

ლაშა-გიორგი კუტალია

## სისხლის სამართალი +



ევრაზიული სამეცნიერო გამომცემლობა

მარიამი

თბილისი ზათუმი

2020

**Lasha-Giorgi Kutalia**

# **Criminal Law +**



*Eurasian Scientific Publishing House*

*MARF*

*Tbilisi Satumi*

*2020*

ელექტრონული წიგნი მოიცავს ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის თინათინ წერეთლის სახელობის სამართლის ინსტიტუტსა და შოთა რუსთაველის სახელობის ბათუმის სახელმწიფო უნივერსიტეტში ავტორის მიერ წარმოდგენილი სამეცნიერო მოხსენებების (2017-2019) კრებულს თანამედროვე სისხლის სამართალში. საკვანძო თემატიკის სახით წარმოდგენილია დანაშაულის ცნება და სისტემა, მოძღვრება ქმედებაზე, ბრალის სტრუქტურა, სასჯელი, სისხლის სამართლის განხორციელება.

წიგნი განკუთვნილია სისხლის სამართლის თეორიით დაინტერესებულ მკითხველთათვის.

### რედაქტორები

დავით გუგავა, ქეთევან ლასტაკანიძე, დავით წულაია, სულხან გამყრელიძე

### Editors

David Gugava, Qetevan Lastakanidze, David Tsulaia, Sulkhan Gamkrelidze

Online under

[www.nplg.gov.ge](http://www.nplg.gov.ge)

© Lasha-Giorgi Kutalia, 2020

© EASPH Mary, 2020

**Neutral Voice**

*Highlights*

<b>I.</b>	<b>Eurointegration</b> _____	<b>10</b>
	Continental Legal System _____	10
	European Values and Geopolitical Security _____	10
	Criminal Justice _____	11
	Transition _____	11
	European Legal Awareness and Concept of Legally Competent Citizen _____	11
	EU as Centralized State Community. Balances _____	12
	Excursus: Geography vs. Ethnos? _____	13
	European Standards _____	13
	Major Sources of Danger _____	13
	Nongovernmental Organizations _____	13
	Legal Reforms _____	14
	Complex review: From ideology to neutrality and Euroatlantic security _____	14
	Principal Spectrum _____	15
<b>II.</b>	<b>Judicial Reform</b> _____	<b>15</b>
	Unification of Romano-Germanic and Anglo-Saxon Principles _____	15
	Positive Victimology _____	16
	Contemplative Justice _____	16
	Preventive Systematization _____	17
	Creative Justice _____	17
	Case-Law _____	17
	Competitiveness of Continental Justice _____	18
	Montesquieu _____	18
	Extraordinary Conclusions of Supreme Court _____	18
	Illustration _____	19

<b>III. P. S.</b>	<b>21</b>
Sociodiving	21
Economic Defense System	21
Chinese Economic Dualism	21
Mutual Amnesty or “Enemy Criminal Law”?	21
New Equality	22
More Motion, Less Emotion	22

თსუ · 2018 · VII

## ქმედების ინტერპერსონალური ცნება

### ქმედების ფუნქციონალური მოძღვრება

<b>I. კლასიციზმი</b>	<b>23</b>
ა. დანაშაულის აგებულება	23
ბ. პირველადი ზოგადი პრევენცია	24
გ. დანაშაულის სამნიშნა ცნება და სისხლის სამართლის სტადიალური განხორციელება	28
<b>II. 1. ქმედების ნეოკლასიკური პერსონალური ცნება</b>	<b>31</b>
ა. ქმედება როგორც პიროვნების გამოვლინება	31
ბ. შედარებითი ასპექტი	35
გ. ქმედების „სუბსტანციურად ადეკვატური“ ცნება	36
დ. დასკვნა	38
<b>2. ქმედების ნეოკლასიკური ნეგატიური ცნება</b>	<b>39</b>
ა. აცილებადი არაცილება გარანტის როლში	39
ბ. კომუნიკაცია	40
გ. ქცევის თავისუფლებისა და შედეგებისთვის პასუხისმგებლობის სინალაგმა	42
დ. ქმედება როგორც ნორმის მოქმედების არაღიარება (გარანტი)	43
<b>III. ქმედების ფუნქციონალური მოძღვრება</b>	
<b>1. ქმედების ინტერპერსონალური ცნება</b>	<b>46</b>
ა. ინტერპერსონალურობის პროგრესია	46
ბ. სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის უსასრულობა	47

2. ქმედების ინტერპერსონალური ცნება როგორც ქმედების _____	48
ფუნქციონალური ცნება _____	48
ა. დასჯადობის უგულებელყოფა _____	48
ბ. დანაშაული როგორც სამართლებრივი ნდობის ბოროტად გამოყენება _____	49
3. ქმედების სისხლისსამართლებრივი ხარისხი _____	50

თსუ · 2018 · X

### დანაშაულის ჰეტერარქიული სისტემა

I. იდეოლოგიური ვერტიკალიზმი _____	51
II. პროცესუალური ვერტიკალიზმი _____	58
1. სათავე _____	58
2. სისტემა _____	66
3. ადაპტაცია (ჰეგლურიდან ლეშამდე) _____	70
III. პოლიცენტრიზმი _____	82
1. ავტოცენტრირებული „ქმედება“ _____	82
2. ვერტიკალურობის პრინციპი _____	83
3. ჰეტერარქიულის სიბრტყე _____	86
IV. დასკვნა _____	89

BSU · 2018 · XII

*Adam Makharadze, Lasha Giorgi Kutalia, Omar Makharadze*

### Dolus Compositus in the Light of Continental Classicism

Abstract _____	90
A. Introduction _____	90
B. Dolus Compositus vs. Dolus Directus Intellectualis _____	92
C. Dolus Compositus vs. Dolus Directus Voluntatis _____	96

კომპოზიციური განზრახვა კონტინენტური კლასიციზმის ჭრილში

ანოტაცია _____	101
A. შესავალი _____	102
B. Dolus Compositus vs. Dolus Directus Intellectualis _____	104
C. Dolus Compositus vs. Dolus Directus Voluntatis _____	110

სისხლის სამართლის განხორციელება

განგრძობადობის თეორია

შესავალი _____	115
I. სისხლის სამართლის სტადიალური განხორციელება (კლაუზ როქსინის სისხლისსამართლებრივი პირამიდა) _____	118
II. ინსტიტუციონალური ელიმინაციის კონცეფციები _____	121
ა. აბსტრაქტული ელიმინაცია _____	121
ბ. პროცესუალური ელიმინაციის მოძღვრება _____	123
გ. ეკლექტიკური დეპერსონალიზაცია _____	126
1. ფორმალურად გონიერი პიროვნება _____	126
2. მტრის სისხლის სამართალი _____	129
III. მატერიალურსამართლებრივი განგრძობადობა _____	135
1. ინსტიტუციონალურად კომპეტენტური ინტერაქცია _____	135
2. სრულდელიქტური შერაცხვა _____	137
2. 1. სამართლის დასჯადი ღალატი _____	137
2. 2. მოვალეობის კვალიტატური გენერირება _____	138
2. 3. ჰეგელიანური სკოლის შერაცხვის მოძღვრება _____	140
3. დელიქტურად აქტუალური შერაცხვა _____	140
3. 1. ჰიპოთეტური დანაშაული _____	140
3. 2. დასჯადობა როგორც დანაშაულის ცნების კონსტიტუციური ნიშანი _____	143
3. 3. არ არსებობს სასჯელი აღსრულების გარეშე _____	145

