ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა ევროპულ კონვენციაში. კონვენციის განმარტება კი ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეროგატივაა. მისი ცალკეული გადაწყვეტილებები განმარტავს, თუ რა არის სისხლის სამართალწარმოება და ადამიანის პატივისა და ღირსების დაცვა სამართლებრივ სახელმწიფოში.

სასამართლო პრაქტიკის ცალკეული მაგალითების საფუძველზე, მოხსენებაში საუბარია ასევე სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობისადმი არსებული მოთხოვნების შესახებ, ბრალდებულისადმი მოპყრობის თუ რა ფარგლები და რა ძირითადი საპროცესო გარანტიები უნდა არსებობდეს წინასწარ გამოძიებაში.

Außenwissenschaftspolitik*

von

Prof. Dr. iur. Dr. phil. Eric Hilgendorf, Universität Würzburg

I. Einleitung: Was bedeutet „Außenwissenschaftspolitik des Rechts"?

Angesichts der weltweiten Rezeption des deutschen Strafrechts – ich nenne nur Lateinamerika, Ostasien und die Türkei – wirkt die deutsche Strafrechtswissenschaft heute weit über Europa hinaus. Dabei ist oft nicht klar, was zuerst rezipiert wurde, das Strafrecht oder die Strafrechtswissenschaft. Häufig wird es sich wohl so verhalten haben, dass ausländische Strafrechtswissenschaftler nach Deutschland kamen, um sich über Vor- und Nachteile des deutschen Modells zu informieren, und dann später in ihrem Heimatland mehr oder weniger große Teile des deutschen Strafrechts rezipiert wurden. Mit der Strafrechtsrezeption wächst aber auch die Bedeutung der deutschen Strafrechtswissenschaft, so dass wir es mit einem dialektischen oder, weniger anspruchsvoll formuliert, mit einem Wechselwirkungsprozess zu tun haben, in dem die eine Seite die andere nachzieht.

In allgemeiner Perspektive lassen sich cum grano salis folgende Formen der Rechtsverbreitung unterschieden: die Vollrezeption, die Teilrezeption und die Übernahme spezifischer Lösungsansätze (etwa zur Bewältigung von Internet- oder Finanzmarktkriminalität). Quer dazu steht die Unterscheidung von bewusster und gesteuerter Übertragung und nicht unmittelbar gesteuerter Diffusion von Recht.[1]

Keine dieser Verbreitungsformen tritt gleichsam „naturwüchsig" in Erscheinung. Vielmehr beruht die Verbreitung von Recht auf menschlichem Tun oder Unterlassen, auf Handlungen, die freilich nicht bewusst auf die Verbreitung von Recht gerichtet sein müssen. In vielen, wohl sogar in den meisten Fällen beruht die Übernahme von Recht auf menschlichen Entscheidungen, die nicht bewusst auf den Transport von Recht gerichtet waren. Damit stellt sich die Frage, ob es nicht möglich und vielleicht sogar zweckmäßig ist, die Voraussetzungen erfolgreichen Rechtstransports herauszuarbeiten, explizit zu machen und so eine bewusste Außenwissenschaftspolitik des Rechts erst zu ermöglichen. Derartigen Fragen möchte ich mich in meinem Vortrag zuwenden. Ich greife dabei Überlegungen auf, die ich erstmals in der Festschrift zum 80sten Geburtstag

---

[1] * Bei dem nachfolgend abgedruckten Text handelt es sich um einen nur geringfügig geänderten und mit einigen Fußnoten versehenen Vortrag, den der Verfasser im Herbst 2011 in Tiflis im Rahmen des von der VolkswagenStiftung geförderten, von Heiner Alwart geleiteten deutsch-georgischen Strafrechtsprojekts gehalten hat.

Differenzierend *H. Jung* ZStW 121 (2009), 467.

Roxins publiziert habe.[2]

Es geht also darum, das, was wir, soweit wir rechtsvergleichend oder zumindest „Recht in das Ausland transportierend" tun, unsere Praxis also, ins Bewusstsein zu heben und theoretisch zu erfassen. Erst in dieser Form können die Elemente unserer Praxis sinnvoll analysiert und kritisch auf ihre Zweckdienlichkeit hin überprüft werden. Um nicht zu abstrakt zu bleiben, möchte ich mich an einem von mir selbst in den Jahren 2007-2010 durchgeführten, von der VolkswagenStiftung unterstützten juristischen Kooperationsprojekt mit Aserbaidschan orientieren.