**„მტრის სისხლის სამართალი“ - სამართალი თუ უმართლობა?**

I.	„მტრები“ extra muros _____	147
II.	სამართლებრივი სახელმწიფოს კონფლიქტუნარიანობა _____	149
III.	შედეგები _____	153
IV.	„დეპერსონალიზება“ მშვიდობაში vs. პერსონალიზება ომში _____	156
V.	უსაფრთხოების სახელით? _____	159
VI.	რეალური ყოფის დიალექტიკა _____	164

საჯარო ლექციის თეზისები

**სისხლის სამართალი**

**სტრატეგიული განვითარების პროგრამა**

1.	იურიდიულ პირთა პასუხისმგებლობა _____	171
2.	საპროცესო შეთანხმების ლიბერალიზაცია _____	171
3.	ევთანაზიის დასჯადობა - წამების ლეგალიზაცია? _____	172
4.	პოზიტიური ვიქტიმოლოგია _____	172
5.	ა) რეციდივი და ქმედებით დაფუძნებული სისხლის სამართალი _____	172
	ბ) მცდელობის დეპენალიზაცია _____	173
	გ) Punitur quia peccatum est _____	173
6.	კომპოზიტური განზრახვა vs. საქართველოსა და რუსეთის სსკ _____	173
7.	პირველადი ზოგადი პრევენცია _____	174
8.	ობიექტივიზმი და სუბიექტივიზმი _____	174
9.	ცნება, მოძღვრება, თეორია _____	175
10.	კონტინენტური დოქტრინის მარგალიტი _____	175



**სასჯელი**

<b>I.</b>	<b>რეტროსპექტიული კონცეფციები</b>	
	(სასჯელის „აბსოლუტური“ თეორიები) _____	<b>177</b>
	1. ტალიონის პრინციპი კანტთან _____	177
	ა. შესავალი: დანაშაული როგორც დახვეწილი ბოროტება _____	177
	ბ. თეორიული მდგრადობა _____	178
	გ. დამნაშავის თვალი = მსხვერპლის თვალი? _____	179
	დ. Punitur quia peccatum est _____	180
	ე. კრიტიკული არსი _____	182
	2. ტალიონის პრინციპი ჰეგელთან _____	183
	ა. უარყოფის უარყოფა _____	183
	ბ. კანტი თუ ჰეგელი:	
	სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფა	
	თუ ნორმის დეზავუირება _____	185
	ბ. ა. ობიექტური და სუბიექტური შერაცხვა _____	185
	ბ. ბ. ქმედებაზე და სუბიექტზე ორიენტირებული სისხლის	
	სამართალი _____	186
	ბ. გ. სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფა და ნორმის დეზავუირება _____	187
	3. ბრალის ნეოჰეგელიანური გაბათილება _____	188
	ა. ბინდინგი _____	188
	ბ. ბონის სისხლის სამართლის სკოლა _____	190
<b>II.</b>	<b>პროსპექტიული კონცეფციები</b>	
	(პრევენციული თეორიები) _____	<b>193</b>
	1. ნეგატიური ზოგადი პრევენცია	
	(პირველადი პრევენცია - ფსიქოლოგიური იძულების თეორია) _____	193
	2. ფონ ლისტის სპეციალური პრევენცია _____	194
	3. პოზიტიური ზოგადი პრევენცია _____	196
	(მეორადი ზოგადი პრევენცია) _____	202
	4. როქსინის სპეციალური პრევენცია _____	202
<b>III.</b>	<b>სასჯელის ინტერპერსონალური თეორია</b>	
	(სასჯელი როგორც განგრძობადობის ნიშანი) _____	<b>204</b>

# Neutral Voice

*Public Lecture*

*of*

**Prof. Lasha-Giorgi Kutalia**

*To immortal teacher Guram Nachkebia*

## **I. Eurointegration**

1. Georgian law belongs to continental legal system, predominantly. Latinized civil and criminal dogmatics, European separation of political powers in constitutional law are the best examples of such development. What we deal with is a staunch tendency over centuries. Considerable amount of basic concepts, dominant conceptions or theories in all branches of modern Georgian law have their origin in European scientific constructions. We can unify in this regard - with some exceptions – legislation, theory and justice. Due to these circumstances harmonization of our legal thought with legal doctrine of newly born European Union seems not easy, but so possible.
2. Georgia is associate member of European Union. Direct intensified cooperation with European institutions, first of all, with EU Parliament, European Court of Human Rights and OSCE, lead to obvious progressive dynamics in practice and offer hopes even for more significant durable changes socio-politically, culturally as well as economically. Regarding the current not the simplest reality of Georgia, for instance, from the point of view of its territorial integrity, many might assume that the most attractive moment in Eurointegration is the geopolitical security. It would not be a

precise presumption. The main attraction for our country in the EU, concluding from well known historic aspirations, are European values and Eurointegration is according to this concretized perception a natural process, not forced by geopolitical or some other similar problematics. However with some strange parallels: Approximately three centuries ago Orthodox Georgia sends a priest to find strategic allies and save the king not to huge and mighty neighbouring Orthodox North, but just to so distant Catholic West.

3. More than last two decades represent an epoch of permanent reforms. We have to do with a Western modernization of our society. Consequent eradication of totalitarian past, transition and introducing essentially new legal relations are the major intervals of the process concerned. Georgia abolished and constitutionally banned death penalty following one of the most principal requirements of European criminal justice. Fight against corruption and organized criminality ranks among top priority tasks of state policy: We can unanimously confirm that the country is defeating these phenomena in their institutional roots and frames. Step by step Georgian society gets used to supremacy of law which is the only mechanism of just and legitimate stability.
4. On the other hand, reconstruction of economic relations began, in comparison, e. c., to other Eastern or Central European countries on their way to EU, with very cautious reformations, that is with less shock for population, inclusive the entire process of denationalization of public property, although in the same context certain measures taken by central and regional authorities turned out to be quite ineffective and from time to time even unlawful. This to the same extent affects both industrial and agrarian sectors, as well as educational or professional aspects of the reforming system. Nevertheless at the present time we face a functioning society, with visible infrastructure and signs of favourable economic climate.
5. Outlines of European law are based on outstanding traditions of Romano-Germanic and Anglo-Saxon legal experiences. Legal freedom means in European legal language personal liberty. Individuals are given irreversible guarantees against society. This irreversibility makes difference between totalitarianism and supremacy of law. Georgians learn European mutual respect along with improving life standards and living conditions. Yes, signs of social cynicism and mass legal nihilism are obvious and it can be regarded as a result of too much freedom at once not unusual for transitional periods. Of course, law guides and unites (positive, regulatory aspect), but at the same time

it protects from each other (negative, preventive aspect) and the latter goal is never of less importance. In this respect I would like to stress fundamental specifics of European legal awareness that in its kernel is not restricted to awareness of duties, as it is usual by more or less repressively composed regimes, but points out meaning and relevance of individual rights. An individual properly informed about own rights and effective instruments and mechanisms of their realization must be the face of modern society. As different from EU, especially from its Western part, some of such instruments and mechanisms are still supposed to be created in Georgia. But in given case it is no argument: In many, even in too many cases, rights remain unrealized despite existence of objective possibility of their realization, that is just because of legally not (effectively) trained interactor. In all such cases we cannot reveal a fully functioning society. Last but not least, to solve the problem adequately I suggest to Georgian as well as to European lawmaker introduction of a concept of *legally competent citizen*.

6. Among current crucial scientific discussions regarding the presence and the future of the EU, especially after initiating so called Brexit, I would like to draw your attention to the issues of balancing process of centralization and decentralization of political power within the jurisdiction of the European community. It is a supranational, centralized state community and it systematically becomes more centralized, not just in some particular branches, but generally. Beside the mere fact that implementation of its legislative or other normative acts is obligatory for member states, created however by generalized will of themselves, periodically appears a number of institutes and institutions, structural units and even ad hoc commissions that consequently strengthen the centralization vector of the Union. For instance, recommendations of so called Venice Commission seem and prove to be more than just recommendations. This tendency neither undermines at all, by classical or neoclassical understanding, the confederative origins and structure of the EU nor endangers, from present point of view, any productive sovereignty of Georgian policy. Moreover, as a rule, European legislation is according to my observations qualitatively profounder than Georgian laws, since restoration of national independence up to now. A constitutive prerequisite of a decentralized European legislation is, therefore, anyway a higher quality of our domestic laws. At the same time, decentralized common regulations do not necessarily affect their amount, by decreasing or increasing it, or that of other efforts and activities usually offered by the EU. What, in other words, actually matters is the fact that the EU itself has not yet managed to discover a confederation

formula that would present it as a hopeful entity equally for the countries with stronger and weaker legislation.

7. Excursus: EU is primarily based on geographic criterion of unification, not at all on ethnic or national criteria and its legitimacy borders should be measured very carefully. Similar unions of various configurations are well known in history, inclusive our latest past. However for such a small and nationally undivided ethnos as Georgia there are once more no probable disadvantages in view, but we observe EU processes with enthusiasm and draw consequences regarding its general legal qualities. As we all know, Europe (continent) hosts nationally divided three vast ethnic groups: Slavic, Romanic and Germanic. *Cultural unity means, first of all, an ethnic unity and just secondarily a geographic one.* I do not remember any EU activities aimed to develop these ethnic relations, but the present European community functions in this context just according to the geographic criterion and it implies a threat: Geography vs. ethnos.
8. European values are inseparable from European standards:
  - a. First of all, liberalized mass media belongs to new Georgian reality. It is an investigative media, less controlled by state, more controlling the state itself and it seems to be quite useful within the frames of open society. To be honest, notwithstanding the professionalism and creativity of Georgian journalists or technologically modernized labour conditions the country is still far from highly developed mass media, more exactly, there are just first steps in this direction. Journalism is one of the most important instruments that form public opinion. Legally spoken, it should belong to *major sources of danger*. I think, we should contribute much more attention and resources to mass media reform to harmonize it with EU standards.
  - b. Other relevant constituent of renewed reality is a system of NGO-s. These organizations to a large scale effectively monitor, support by innovative recommendations or critical advices many strategic spheres of Georgian society. A list of positive results achieved countrywide by NGO-s is impressive, e. c., regarding the judicial or penitentiary system, health care and education branches and much more. Briefly, it represents an influential power able to prevent undesirable deviations in social life by governmental officials or any private organization. They are presented since nineties in center and already cover almost all regions of the country, too.

Majority of them are indeed financed by foreign sources, but for the time being I cannot remember NGO activities in Georgia that have caused mass or systematic protests.

- c. Centre point of entire reformation strategy are, of course, legal reforms. Georgia launched this process with reformation of judicial system. Already long ago with Western educated or trained judges at the top the personnel of Georgian courts was almost totally changed. As a result of it confidence in Georgian justice by own population began to grow and it continues to grow. However a number of cases were marked with unjustifiably grave errors and even today independence of judicial power remains here an acute difficulty. Furthermore, Georgia legislatively introduced Grand Jury and made use of this institution several times with more or less success. Along with accepting jurisdiction of European Court of Human Rights Georgia also introduced, for instance, plea bargaining in criminal procedure, joined Interpol, realized a partially controversial police reform, established a quite successfully functioning institute of ombudsman and it continues to target other fundamental legal transformations, e. c., regarding transition from presidential to parliamentary republic.
- d. After years of desperate attempts Georgia managed to organize and equip a modern health care system, inclusive a relatively effective medical insurance reform, i. e. a reform that was possible under given budgetary and other transitional conditions. The country, on the other hand, achieved in an amazing short term basic energetic independence that was so essential to provide any economic growth. Statistics confirm positive consequences, regarding a growth of foreign investments as well. Besides, Georgia possesses over years own relatively stable currency. At the same time, evaluating ideological changes we face some fierce exaggerations that must be avoided in future. It is not about rejecting an obsolete ideology in all its details, some of which could be very useful at least during transition, but about facts of assaulting common values, universally important stereotypes just because they date to an “ideologically wrong” era. However such failures are usual during all embracing reforms and I see there no signs for alarm. Knowingly, Georgia successfully accommodates its educational branch at each stage to the European education standards (within the frames of so called Bologna and other processes). How successful the scientific reform in its turn is, we can just measure at quality and quantity of scientific discoveries made during and after this reformatory interval. Modern epoch is a specific period of functional concepts. It reduces distance between science and its

practice. As to legal sciences, we can confirm a significant progress, chronologically reviewed: In civil law, constitutional law, legal theory and penal doctrine. I think, it is more than sufficient to mention in this regard just legimetry or just lagma. To resume this section that shows that we have to deal with no eclectic changes, but with a contextual reform, I would like to point out the fact that neither EU nor Georgia as its associate member seeks to proclaim neutrality, but both of them prefer Euroatlantic military security; although in case of the EU we talk about half billion people in one of the most developed parts of the world.

9. Among principal issues, on which we focus our attention within the present format, are, first of all, case-law and human rights, essentially in the light of judicial reform. Georgia practises no case-law yet, but with a view to the degree of scientific and even intrajudicial scientific debates or direct judicial declarations recognizing it we cannot find a convictive explanation for the problem why case-law has no judicial practice here nowadays. However it makes this issue even more complex and provokes a wider spectrum of pragmatic conceptual suppositions. As opposed to case-law, human rights law enjoys in Georgia a fertile theoretical and practical development, even with a permanent legislative specialization in form of Parliamentary Committee on Human Rights. As the practice of European Court of Human Rights shows, grave violations of these rights have in Georgia of the last period clearly decreased and it is, of course, no coincidence, but an exclusive result of justified legal efforts. At the same time, there is no human right not protected by national or international criminal law. The gravest violations of penal relations constitute human rights law in its totality. Therefore, European Convention on Human Rights is an existential minimum of “ethical minimum” that we call criminal law. It enables basic social interaction and makes society real. Regarding the next principal problem to be tackled here I would like to draw your special attention to the assumption that plea bargaining practices in Georgia can be significantly improved.