Eine Außenwissenschaftspolitik des Rechts bzw. der Rechtswissenschaft geht von der Frage aus, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit Rechtsexport gelingen kann. Im Ausdruck „Rechtsexport" klingt bereits eine gewisse Nähe zur „Außenwirtschaftspolitik" an. In der Tat wurde das Konzept einer „Außenwissenschaftspolitik" unter bewusstem Bezug auf die „Außenwirtschaftspolitik" gebildet. Der Gedanke einer Außenwissenschaftspolitik des Rechts ist deshalb auch verbunden mit der in den letzten Jahren vielfach thematisierten Vorstellung eines „Wettbewerbs der Rechtsordnungen". Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an die Initiative „Law made in Germany" des Bundesministeriums für Justiz.[3]

II. Zur Geschichte des Konzepts einer „Außenwissenschaftspolitik"

Als Geburtsjahr des Konzepts „Außenwissenschaftspolitik" kann das Jahr 2006 gelten, als der Begriff von dem früheren Generalsekretär der Alexander von Humboldt-Stiftung Georg Schütte in die Debatte eingeführt wurde. In einem Artikel für die Wochenzeitschrift „Die Zeit" schrieb er, die Globalisierung der Wirtschaft und der Wissenschaft habe die deutsche Wissenschaft in eine neue Phase katapultiert: eine Phase internationaler Kooperation – und Konkurrenz. Im industriellen Zeitalter sei Deutschland den internationalen Herausforderungen für die nationale Wirtschaft mit einer Außenwirtschaftspolitik begegnet. In der neuen Zeit globaler Wissensvernetzung und Innovationskonkurrenz brauche Deutschland eine Außenwissenschaftspolitik.[4] Schütte bezog sich dabei insbesondere auf die Konkurrenz der Wissenschaftssysteme um die besten Forscher, die Vermeidung von „brain drain", also der Abwanderung von begabten Wissenschaftlern in andere Länder, die Notwendigkeit neuer Schnittstellen zwischen

---

[2] *E. Hilgendorf*, Von der juristischen Entwicklungshilfe zum Rechtsdialog. Prolegomena zu einer Außenwissenschaftspolitik des Rechts, in: Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Band 2, 2011, S. 1451-1463. Im hier abgedruckten Vortrag wird der Text aus der Festschrift teilweise wörtlich übernommen.

[3] Vgl. www.lawmadeingermany.de und dazu die Beiträge von *B. Kamphausen* DRiZ 2009, 2 und *J. Jahn* DRiZ 2009, 5; vgl. auch schon *C. Budras* DRiZ 2008, 225 und *J. Gehb* DRiZ 2008, 222.

[4] Die Zeit, Ausgabe 16 vom 12. 4. 2006, S. 83. Vgl. auch *dens.* (Hrsg.) Wettlauf ums Wissen. Außenwissenschaftspolitik im Zeitalter der Wissensrevolution, 2008; zusammenfassend *ders.* in: D. Simon, A. Knie, S. Hornbostel (Hrsg.) Handbuch Wissenschaftspolitik, 2010, S. 151 – 161.

universitärer und außeruniversitärer Forschung sowie einen besseren Schutz geistigen Eigentums im globalen Wettbewerb.

Im Jahr darauf griff die Friedrich Ebert-Stiftung den Faden auf und organisierte eine Tagung mit dem Titel „Wissenschaftsaußenpolitik. Deutschland als Knotenpunkt im weltweiten Wissensnetzwerk".[5] In ihrer Einleitung erklärte Anke Fuchs, die damalige Vorsitzende der Friedrich Ebert-Stiftung, „95 Prozent des weltweiten Wissens" entstünden außerhalb Deutschlands: „Um Forschung und Entwicklung zu betreiben und Innovationen zu ermöglichen, ist Zugang zu diesem Wissen erforderlich. Nicht zuletzt lassen sich globale Fragen wie der Klimawandel und Energiesicherheit – oder auch die Finanzkrise – nur im internationalen Austausch lösen. Wissenschaft ist international, Wissenschaftspolitik und Forschungsförderung sind aber immer noch weitgehend national ausgerichtet."[6]

Auch wenn unklar ist, wie die Quantifizierung („95 %") des inner- und außerhalb Deutschland entstehenden Wissens zustande kommt, erscheint das Konzept einer Internationalisierung von Wissenschaftspolitik und Forschungsförderung doch einsichtig. Es gehe, so Fuchs, darum, Wissenschaft weiter zu internationalisieren und deutsche Wissenschaftler besser in internationale Netzwerke einzubinden. Außerdem müsse Deutschland zu einem „weltoffenen Land" werden, das für ausländische Wissenschaftler attraktiv sei und es ihnen leicht mache, hier zu arbeiten. „Im Zentrum von Wissenschaftsaußenpolitik steht daher das Ziel, Deutschland zu einem Knotenpunkt im weltweiten Wissensnetzwerk zu machen."[7]

Dieses Ziel stimmt mit der Strategie der deutschen Bundesregierung zur Internationalisierung von Wissenschaft und Forschung überein, die das Bundesministerium für Bildung und Forschung im Februar 2008 vorstellte.[8] Darin werden folgende Aufgaben benannt: Die Forschungszusammenarbeit mit den weltweit Besten soll gestärkt werden. Zu diesem Zweck fordert die Bundesregierung, die Kooperation deutscher Forscher mit den besten und innovativsten Wissenschaftlern außerhalb Deutschlands zu intensivieren. Des Weiteren sollen Innovationspotenziale international erschlossen werden. Dies bedeute, dass deutsche Unternehmen mit den führenden und neu entstehenden High-Tech-Standorten und den kreativsten Zentren für Forschung und Entwicklung weltweit zusammenarbeiten sollten.

Darüber hinaus soll die Zusammenarbeit mit Entwicklungsländern in Bildung, Forschung und Entwicklung nachhaltig gestärkt werden. Die wissenschaftlich-technol-

[5] *A. Borgwardt* (Hrsg.) Wissenschaftsaußenpolitik. Deutschland als Knotenpunkt im weltweiten Wissensnetzwerk. Konferenzbericht der Veranstaltung vom 13. November 2008, Friedrich Ebert-Stiftung, 2009.

[6] Zitiert nach: Konferenzbericht (Fn. 5) S. 7.

[7] A.a.O.

[8] Deutschlands Rolle in der globalen Wissensgesellschaft stärken. Strategie der Bundesregierung zur Internationalisierung von Wissenschaft und Forschung, vorgelegt im Februar 2008, abrufbar unter http://www.bmbf.de/pub/Internationalisierungsstrategie.pdf.

ogische Zusammenarbeit und die Entwicklungszusammenarbeit mit Ländern in Afrika, Lateinamerika und Asien müsse besser aufeinander abgestimmt werden. Schließlich postuliert die Regierung, dass Deutschland international Verantwortung übernehmen und globale Herausforderungen bewältigen solle. Deutschland müsse durch sein Forschungs- und Innovationspotential zur Bewältigung der globalen Klima-, Ressourcen-, Gesundheits-, Sicherheits- und Migrationsherausforderungen beitragen.

Ein Jahr darauf, im Januar 2009, stellte das deutsche Auswärtige Amt die „Initiative Außenwissenschaftspolitik" vor.[9] Ziel der Initiative ist es, einen zusätzlichen Beitrag zur internationalen Zusammenarbeit in Bildung und Forschung zu leisten. Dazu sollen sog. „Wissenschafts- und Innovationshäuser" im Ausland errichtet werden, die bereits bestehende oder zukünftige Angebote deutscher Wissenschaftseinrichtungen vor Ort bündeln. Des Weiteren ist geplant, in ausgewählten Partnerländern unter Beteilung deutscher Hochschulen „Exzellenzzentren der Forschung und Lehre" zu errichten. Auf diese Weise soll ein Netz von „Leuchttürmen" wissenschaftlicher Zusammenarbeit geschaffen werden.

Hochqualifizierte ausländische Akademiker seien mit attraktiven Stipendienangeboten nach Deutschland zu holen, um hier zu studieren, zu promovieren oder in der Forschung zu arbeiten. Alumni-Netzwerke (das Auswärtige Amt nennt insbesondere Alumni des DAAD und der Alexander von Humboldt-Stiftung) sollen die internationale Zusammenarbeit erleichtern. Schließlich soll auch das internationale Angebot zum Erlernen der deutschen Sprache qualitativ und quantitativ ausgebaut werden. Dazu werden zusätzliche Stipendien für ausländische Sprachlehrer zur Weiterbildung in Deutschland in Aussicht gestellt; darüber hinaus sollen moderne Technologien wie das Internet zum Einsatz kommen.

III. Prämissen einer Außenwissenschaftspolitik des Rechts

Auch wenn die Sprache der skizzierten Verlautbarungen und Absichtserklärungen bisweilen formelhaft und wenig konkret anmutet, scheint mir die Idee einer Außenpolitik der Wissenschaft, und damit auch der Rechtswissenschaft, wichtig und zukunftsweisend zu sein. Ein erster Schritt müsste wohl darin bestehen, die Problemlage realistisch, und das heißt: ohne die traditionelle nationalstaatliche Verengung, zu erfassen. Deutschland steht heute als eines der Kernländer des „civil law" in Konkurrenz zu den Ländern, die angelsächsisches Recht praktizieren, d.h. vor allem zu England und zu den USA. Im Weltmaßstab scheint das case law an Bedeutung zu verlieren, dies wohl auch deshalb, weil neue technologische Herausforderungen am ehesten durch einen Gesetzgeber, und nicht durch einen auf alte Rechtsfälle blickenden Richter, bewältigt werden können.

Eine Außenwissenschaftspolitik des Rechts hat zum zweiten zu berücksichtigen, dass hinsichtlich der Außenwirkung des Rechts deutliche Unterschiede zwischen Zivil-

[9] www.auswaertiges-amt.de/awp.

recht, Strafrecht und (sonstigem) öffentlichem Recht bestehen. Das BGB ist weltweit rezipiert worden, vor allem in Ostasien und in Südamerika. In diesen Ländern ist der Einfluss des deutschen Zivilrechts und der deutschen Zivilrechtswissenschaft stark.[10] Noch ausgeprägter ist die weltweite Rezeption des deutschen Strafrechts. Japan und Korea orientieren sich eng am deutschen Strafrechtsmodell, und über diese Länder hat deutsches Strafrecht auch in China Einfluss gewonnen.[11] Auch in Lateinamerika ist der Einfluss des deutschen Strafrechts erheblich, ebenso schließlich in der Türkei. Hier in Georgien existieren schon seit langem gute Kontakte zur deutschen Strafrechtswissenschaft. Aus dem öffentlichen Recht hat etwa die deutsche Ausprägung der Verfassungsgerichtsbarkeit international Einfluss genommen, u. a. auf viele Staaten der früheren Sowjetunion.[12] Zu erwähnen sind schließlich auch allgemeine Kooperationen auf dem Gebiet der Rechtspolitik.[13]