## **II. Judicial Reform**

10. Taking into consideration the latest changes in criminal procedure or having a look at conceptual innovations in criminal law is enough to realize that Georgian law is no more exclusively continental. If today Supreme Court rejecting a case refers to the circumstance it were not relevant for its practice, without any supplementary

motivation, it actually means a lost (state's most qualified) instance, although European Court of Human Rights can be there the next one. This reduction of justice is Anglo-American peculiarity. Case-law just proves such trend the roots of which are openly presented in modern European law. However, e. c., Israel failed to combine with its Anglo-Saxon based criminal law and procedure some fundamental principles and concepts of Romano-Germanic origin. Georgia has been trying formally the opposite, but essentially the same. Perspectives of this strategy common now for European and Georgian law are not unpredictable, anyway it is a scientifically provocative unification process. That today in Georgian criminal law coexist continental guilt and Anglo-Saxon mens rea or unlawfulness and actus reus in the same sense, it does not make these concepts compatible with each other. A realistic intention of such interim coexistence is actually clear: Replacement. Let us compare! Continental doctrine, as opposed to Anglo-American view, imputes just those consequences of an unlawful act that could be foreseen and thus, avoided by the criminal, but unforeseeable grave consequences of the same act are also punishable according to the latter view. Expect unexpected, if you commit a crime or we do not punish for coincidences – two opposite approaches, with long list of arguments.

11. I do not intend here to add something to that list, but suggest to enable justice to be focused less on punishment and more on infringed right, that is to support - and partially substitute - formal restorations by essential ones: *Positive victimology*.
12. Court is an institution built on dogmatic basis, where stereotypic methodology serves the stability of legal order and balanced development of legal relations. It blindly protects the norm and ensures its reality, since a procedurally not protected legal rule has no reality. Prevailing vector is insofar law and no legitimacy as such according to usual nature of justice. No wonder that we have to deal with a contemplative justice that analytically can be dialectical, (internally) flexible, but within frames of normative or functional scholasticism: It is distanced from reality discovered or created in legal relations by itself, regarding the progress of these relations. For instance, court easily gets used to wickedness and helplessness of any available legal norm unable of productive validity, if that norm is technically enforceable, instead of imminent reaction. At the same time, legal relations are concrete social relations, a legally protected interest is a real individual interest etc.



13. I suppose that it is possible to confront hopeless interactive expectations of problematic relations with a *preventive systematization*.
14. Lawmaker as lawmaker must understand that there is a precise indicator of the degree to that society is legally organized: Judicial practice. Phenomenon of existing of justice and its practising represents, first of all, a product of imperfectness of law. Therefore, systematic conformism in form of political correctness or conceptually attractive axioms can hardly prevent here pragmatic solutions. A cosmetic judicial reform in Georgia that still is centered on reformatory staff rotations has not yet managed to identify bigger and much more crucial topics, nothing to say about proposing solution ways in this regard. Consequences: Up to now main subject of disputes regarding judicial power is restricted to such questions as how much judiciary is depoliticized and free of specific influences, how should justice become more trustworthy for ordinary citizens etc. Although Georgia is a developing country and independence and impartiality of justice are no issues of secondary importance (e. c., Supreme Court should finally stop financing its projects from budgetary, but foreign sources), the same reality dictates that Georgian justice can leave frames of receptionism, scil. it can this significantly by initiating *creative justice*. Legislatively and sublegislatively creative judicial system could be, according to my firm conviction, the immediate future of European justice as well.
15. The top of systematization of judicial practice is nowadays the above mentioned case-law that in its present form is achievement of Anglo-American justice. This institution has neither emerged due to a special care for development of law, nor it is a constitutive component of common courts, but a formal mechanism: Justice is trying to be consequent and to avoid unsolvable contradictions by creating and changing special paradigms. Having a look at practice of European Court of Human Rights demonstrates that the historic competition between Anglo-American and continental justices is under way now within the process of their unification with recessions of the latter one, because it could not oppose anything even to case-law. The fact that in decisions of the European Court referrals to precedents became a routine activity (references to near or far cases, under conditions of less comparative necessity or in case of lack of such necessity at all), does not lead to a strict impression, first of all, from the point of view of a citizen. And vice versa: *The less a court cites itself the higher is credibility of law on the one hand and the trustworthiness of justice on the other hand*. However final goal of relatively newly estab-

lished European Court of Human Rights is an optimum practicability and in its decisions there are lots of motivational theses giving rise to positive discussions, inclusive cases regarding Georgia.

16. Competitiveness of continental justice, within the context concerned, cannot be proven according to materials of national justices either. Discussions are restricted to a whole spectrum of theoretically relevant issues that sometimes last decades (e. c., euthanasia, illegal abortion, confiscation of various kinds and so on) and rarely contribute to a conceptual rationalization of the system. Concrete aspects beyond legislative initiative are of rudimental nature. At the same time, accentuating differential nuances between Anglo-American and continental justice is useless, since both of them are literally silent about the most vulnerable gaps. As a result of it virtual, written, seminary or other contacts between courts of different countries are traditionally reduced to minimum, their approaches do not inspire lawmaking process and citizens of any country are never interested in analytical materials of justice, inclusive press releases.
17. Therefore, I regard as strongly desirable to challenge in all aspects the purely scientific wing of judicial power. The start point for us is Montesquieu's principle of separation of powers that in reality allows much more balanced sovereignty and mutual control between political powers: Creatively silent justice is essentially the same as mediaeval inquisition. But the opposite, here suggested model presents an (undiscovered) attribute of legal state. According to my observations, scientific human resources presented at Georgian Supreme and Constitutional Courts today are surely able to create pragmatic knowledge that would be productively stimulating and self-stimulating.
18. I suggest elaboration of program of *Extraordinary Conclusions of Supreme Court* (Constitutional Court, European Court of Human Rights and International Criminal Court) resp. of special legislative and sublegislative recommendations based on own practices and own statistics. The program is adequately possible within the frames of the following standardization:
  - a. Every extraordinary conclusion must be a suggestion of an *indisputable legal value* (Consensus of Discussion Board);

- b. Authors: Leading scholars from concerned branches of law (at least one scholar from one particular branch);
  - c. It is desirable, but not obligatory to present during a year one extraordinary conclusion in each branch;
  - d. It is also desirable that the project from the initiation or at following stages is be- or multilingual.
19. In order not to be abstract, I would like to present to you some of such recommendations that, from my point of view, emerge from the current practice of Georgian Supreme Court and other courts:

European Court of Human Rights

**EC (Extraordinary Conclusion) No. 1. *Introduction of concept of legally competent citizen***

(Motivation: See above)

**EC No. 2. *Judicial control of intelligence services***

(Motivation: Judicial transparency of any activities of intelligence services legally excludes misuse of power. Preventive judicial transparency seems to be necessary for police and defense branches, too).

Supreme Court of Georgia

**EC No. 3. *Admitting in concept of plea bargaining principles of release on probation***

(Motivation: Systematic use of plea bargaining by Georgian justice on the one hand and financially poor population on the other hand).

**EC No. 4. *Disciplinary Vacations***

(Motivation: Disciplinary relevant misbehaviour of judges in a significant number of cases must be regarded as what they really are: Consequence of professional exhaustion).

**EC No. 5. *Video supported open not uniformed police patroulling of public places***

(Motivation: In order to detect, oppress and prevent criminal behaviour. Society is per definition a community of peaceful citizens).