Die Zeit eines einseitigen Rechtsexports ist jedoch vorbei.[14] Dies wird gerade mit Blick auf die ostasiatischen Länder sehr deutlich. Südkorea und Japan haben mit Deutschland wirtschaftlich gleichgezogen; die Gesellschaften dort sind weit entwickelt, in manchen Bereichen, etwa der Internettechnik, sogar weiter als Deutschland. China kann schon aufgrund seiner Größe und seiner uralten Kultur europäisches Recht nicht einfach übernehmen. Mittel- und Zentralasien standen lange unter sowjetischem Einfluss und beginnen nun, sich auf ihre eigene Geschichte zu besinnen, ohne jedoch ihre kulturelle Nähe zu den Nachbarstaaten abschütteln zu können. Die Zukunft gehört daher nicht dem einseitigen Rechtsexport, sondern dem Rechtsdialog unter Gleichen. Auch deshalb erscheint dass Projekt von Herrn Alwart so außerordentlich gelungen, weil er sein Projekt von Anfang im Sinne einer partnerschaftlichen Zusammenarbeit, und nicht nach Maßgabe einer juristischen Entwicklungshilfe, aufgebaut hat.

Ein sehr wichtiger, bislang aber m.E. noch nicht hinreichend gewürdigter Aspekt eines solchen Dialogs ist gegenseitiges Verständnis verbunden mit der Bereitschaft zum Abbau von kulturbedingten Missverständnissen, also „interkulturelle Kompetenz", die als neue Schlüsselqualifikation auch in die juristische Ausbildung eingeführt werden muss. Mit interkultureller Kompetenz meine ich die Fähigkeit, kulturell bedingte Missverständnisse, Spannungen und Konflikte als solche zu erkennen, rational zu analysieren und unter Umständen zu lösen. Es versteht sich von selbst, dass die Fähigkeit, die genannten Probleme vorausschauend zu vermeiden, ebenfalls zur interkulturellen Kompetenz zählt. Es handelt sich m.E. um eine Schlüsselkompetenz einer erfolgreichen Außenwissenschaftspolitik. In Würzburg existiert ein sechs Fakultäten umfassendes Universitätsprojekt, das sich seit 2008 der Vermittlung interkultureller Kompetenz an

---

[10] Für China siehe nur *X. Sun* RabelsZ 71 (2007), 644.

[11] Dazu die Beiträge in *E. Hilgendorf* (Hrsg.) Ostasiatisches Strafrecht, 2010.

[12] *R. Arnold* ZöR 61 (2006), 1.

[13] Exemplarisch *V. Busse* ZG 2010, 193.

[14] Vgl. auch *H. Jung* ZStW 121 (2009), 467.

Studierende widmet.[15]

IV. Strukturelemente einer Außenwissenschaftspolitik des Rechts

Für eine strukturorientierte Darstellung einer Außenwissenschaftspolitik des Rechts lassen sich vier Perspektiven unterscheiden: die Zielperspektive, die Gegenstandsperspektive, die Perspektive auf die Akteure und die Perspektive auf die jeweils Einfluss nehmenden Rahmenbedingungen.

1. Die Zielperspektive

Nach dem hier vertretenen Konsensmodell sollten die Ziele einer Außenwissenschaftspolitik des Rechts von vornherein mit den ausländischen Partnern abgestimmt werden. Wer nur Eigeninteressen verfolgt, etwa solche wirtschaftlicher oder politischer Art, wird bei seinen ausländischen Partnern leicht Misstrauen erzeugen. Aus diesem Grund ist auch eine einseitig erfolgende, aus der Haltung vermeintlicher Überlegenheit heraus aufoktroyierte Menschenrechtspolitik fehl am Platz. Vielmehr gilt es, den ausländischen Partner an allen Planungen und Zielsetzungen gleichberechtigt teilhaben zu lassen. Nur so lässt sich auf beiden Seiten ein volles Engagement gewährleisten.

2. Die Gegenstandsperspektive

Was sind die Inhalte, die im Rahmen des Rechtsexports übertragen werden? Eine erste, eben bereits angesprochene wichtige Unterscheidung ist die zwischen dem Recht und seiner wissenschaftlichen Behandlung, also der Rechtswissenschaft. Die Übernahme von Recht ist von der Übernahme rechtswissenschaftlicher Elemente logisch unabhängig, obwohl rein faktisch betrachtet es natürlich naheliegt, sich nach der Übernahme bestimmter Rechtselemente eines Landes auch mit dessen Rechtswissenschaft zu beschäftigen. So beruht das große Interesse japanischer und koreanischer Rechtswissenschaftler an der deutschen Rechtswissenschaft darauf, dass Japan zu Beginn des 20. Jahrhunderts deutsches Recht übernommen und dieses später auch auf Korea übertragen hat.

Allerdings genießt die deutsche Rechtswissenschaft durchaus auch eigenständiges Interesse und wird keineswegs nur als „Zugabe" zur Übernahme deutschen Rechts betrachtet. Ich schlage vor, in diesem Zusammenhang erneut zwei Bereiche zu unterscheiden: die Themen der deutschen Rechtswissenschaft und ihren Stil bzw. ihre Methode.

Was die Themen der deutschen Strafrechtwissenschaft betrifft, so untergliedern wir bekanntlich den Gesamtbereich des materiellen Strafrechts in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil. Im Besonderen Teil geht es um die einzelnen Delikte oder Unrechtstypen wie Totschlag, Diebstahl, Vergewaltigung usw. Im Hinblick auf die Art und

[15] Nähere Informationen unter www.gsik.de.

Weise der Beschäftigung mit diesen Gebieten ist die Rechtsdogmatik zu unterscheiden von einer eher rechtspolitischen, rechtssoziologischen oder rechtshistorischen Herangehensweise.

Im Zentrum der deutschen Strafrechtswissenschaft steht die Rechtsdogmatik, also die in systematischer Perspektive durchgeführte Begriffsanalyse des geltenden Rechts. Es handelt sich ihrem Ideal nach um eine gleichermaßen von Eigenwertungen wie auch von empirischen Elementen freie rein begriffliche Tätigkeit. Ob diese Idealvorstellung in der Praxis der Rechtswissenschaft durchgehalten wird, braucht hier nicht näher thematisiert zu werden.[16] Festzuhalten ist aber, dass Rechtsdogmatik, und zwar vor allem die Rechtsdogmatik des Allgemeinen Teils des StGB, seit jeher den Mittelpunkt des deutschen Strafrechtsexports bildet. Die deutsche Strafrechtswissenschaft steht, nicht ganz zu Unrecht, im Ruf, es bei der begrifflichen, logischen und systematischen Erfassung des geltenden Strafrechts zu besonderer Meisterschaft gebracht zu haben. Es ist also die Theorie des Strafrechts, die das deutsche Strafrecht weltweit so attraktiv macht.

Dabei handelt es sich freilich keineswegs um „bloße" Theorie, denn in der deutschen Strafrechtsdogmatik wird die Anwendungsperspektive stets mitgedacht und dogmatische Feinheiten werden an praktischen Fällen erläutert. Die Besonderheit der Strafrechtsanwendung nach Maßgabe einer entwickelten Strafrechtsdogmatik liegt darin, dass die Anwendung des Strafrechts in jedem Fall regelgeleitet ist. Damit wird sie nachvollziehbar, überprüfbar und kann auch kritisiert werden. Der Strafrechtsanwender wird so an das geltende Strafrecht gebunden. Diese rechtsstaatliche Perspektive ist ein Hauptgrund für die hohe Attraktivität des deutschen Strafrechts im Ausland, denn sie bedeutet die Bindung des Richters an das Gesetz und damit den Ausschluss von Willkür.

Natürlich findet auch der Besondere Teil des deutschen Strafrechts im Ausland Beachtung. So ist etwa das auf das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (WiKG) von 1986 zurück gehende deutsche Computerstrafrecht in Korea und Japan rezipiert worden. Die rechtliche Bewältigung aktueller technischer Entwicklungen wie der Stammzellforschung, des cloud-computing oder der Robotik erfordert grenzüberschreitende, internationale Lösungen, an deren Ausarbeitung sich auch Strafrechtswissenschaftler unterschiedlicher Länder beteiligen. Teilweise werden auch meta-dogmatische Fragestellungen, also Überlegungen über die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik im Ausland weitergeführt, so etwa die von der „Frankfurter Schule der Strafrechtswissenschaft" angestoßene Debatte um die Ausweitung und Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes.[17] Dennoch bleibt festzuhalten, dass im Mittelpunkt der ausländischen Interesse die Kerndogmatik des Allgemeinen Teils steht.

---

[16] Näher dazu *E. Hilgendorf/L. Kuhlen* (Hrsg.), Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz, 2000.

[17] Repräsentativ etwa der vom Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. herausgegebene Band: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995.

3. Perspektive auf die Akteure

Ein dritter Aspekt, der im Zusammenhang mit der Außenwissenschaftspolitik beachtet werden muss, sind die Akteure. Hier gilt, dass gute, Ostasiaten würden sagen: harmonische persönliche Beziehungen die Grundlage jeder erfolgreichen rechtlichen Zusammenarbeit sind. Die Harmonie unter den wissenschaftlichen Akteuren wird teilweise gestört durch unterschiedliche Diskussions- und Argumentationsstile. Johan Galtung hat die Debattierstile von US-Amerikanern, Deutschen, Franzosen und Japanern untersucht und ist dabei auf interessante Unterschiede gestoßen: Während der US-Amerikaner dem Referat seines Kontrahenten selbst bei grundlegender Ablehnung noch positive Aspekte abzugewinnen sucht, diesen lobt und seine Kritik nur in Nebensätzen formuliert, würden Franzosen und erst recht Deutsche sofort und oft ohne jedes höfliche Vorgeplänkel auf die Schwachstellen des gegnerischen Referats losstürmen und dessen (echte oder vermeintliche) Fehler bloßstellen. Humor oder symbolisches Schulterklopfen auch für Vertreter abweichender Ansichten, wie sie im US-amerikanischen oder britischen intellektuellen Debattierstil an der Tagesordnung sind, fehlen. Im Japan wiederum geht es vor allem darum, die präetablierten sozialen Beziehungen nicht zu verletzen und dem Meister, in der Regel also dem ältesten Gruppenmitglied, die nötige Referenz zu erweisen.[18]

Es handelt sich hierbei natürlich über eine Überzeichnung, die jedoch, wie jeder, der ein wenig über internationale Erfahrung verfügt, weiß, eines wahren Kerns nicht entbehrt. Gerade der deutsche rechtswissenschaftliche Debattierstil ist oft unnötig scharf, fast aggressiv, und wirkt auf Vertreter des moderaten angelsächsischen Stils, erst Recht aber auf Wissenschaftler, die den nipponischen Stil gewohnt sind, abschreckend und schockierend. Der deutsche Stil – der sich zum Glück auch in Deutschland selbst langsam auflösen scheint – ist deshalb im Ausland unangebracht. Auch als Rechtswissenschaftler sollte man die nötige interkulturelle Kompetenz besitzen, um Kollegen, die einen anderen Diskussionsstil gewohnt sind, nicht unnötig vor den Kopf zu stoßen.