**EC No. 6. *Transitional police control of banks and other financial organizations***

(Motivation: Banking activities even of leader financial organizations in Georgia are too often unacceptable. We deal with grave unlawful manipulations affecting entire population).

Constitutional Court of Georgia / European Court of Human Rights

**EC No. 7. *Compulsory baptizing is unconstitutional***

(Motivation: Baptizing children unable yet to express legally required will on the subject concerned contradicts with constitutionally protected religious freedom).

Constitutional Court of Georgia

**EC No. 8. *Introducing interactive television to teach and stimulate individual production***

(Motivation: In order to avoid total emigration and defeat mass poverty citizens need *concrete prosperity lessons*).

**EC No. 9. *Protection of laicism: Separation of state and religious symbols***

(Motivation: Religious symbols on national flag, other symbolic attributes of state are constitutionally contradictory, since it does not meet requirements of separation of state and religion).

International Criminal Court

**EC No. 10. *Obligatory experience for judge to have practised as lawyer and prosecutor***

(Motivation: Practical knowledge of techniques, tactics and strategies of lawyer and prosecutor are often necessary for criminal judge to stay impartial).

International Criminal Court / Supreme Court of Georgia

**EC No. 11. *Equalization of institutional statuses of lawyer and prosecutor***

(Motivation: Lawyer on his own and prosecutor supported by state are not equal sides of the trial).

All Courts

**EC No. 12. *Judicial tv channel***

(Motivation: Live broadcasting of public trials of Supreme, Constitutional, European, International Criminal Courts is transparency of trials in the words of technological era).

Ad Hoc Tribunal

**EC No. 13. Nagasaki-Hiroshima Tribunal**

(Motivation: As contribution to global security united Europe has to condemn judicially use of nuclear weapons against civilians).

**P. S.**

20. All the same: Judicial practice or various statistics always lead to very comfortable discussions and they are undoubtedly very useful, but the recommendations emerging as a result of it are as a rule post factum ones. Legislators, representatives of executive power, especially decision makers, in any developed or developing country, must *permanently dive into social reality* to feel the exact pulse of that reality. **Sociodiving** is *conditio sine qua non* of reliably stable precise legal strikes. Pasting European experiments into Georgian legal system might often prove successful, but we expect from our lawmaker and governmental officials, first of all, local constant creativity.
21. For instance, creation of an effective **economic defense system** by increasing number of *national* fabrics and factories.
22. More than that: For such a tiny country as Georgia it seems absolutely not superficial in order not to become financially occupied by foreign investors (a quite naturally occurring and flowing process) to grant a rational attention to Chinese legal system, namely to its, *mutatis mutandi*, **economic dualism**. EU itself can also afford fruitful researches in this direction with a view to probable deepening and/or expanding certain strategic spheres. While China learns balancing competition and cooperation, Europeans should not just watch and wait, e. c., by optimizing profit from industrial production by turning long-term industrial products into short-term ones (Germany investigates or at least pretends to investigate already officially this legally dishonest modernization liberality, with no results yet).
23. Religious wars are the most dangerous phenomenon that could happen to humanity nowadays resp. at the time, when level of technical progress clearly exceeds that of moral one. But despite continuous attempts of formal denial we apparently live in culminate era of that wars. Unfortunately, legal response of Europe to this confrontation seems to be *so called enemy criminal law* that in its linearity leaves no chance for peaceful solutions. Its main postulation “security vs. freedom” leads to more and more escalating public insecur-

rity in the EU as the intensity of terrorism doubles. I am even less curious about religious roots of this conflict than founder of “enemy criminal law”, but much more interested in legal origins of it. Guantanamo prison as scientifically unexplainable open discreditation of law makes it not easy to believe in mirror sincerity of modern official policy. What we all still need is a sword for Gordian knot: *Mutual amnesty*.

24. Not by the way, legal freedom requires today new equality number of stars on EU flag:  
*27*.
  
25. Finally, I wholeheartedly wish EU parliamentarians and commissioners *more motion, less emotion*. That European laws prove to be of higher quality than Georgian legislation, it does not make them better or worse. I would like to mention here a brilliant Polish or a brilliant French initiative at EU Parliament, but I do not remember any of such initiatives. We cannot be disappointed, it is anyway an amazing legal process, but in my personnel expectations European parliament or European government had to be a scientific amphitheatre. Rich west, poor east – Is it a legal love story?

*Thank you for your attention!*

## ქმედების ინტერპერსონალური ცნება

### ქმედების ფუნქციონალური მოძღვრება

*ვიტას, ტიტას, ნიკიტას*

#### I

### კლასიციზმი

#### ა. დანაშაულის აგებულება

საუკუნის წინ და დღეს: წესისა და გამორიცხვის მეთოდის გამოყენებით დგინდება ქმედების შესაბამისობა დანაშაულის შემადგენლობასთან, მისი მართლწინააღმდეგობა გამამართლებელ გარემოებათა არარსებობის დროს და ბრალეულობა მისატევებელ გარემოებათა არარსებობის დროს. სისტემა, როგორც ცნობილია, იერარქიულია: დანაშაულის შემადგენლობის შესაბამისი ქმედება იმთავითვე მიიჩნევა მართლსაწინააღმდეგოდ, თუ გამოირიცხა გამამართლებელ გარემოებათა მოცემულობა, ისევე როგორც მართლსაწინააღმდეგო ანუ უმართლო ქმედება, თავის მხრივ, ბრალეულია, თუ სახეზე არ არის ბრალის გამომრიცხველი ესა თუ ის გარემოება. კაუზალისტებმა შექმნეს დანაშაულის სისტემა, რომელიც უაღრესად პრაქტიკაბეულია. ეს კრიტალური მოდელი ანუ დანაშაულის სამნიშნა ცნება, უდავოდ, პარადიგმა იმისა, თუ როგორ უნდა ემსახურებოდეს სისხლის სამართლის თეორია სისხლის სამართლის პრაქტიკას (თუმც არა ბრმად, არამედ გარდამქმნელად). ამის კონგენიალური ანალოგია, იქნება ეს ტრადიციულ თუ თანამედროვე დოგმატიკაში, მნელად თუ მოიძიება, გარდა ერთი გამონაკლისისა, რომელსაც ჩვენ ქვემოთ გაკვრით შევეხებით (სისხლის სამართლის განხორციელებასთან მიმართებაში). მიუხედავად იმისა, რომ პირველივე სტრუქტურული ცვლილება, კერძოდ კი, მიზნით დაფუძნებული დელიქტების გამო უმართლობაში სუბიექტური კომპონენტების შემოღება, თავად კაუზალისტების მიერ ხორციელდება (შემდგომში ისინი ამის გამო ზომიერ კაუზალისტებად იწოდებიან, მეტადრე მეცგერი), ქმედების არც ერთ მოძღვრებას დღემდე, ქმედების ინტერპერსონალური მოძღვრების ჩათვლით, რომელიც დანაშაულის ჰეტერარქიულ სისტემას აყალიბებს, არ უარყვია დანაშაულის

სამნიშნა ცნება. საქმე გვაქვს მხოლოდ ერთ საგულისხმო გამონაკლისთან. ველცელის სკოლის შთამომავლის ჰაიკო-ჰარტმუტ ლემის მიხედვით, ქმედება, უმართლობა, ბრალი და დანაშაული სინონიმებია<sup>1</sup>. ლემი მართალია, მაგრამ არა იმდენად, რომ მან ამგვარად ერთი ხელის მოსმით შესძლოს დანაშაულის სამნიშნა ცნების დამსხვრევა (სტრუქტურა ყოველგვარი სემანტიკური სქოლასტიციზმის მიღმაც შენარჩუნებადია) ანუ იმ ბროლის ტოტისა, რომელზედაც გერმანული სისხლის სამართალი თავის დროზე ფონ ლისტმა და ბელინგმა დააბრძანეს და რომელიც აქამდე შუქურასავით იზიდავს მკვლევარებს პლანეტის ყველა კუთხიდან.

თუ კაუზალიზმის ნაწილობრივმა თვითრღვევამ და შემდგომში არსებითად რაოდენ განსხვავებულმა არაერთმა ქმედების მოძღვრებამ დანაშაულის კლასიკური კონსტრუქცია არ ან ვერ მოშალა, რა უშუალო ლოგიკურ კავშირშია მისი აღმოცენება კაუზალიზმთან? საამისოდ საკმარისია გავიხსენოთ იმ დროისთვის არსებული კაუზალიზმისა და ფსიქოლოგიზმის ნატურალისტური ერთობა და, ვფიქრობ, ყველაფერი ნათელია. დიახ, კაუზალიზმს თითქმის ყველაფრის დასაბუთება უჭირს, დაწყებული უმოქმედობით, დამთავრებული განზრახვითა თუ გაუფრთხილებლობით. მაგრამ თუ დანაშაულის სამნიშნა ცნებას ვეყრდნობით, კაუზალიზმის, რომელმაც ეს ცნება დაგვიტოვა, ხსენებაც არ უნდა გვიმძიმდეს.

## ბ. პირველადი ზოგადი პრევენცია

სისხლის სამართალი *ქმნის* საზოგადოებრივ წესრიგს და *ინარჩუნებს* საზოგადოებრივ წესრიგს. ჩავეძიოთ ამ საკვანძო მომენტის მამოძრავებელ მექანიზმს თანამედროვე სისხლის სამართალში ანუ გავერკვეთ, თუ როგორ გამოიყურება სისხლის-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის თეორიული თავისებურებები თანამედროვე მდგომარეობით. დღეს ძირითადად ვითარდება ორი, საკმაო ხანია შეიძლება ითქვას, ნეოკლასიკური პრევენციული, ერთი „ახალი“, რეტროსპექტიული და ერთიც უახლესი, პროსპექტიულ-რეტროსპექტიული კონცეფცია, რომელსაც განგრძობადობის თეორიის ფარგლებში აქვს ადგილი. ამ ოთხი მიმდინარეობიდან პირველი სამი გადაჭრით უარყოფს ფოიერბახის ნეგატიური ზოგადი პრევენციის თეორიის დამაჯერებლობას და უპირისპირდება მას ამოსავალ კონტექსტში. გადავავლოთ თვალი, თუ რას გვთავაზობენ მოცემული თეორიები თავად.

როგორც ცნობილია, ძირითადი თეორიული ბატალიები პირველ ორ მიმდინარეობას შორის არის გაჩაღებული, სადაც ერთმანეთს მიუხეხენ სისხლის სამართლის

<sup>1</sup> H. H. Lesch, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999, passim.



სკოლა კლაუზ როქსინის თავკაცობით და ბონის სისხლის სამართლის სკოლა გინტერ იაკობსის თავკაცობით უკვე ათეულობით წელია თავდაუზოგავად ებრძვის ერთმანეთს. ამავე დროს, როქსინი თავისი სახელმძღვანელოს ერთ-ერთ გამოცემაში არ ერიდება იმის აღიარებას, რომ დღევანდელი მონაცემებით პოზიტიური ზოგადი პრევენცია აშკარად ლიდერობს, მაგრამ იმედს იტოვებს, რომ ოდესმე ეს ვითარება სპეციალური პრევენციის სასარგებლოდ შეიცვლება. მიუხედავად ამ დაპირისპირების მასშტაბურობისა, იბადება კითხვა: არის კი ეს ის სიბრტყე საერთოდ, სადაც საკითხის არსებითი გადაჭრა შეიძლება მოხერხდეს? უნდა აღინიშნოს, რომ „ზოგადი“ და „სპეციალური“ აქ, ასე ვთქვათ, თვალისამხვევი ფაქტორებია, კიდევ უფრო თვალისამხვევია განსახილველ ჭრილში „ნეგატიურისა“ და „პოზიტიურის“ ურთიერთდაპირისპირება. ეს ის ომი როდია, რომელიც თავის დროზე ლისტის სპეციალურპრევენციულმა სასჯელის ცნებამ გამოუცხადა ფოიერბახის კონცეფციას, სადაც ზოგადი პრევენცია თავისი ბუნებრივი პირველწყაროდან, შიშველი სასჯელის მუქარიდან, იღებდა სათავეს. არასასურველი ტრანსფორმაცია ორ ეტაპად განხორციელდა: ჯერ ლისტმა მოსწყვიტა არსებით ჭრილში პრევენცია თავის ბუნებრივ სათავეს ანუ ზოგად ასპექტს, ხოლო შემდგომ იაკობსმა ზოგადი პრევენცია - თავის ბუნებრივ პირველწყაროს ანუ შიშველ სასჯელის მუქარას, რის შედეგადაც განსხვავება ათვლის წერტილებს შორის ზოგად და სპეციალურ პრევენციას შორის ფაქტობრივად წარიხოცა, სპეციალური პრევენციის სასარგებლოდ. ამიტომ როქსინისა და იაკობსის სასჯელის თეორიები ორივე სწორედ ფონ ლისტის სასჯელის თეორიიდან მომდინარეა და რომ ისინი ზოგად- და სპეციალურ-პრევენციულ სასჯელის თეორიებად განიტოტება, პრობლემატიკის ცენტრალურ სპექტრში სხვა არაფერია, თუ არა წმინდა ფორმალური განხეთქილება.

ზემოწარმოჩენილი რაკურსი, ვგონებთ, საკითხის ქვაკუთხედს ნათელს ჰფენს. რაც შეეხება მომიჯნავე კრიტიკას ფოიერბახისეული ნეგატიური ზოგადი პრევენციისა და პოზიტიური ზოგადი პრევენციის გადასახედიდან, აქ ყურადღება ძირითადად უნდა გამახვილდეს იაკობსის მიერ ჰეგელის სასჯელის თეორიის მოშველიებაზე. ჰეგელისთვის, როგორც ცნობილია, დასჯა სამართლებრივი რესპექტის გამოხატულებაა დამნაშავეს მიმართ, რადგანაც ის ამგვარად აღიქმება როგორც პასუხისმგებელი არსება (როგორც „გონიერი“<sup>1</sup>).<sup>2</sup> თავის მხრივ, იაკობსისთვის დამნაშავე რო-

<sup>1</sup> იხ. *G. Jakobs, Das Schuldprinzip*, 1993, გვ. 27.