Wie könnten konkrete Schritte einer zukunftsweisenden juristischen Zusammenarbeit aussehen? Folgende Aspekte scheinen mir von besonderer Bedeutung zu sein:[19]

---

[18] *J. Galtung*, Struktur. Kultur und intellektueller Stil. Ein vergleichender Essay über sachsonische, teutonische, gallische und nipponische Wissenschaft, in: A. Wierlacher (Hg.), Das Fremde und das Eigene, 1985, S. 151-193.

[19] An einem anderen Ansatz orientieren sich die „Schweizer Richtlinien für Forschungspartnerschaften mit Entwicklungsländern", die die Stadien einer erfolgreichen Projektzusammenarbeit wie folgt strukturieren: gemeinsame Zielvereinbarung, Aufbau wechselseitigen Vertrauens, Informationsteilung und Netzwerkentwicklung, Teilung der Verantwortung, Schaffung von Transparenz, fortlaufende Kontrolle und Bewertung der Zusammenarbeit, Verbreitung der Resultate, Anwendung der Resultate, Erhöhung der Forschungskapazitäten, Aufbau neuer Projekte auf dem Erreichten (vgl. die Guidelines for Research in Partnership with Developing Countries. 11 Principles. Swiss Commission for research Partnership with Developing Countries (KFPE), 1998, abrufbar unter http://www.kfpe.ch/key_activities/publications/guidelines/guidelines_e.php).

(1) Wissenschaftleraustausch

Gute wissenschaftliche Kontakte beginnen mit persönlichen Begegnungen. Harmonische menschliche Beziehungen sind eine ganz wesentliche, sogar unverzichtbare Grundlage für jede längerfristig tragfähige wissenschaftliche Zusammenarbeit, in der Jurisprudenz ebenso wie in anderen Disziplinen. Am Beginn einer fruchtbaren wissenschaftlichen Partnerschaft stehen deshalb in aller Regel wechselseitige Besuche, verbunden mit Vorträgen und Diskussionen.

(2) Studentenaustausch und Doktorandenaustausch

Ein zweiter wichtiger Schritt ist der Austausch von Studenten. An vielen Universitäten gibt es inzwischen Programme, die speziell auf die Bedürfnisse auswärtiger Studenten zugeschnitten sind. Zu dem Austausch von Studierenden tritt der Austausch von Doktoranden. Sie sollten idealer Weise bei ihrer Ankunft die Sprache ihres Gastlandes bereits gut beherrschen und ihr Promotionsprojekt sollte zumindest in den Grundzügen feststehen.

(3) Stipendienprogramme

Der Austausch von Studierenden und Doktoranden wird wesentlich erleichtert, wenn der Aufenthalt im fremden Land finanziell gefördert werden kann. In Deutschland existieren zahlreiche Institutionen, die derartige Finanzierungen ganz oder zum Teil übernehmen. Zu nennen sind vor allem der Deutsche Akademische Austauschdienst (DAAD), aber auch die verschiedenen Parteistiftungen. In manchen Fällen ist es möglich, ausländischen Studierenden und jungen Wissenschaftlern Mitarbeiterverträge an Lehrstühlen zu geben.[20] Besondere Bedeutung kommt der Alexander von Humboldt-Stiftung zu, mit deren Hilfe vor allem der Aufenthalt exzellenter Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftler in Deutschland finanziert werden kann.

(4) Gemeinsame Tagungen und andere gemeinsame Projekte

Die wichtigste Form einer Kooperation über den Austausch von Personen hinaus ist die Durchführung gemeinsamer Tagungen. Thematisch sollten diese Tagungen Themen betreffen, die für alle Beteiligten von Bedeutung sind. Andere Projekte betreffen etwa die gemeinsame Ausarbeitung von Lösungsvorschlägen für größere Regelungsprobleme, etwa im Zusammenhang mit Internetkriminalität, Umweltgefährdungen oder prozessualen Fragen.[21] Wichtig bei allen diesen Projekten ist, dass die ausländischen Partner nicht bloß partizipieren, sondern bereits bei der Projektplanung und Projektstrukturierung als

---

[20] Schwierigkeiten bereitet allerdings häufig das universitäre Dienstrecht, das die Anstellung von Ausländern auf Hilfskraft- und Mitarbeiterstellen erschwert. Hier ist dringend Abhilfe erforderlich.

[21] Zu nennen ist etwa das in vielen Ländern intensiv diskutierte Problem der Zulässigkeit von „plea bargaining".

gleichberechtigte Partner eingebunden waren.[22]

(5) Gemeinsame Publikationen

Tagungen und andere gemeinsame Projekte lassen sich durch gemeinsame Publikationen dokumentieren. Derartige Publikationen helfen, das Erarbeitete zu verbreiten, und bilden das Fundament für weitere Kooperationsprojekte. Im Idealfall erscheinen solche Publikationen zweisprachig, doch ist dies, schon wegen der Kosten der Übersetzung und der Zeit, die für die Übersetzungen benötigt wird, nicht immer zu leisten.

(6) Übersetzungen

Ein ambitioniertes Projekt bilden Übersetzungen wissenschaftlicher Arbeiten.[23] Schon seit vielen Jahren werden Texte deutscher Wissenschaftler, vor allem aus dem Strafrecht, aber auch aus dem Zivilrecht und aus dem öffentlichen Recht, in fremde Sprachen übertragen. Diese Arbeit war sehr wichtig und hat geholfen, die rechtswissenschaftliche Partnerschaft zwischen Deutschland und dem Ausland auf eine solide Grundlage zu stellen. Heute ist es jedoch zunehmend von Bedeutung, auch Texte ausländischer, etwa ostasiatischer, südamerikanischer, türkischer oder georgischer Rechtswissenschafter in die deutsche Sprache zu übertragen. Derartige Übersetzungsprojekte sind unverzichtbar, wenn zwischen den Strafrechtswissenschaftlern unterschiedlicher Länder ein echter Dialog zustande kommen soll. Die Zeit, in der nur einseitig deutsche Texte in fremde Sprachen übersetzt wurden, sollte vorbei sein.

(7) Institutionell verfestigte Zusammenarbeit: Zentren, Doktorandenprogramme

Eine langfristige Zusammenarbeit setzt eine gewisse institutionelle Verfestigung der Kooperation voraus. Am Anfang steht eine Kooperation zwischen einzelnen Personen oder Lehreinheiten (Lehrstühlen), es folgen Rahmenverträge zwischen Fakultäten oder ganzen Universitäten. Gemeinsame Zentren, die unterschiedlich strukturiert sein können, erleichtern die Kooperation auf bestimmten Gebieten. Von Bedeutung kann auch die gleichberechtigte Beteiligung an Entwicklungsprojekten der GIZ oder einer anderen außeruniversitären Organisation (etwa eines Ministeriums) sein. Ein Projekt für die Zukunft sind gemeinsame Doktorandenprogramme, in denen besonders begabte Doktoranden je einen ausländischen und einen deutschen Betreuer haben und in beiden Rechtssystemen zu Hause sind.

---

[22] Vgl. dazu auch die in Fn. 19 erwähnten „Schweizer Richtlinien".

[23] Dazu umfassend *A. P. Frank* u.a. (Hrsg.), Übersetzen, verstehen, Brücken bauen. Geisteswissenschaftliches und literarisches Übersetzen im internationalen Kulturaustausch, 2 Bände 1993 (mit grundlegenden Darlegungen zur Problematik juristischer Übersetzungen aus der Feder von T.Gizbert-Studnicki, J.B.J. Maier, Z. Maciag, J. Murakami, J. Poczobut, P. Schwartz, M. Shiyake und A. von Wyk, a.a.O. Bd.. 1 S. 305 - 392).

Zuletzt soll noch ein kurzer Blick auf die Rahmenbedingungen einer erfolgreichen Außenwissenschaftspolitik geworfen werden.

Es liegt zunächst auf der Hand, dass die internationale Zusammenarbeit von Rechtswissenschaftlern politisch erwünscht, zumindest geduldet sein muss. In den westlichen Demokratien stellt dies kein Problem dar, wohl aber bei autoritäten Staaten, deren Rechtswissenschaftler nicht ohne Weiteres mit ausländischen, etwa deutschen Wissenschaftlern zusammenarbeiten dürfen. Hier gilt es, Augenmaß und Einfühlungsvermögen zu zeigen und den ausländischen Kollegen nicht in für ihn heikle, möglicherweise gefährliche Situationen zu bringen.

Zu den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen einer erfolgreichen Außenwissenschaftspolitik gehört auch die Eindämmung und Kontrolle von Korruption im Wissenschaftsbetrieb. Gerade für Staaten im früheren Einflussbereich der Sowjetunion stellt Korruption in der Wissenschaft bisweilen ein erhebliches Problem dar, so etwa in Aserbaidschan. Es liegt aber auf der Hand, dass wissenschaftlicher Fortschritt nur möglich ist, wenn es gelingt, tatsächlich die Besten in die relevanten wissenschaftlichen Positionen zu bringen. Wer als Student ein Stipendium erhält, sollte dies durch eigene Leistung verdient haben. Besonders gefährlich wird es, wenn das Ansehen westlicher Förderinstitutionen durch Korruption unterhöhlt wird, was bisweilen schon vorgekommen sein soll.

Dies führt mich zu einem weiteren Gesichtspunkt, der finanziellen Seite der Außenwissenschaftspolitik des Rechts. Rechtswissenschaftliche Arbeit ist im Grundsatz nicht teuer. Doch eine erfolgreiche Außenwissenschaftspolitik erfordert auch internatonale Konferenzen, und damit Reisen und Auslandsaufenthalte, die das Budget der meisten Lehrstühle überschreiten. Ohne die Unterstützung durch Förderorganisationen wie der VolkswagenStiftung, der Fritz-Thyssen-Stiftung, dem DAAD oder der DFG wäre eine tragfähige Außenwissenschaftspolitik deshalb gar nicht möglich.