<sup>2</sup> თუმცადა არაპირობითად გონიერ და *მორალურ* არსებას დასჯით არავინ ემუქრება, მას უკეთეს შემთხვევაში აკრძალვას აცნობენ. ხოლო სამართლის ერთადერთი დარგი, რომელსაც ეს კონცეპტუალურად ძალუძს, არის არა სისხლის, არამედ სარეკომენდაციო სამართალი: იხ. *L.-G. Kutalia, Lagma*, 100 volumes, Jubilee Edition of Legal Scientific Works of Prof. Lasha-Giorgi Kutalia, EASPH Mary, Georgia, 2018, ტ. LIX.

ლებით, სტატუსებით და ა. შ. აღჭურვილი ინდივიდია ანუ პიროვნება სამართლებრივი გაგებით, ხოლო ფოიერბახთან ის აღიქმება როგორც სწორედ ინდივიდი ანუ ფსიქო-ფიზიკური სისტემა, რომლის დაშინებაც ხდება დამუქრებული სასჯელით. სხვაგვარად ფოიერბახის სასჯელის თეორია დაშინების თეორიადაც იწოდება. რა თქმა უნდა, ამ კუთხით ანუ ინდივიდუალობისა და პიროვნულობის დიფერენცირების თვალსაზრისით, მე ფოიერბახის ხედვის აპოლოგეტად ვერ გამოვდგები, ისევე როგორც იაკობსის განყენებული სამართლებრივფილოსოფიური კონსტრუქციებისა.

მიმდინარე საუკუნის მიჯნაზე ბონის სკოლაში ადგილი აქვს, ერთი შეხედვით, უცნაურ, ყველასათვის მოულოდნელ გარდატეხას. ქვეყნდება ლემის მონოგრაფია „დანაშაულის ცნება“, რომელიც თანაბრად ეცილება სპეციალურ- და ზოგადპრევენციული ასპექტების პრინციპულობას, რა დროსაც უმთავრეს მომენტს „ბრალის გაბათილებაში“ ხედავს, როგორც ამას შორეულ წარსულში პრევენციული კომპონენტის დაწინაურებამდე ჰქონდა ადგილი<sup>1</sup>. ერთის მხრივ, ის უარყოფს ფოიერბახის ნეგატიური პრევენციის თეორიას იმის გამო, რომ ყოვლად წინმსწრები ზოგადი პრევენცია ქმედითია მანამ, სანამ არ ჩაიდინება დანაშაული, მაგრამ ჩადენილი დანაშაულის შემთხვევაში მისი უსუსურობა უნდა ვაღიაროთ; მეორეს მხრივ, post factum პრევენციულ კონცეფციებს ლემი საყვედურობს იმას, რომ მათი თვალთახედვა იმის თაობაზე, რომ მომხდარ დანაშაულის ფაქტს, უკვე ჩადენილ დანაშაულს „არაფერი შველის“ და რაციონალური მზერა პროსპექტიულად უნდა აიგებოდეს, დანაშაულის სუბიექტის სამართლებრივად გაუმართლებელ ინსტრუმენტალიზებამდე მივყავართ უტილიტარული პრევენციული მიზნით და საკუთრივ დანაშაულის ფაქტისაგან მისი არსებითი მოწყვეტით. ეს ნაცადი არგუმენტია. ამავე დროს, საქმე არც აბსოლუტურ სასჯელის თეორიასთან გვაქვს კლასიკური გაგებით ანუ ვითარების რადიკალიზება არ ხდება კანტის „მიტოვებული კუნძულის“ მაგალითამდე, რადგან ლემის რეტროსპექტიული სასჯელის თეორიის ქვეშ ბონის თანამედროვე სისხლის სამართლის სკოლის ბრენდული ნაღმია მოთავსებული: კომუნიკაცია. სასჯელის ლემისეული მოდელი, რა თქმა უნდა, იმთავითვე არბილებს ცილობას მიუხედავად და ბონის სკოლებს შორის და საბოლოო ჯამში ობიექტურად სწორედ ამ ცილობის აღმოფხვრაზეა ორიენტირებული, მაგრამ ამ ცხარე დაპირის-

<sup>1</sup> ახლებურად *ო. გამყრელიძე*, სისხლისსამართლებრივი სასჯელის ცნება, [www.dgstz.de](http://www.dgstz.de), 2015, გვ. 8: „გაკიცხვა არის არა ბრალი, არამედ სასჯელი“. შდრ. *ლ.-გ. კუტალია*, ბრალი სისხლის სამართალში, თბ., 2000, გვ. 655: „გაკიცხვა შეიძლება იყოს მხოლოდ ბრალის შედეგი“. მაგრამ არა სპეციფიკურად სისხლისსამართლებრივი. გარდა ამისა, სადაც სასჯელი გაკიცხვაა, იქ ბრალი (მაგ., ფრანკისეული) გასაკიცხ(ა)ობაა. დაბოლოს: თანამედროვე სახელმწიფო - საერთოდაც - კი არ კიცხავს დამნაშავეს (პატივისა და ღირსების დამამცირებელი აქტი), არამედ პასუხს სთხოვს; ხოლო სადაც სასჯელი *პასუხისმგებლობაა*, იქ ბრალი (მაგ., ნაჭყებიასეული) უპასუხისმგებლობაა.

პირების გაგრძელებას სისხლის სამართლის ორ წამყვან გერმანულ სკოლას შორის, ვფიქრობ, მომავალშიც მოვესწრებით.

სანამ მოკლედ შევეხებოდეთ მეოთხე თვალთახედვას, კერძოდ კი, განგრძობადობის თეორიის ფარგლებში განვითარებულ თვალსაზრისს, მსურს გავსხლათ ფოიერბახის თეორია უსაფუძვლო კრიტიკისაგან. ჯერ ერთი, პრიორიტეტულად მტკიცება იმისა, თითქოს სისხლის სამართალი ყალიბდებოდა საზოგადოებაში იმ განზრახვით, რომ პირი უკვე განხორციელებული დანაშაულისთვის დავსაჯოთ - რეპრესიულად თუ შემდგომი სპეციალურ- ან ზოგადპრევენციული მიზნით, ალოგიზმია. ამას ვერ იგუებს სისხლის სამართალი ვერც დეფინიციურად ან კატეგორიულურად, ვერც ნორმატიულად ან ფუნქციონალურად და ვერც სხვა რომელიმე მეცნიერულად ღირებული კრიტერიუმის ჩარჩოში. დიახ, თავის დროზე ჯალათის ინსტიტუტის შემოღებაც სისხლის სამართლებრივი აზრის დიდი მონაპოვარი იყო (რადგან ერთი დარტყმით ყველას როდი შეეძლო თავი გაეგდებინებინა განსასჯელისთვის) და კენისთან მოტანილ მაგალითშიც კატასტროფით გზააბნეული მეზღვაურები ნაპირზე აღმართულ სახრჩობელას აღტაცებით აღიქვამდნენ როგორც ცივილიზებულობის ნიშანს<sup>1</sup>. მაგრამ მტკიცება იმისა, რომ დასჯის მოწესრიგება უფრო მნიშვნელოვანი იყოს, ვიდრე დანაშაულის თავიდან აცილება, რბილად რომ გავიმეოროთ, უზუსტობაა. მოვიტანოთ განყენებული ასტრონომიული მაგალითი: ვთქვათ, ჩვენსავე თანავარსკვლავედში ბინადრობს ორი ურთიერთგანსხვავებული ცივილიზაცია, რომელთაგან ერთ-ერთმა უამური მოგონებების მეხსიერებიდან წაშლა ისწავლა, ხოლო მეორემ დროის შეფერხება საზიანო შედეგის თავიდან აცილების მიზნით. თქვენ რომელ მათგანში არჩევდით გაჩენას? სისხლის სამართალი ქმნის მშვიდობას<sup>2</sup> ანუ წესრიგს, რომელსაც ცალკეული დანაშაული ხელყოფს და რომელიც, როგორც წესი, სასჯელის გამოყენებით ნარჩუნდება. ნუ გვავიწყდება, რომ ბუნებრივი მდგომარეობა, ჰობზისეული გაგებით, ომია ყველასი ყველას წინააღმდეგ. ამიტომ ნეგატიური ზოგადი პრევენციის წინააღმდეგ მოტანილი არგუმენტები მსგავსად იმისა, რომ ჩადენილი დანაშაული მის უსუსურობას მოწმობდეს, ცოტა არ იყოს, სპეკულაციურია და პირდაპირ მსურს შევნიშნო, რომ გერმანულ სისხლის სამართალში სასჯელის ყველა მომდევნო მოძღვრება, გარდა სასჯელის ინტერპერსონალური მოძღვრებისა, ამ ნოყიერ სპეკულაციაზეა აგებული.