Ein sehr wichtiger, leider aber oft übersehener Aspekt rechtswissenschaftlicher Zusammenarbeit betrifft schließlich die Sicherstellung angemessener wissenschaftspolitischer Rahmenbedingungen. Die deutsche – und man darf wohl sagen: die gesamte europäische – Rechtswissenschaft befindet sich heute in einer schwierigen Situation, weil sich die Rahmenbedingungen wissenschaftlicher Arbeit verändert haben. Die Naturwissenschaften prägen das Bild, das Politiker von der Wissenschaft haben, und vielfach wird versucht, die Geistes- und Sozialwissenschaften – unter Einschluss der Rechtswissenschaft – an den Stil und die Arbeitsweise der Naturwissenschaften anzupassen.

Dazu gehören auch bestimmte Verfahren der Evaluation und der Messung wissenschaftlicher Leistung, z. B. durch das Zählen von Zitaten und die Bewertung von Zeitschriften nach dem sog. „impact-Faktor". Aus Gründen, die hier nicht näher ausgeführt werden können, gibt es derzeit eine erhebliche Dominanz angelsächsischer

und vor allem US-amerikanischer Wissenschaftsindizes,[24] die selbst auf rechtswissenschaftliche Arbeiten angewendet werden. Es handelt sich hierbei um eine Art von modernem Wissenschaftsimperialismus. Ziel einer künftigen internationalen Zusammenarbeit sollte auch sein, diesen sehr problematischen Tendenzen gemeinsam entschlossen entgegenzutreten.

[24] Dies gilt vor allem für den sehr weit verbreiteten „scientific citation index" (SCI), der meist der Berechnung des „impact factor" zugrunde gelegt wird. Dazu näher *E. Hilgendorf*, Die Juristischen Fakultäten in Deutschland und die jüngsten Universitätsreformen: Skeptische Anmerkungen zu Bologna, Exzellenzinitiative und der Ökonomisierung der Universitäten, in: ders./F. Eckert (Hrsg.), Subsidiarität, Sicherheit, Solidarität. Festgabe für Franz-Ludwig Knemeyer zum 75. Geburtstag, 2012, S. 559-580 (574 ff.).

Prof. Dr. iur. Dr. phil. Eric Hilgendorf
Universität Würzburg

Abstract: Außenwissenschaftspolitik

Das deutsche Strafrechtsmodell genießt weltweit hohes Ansehen. Bislang sind die Mechanismen, die der Ausbreitung des deutschen Strafrechts zugrunde liegen, aber kaum analysiert worden. Um dies zu ändern und die Grundlagen einer rationalen Außenwissenschaftspolitik zu legen, müssen die Voraussetzungen erfolgreicher internationaler Arbeit im Zusammenhang mit dem Export von Recht ins Bewusstsein gehoben und kritisch überdacht werden. Der vorliegende Text enthält dazu erste Anregungen. Wichtig scheint mir vor allem zu sein, die ausländischen Kollegen nicht als bloße Empfänger, sondern als gleichberechtigte Partner anzusehen; es geht nicht um juristische Entwicklungshilfe, sondern um eine Entwicklungspartnerschaft auf Augenhöhe.

პროფ. დოქტორი, ერიქ ჰილგენდორფი
ვურცბურგის უნივერსიტეტი

საგარეო სამეცნიერო პოლიტიკა

რეზიუმე

გერმანული სისხლის სამართლის მოდელს მთელს მსოფლიოში უდიდესი რეპუტაცია გააჩნია. თუმცა, დღემდე არ გაანალიზებულა მექანიზმები, რომლებიც საფუძვლად უდევს გერმანული სისხლის სამართლის შემუშავებას. ამის შესაცვლელად და რაციონალური საგარეო სამეცნიერო პოლიტიკის საფუძვლების შესაქმნელად წარმატებული საერთაშორისო თანამშრომლობის წინაპირობები კრიტიკულად უნდა იქნეს გაცნობიერებული სამართლის ექსპორტთან კონტექსტში. წინამდებარე ტექსტი შეიცავს სწორედ პირველ ნაბიჯებს. მნიშვნელოვანია უცხოელი კოლეგების, როგორც თანასწორუფლებიანი პარტნიორების განხილვა, რამეთუ საუბარია არა იურიდიული განვითარების ხელშეწყობაზე, არამედ თანასწორუფლებიანი განვითარების პარტნიორობაზე.

სისხლის სამართლის მეცნიერება ერთიანი ევროპული განვითარების პროცესში

სისხლის სამართლის სამეცნიერო

სიმპოზიუმის კრებული

STRAFRECHTSWISSENSCHAFT IN EINEM ZUSAMMENWACHSENDEN EUROPA

FESTSCHRIFT DER
STRAFRECHTSLEHRERTAGUNG

კომპ. უზრუნველყოფა თამარ სტეფნაძე

გამომცემლობა „მერიდიანი“,
ალ. ყაზბეგის გამზ. №45
E – mail: meridiani777@gmail.com ტ. 239-15-22