სასჯელის ინტერპერსონალური ცნება განგრძობადობის თეორიით მოცული კომპონენტია - ეს ჩემი გერმანულენოვანი კონსტრუქციებია. მოცემული თეორია, რო-

<sup>1</sup> *Kenny, Outlines of Criminal Law.*

<sup>2</sup> შდრ. *Kutalia, Lagma*, ტტ. IX-X, XXXIV.

მელიც მატერიალური სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ზოგადი განგრძობადობის პროგრამას აყალიბებს,<sup>1</sup> არ ებრძვის არც ერთ ცალკე აღებულ სასჯელის თეორიას. უფრო მეტიც, თვით ამ თეორიებს შორის გაჩაღებული ურთიერთთავდასხმები კარგავს თავის აქტუალობას, რადგან მატერიალურსამართლებრივი განგრძობადობით მოცულია ყოველივე, დაწყებული სასჯელის მუქარით, დამთავრებული აღსრულებული სასჯელით და ის არც პირველად თუ მეორად ზოგად პრევენციას უვლის გვერდს, ისევე როგორც არც ბრალის გაბათილებას სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ფარგლებში. სისხლისსამართლებრივი რეალობა მრავალსიჩქარიანი, კომპლექსური აღნაგობის ორგანიზმია და მის მხოლოდ ერთ, თუნდაც ამოსავალ წახნაგზე დაყრდნობა ყოვლისმომცველი პანაცეური დასკვნების მოლოდინში ვერასოდეს იქნება მომგებიანი.

### გ. დანაშაულის სამნიშნა ცნება და სისხლის სამართლის სტადიალური განხორციელება

ჩვენში გავრცელებული აზრი, რომ გერმანული სისხლის სამართლის მიღწევები ანგლო-ამერიკულ დოქტრინაში, ძირეული განსხვავების გამო, არავითარ ხელშესახებ განვითარებას არ ჰპოვებს, დასაბამიდანვე მართებულია, ისევე როგორც კომპარატივისტული გამოკვლევების მიღმა არც ანგლო-ამერიკული სამართლის მიღწევები ვითარდებოდა ოდესმე გერმანულ დოქტრინაში. გამონაკლისები არის, ცხადია, ორივე მხრივ, მათ შორის ქმედების ცნებასთან მიმართებაში, რასაც ძირითადად თანამედროვე სახელმძღვანელოებში შევხვდებით ანუ ისევე და ისევე უპირატესად დიდაქტიკურ ჭრილში. მაგრამ დავაკვირდეთ საკითხის არსებით მხარეს. კაუზალიზმის მიერ დანაშაულის სამნიშნა ცნების შექმნით და შემდგომ უკვე ფინალიზმის ჩამოყალიბებით გერმანული დოგმატიკა თანდათან, თვალისმომჭრელი სტაბილურობით იძენს გავლენის მნიშვნელოვან სფეროებს და თამამად შეიძლება ითქვას, რომ გასული საუკუნის 30-იან წლებში ის პრაქტიკულად ტოტალურ იზოლაციაში აქცევს ანგლო-ამერიკულ დოქტრინას გლობალური მასშტაბით (თუ არ გავითვალისწინებთ გამონაკლისს თვით რომანულ-გერმანული სამართლებრივი წრის ფარგლებში, კერძოდ, ფრანგულ სამართალს). ეს ტენდენცია ურყევად ნარჩუნდება ათეულობით წლის მანძილზე, რა დროსაც ქმედების სოციალური მოძღვრების მიერ „სოციალური აზრობრივობის“ ანუ ობიექტური ფინალურობის ცნების დამკვიდრებით, - რაც ჯერ კიდევ ველცელის მიერ ჩამოყალიბებული „სოცი-

<sup>1</sup> *Kutalia*, Theorie der allgemeinen Kontinuität, in: Hakan Hakeri (Hrsg.), I. Schwarzmeerjuristentage, Strafrecht, 2010, გვ. 117 მმ.

ალური ადეკვატურობის“ ცნებისა<sup>1</sup> და ამით, თანამედროვე გაგებით, ობიექტური შერაცხვის სისტემურ განზოგადებას გულისხმობს, - ის მით უფრო მიმზიდველი ხდება. იდეოლოგიურად „ბურჟუაზიული“ კონცეფციებისადმი ისეთ მტრულ გარემოშიც კი, როგორც წინა საუკუნის საქართველო გახლდათ, განსახილველი კონცეფციები მუდამ აქტიური განხილვის საგანს წარმოადგენდა და მათ აქ ღიად დეკლარირებული მომხრეებიც გამოუჩნდნენ, მაგალითად, ბრალის ნორმატიულ ასპექტს ვლადიმერ მაყაშვილი თუ თინათინ წერეთელი, ხოლო დანაშაულის სამნიშნა ცნებას ოთარ გამყრელიძე.

ზემოხსენებული მოძღვრებები - კაუზალიზმი, ფინალიზმი და სოციალური მოძღვრება კრავს წრეს, რომელზე მოძრაობით გერმანული სისხლის სამართალი უკვე ნახევარი საუკუნეა თავს გვაწონებს. რატომ წრეს? საქმე ის გახლავთ, რომ არტურ კაუფმანის პერსონალური მოძღვრება, რომელიც სოციალური მოძღვრების შემდგომ ეტაპზე ყალიბდება და რომელიც, აერთიანებს რა განსახილველი მოძღვრებების ამოსავალ დებულებებს, უკვე იმ დროისთვის მივიწყებულ სიმპტომატიზმსაც მოიცავს, უნდა აღინიშნოს, რომ სტრუქტურულად, ისევე როგორც თავისი მეთოდოლოგიური მიდგომებითა და ხერხებით, სისხლის სამართალში ყველა მანამდე და მას შემდგომ აღმოცენებულ ქმედების მოძღვრებაზე უფრო მომნუსხველია. ასეთად მიმაჩნია ის ჩემს საკუთარ ქმედების მოძღვრებასთან მიმართებაშიც. მაგრამ სწორედ ამ კონცეფციის ჩამოყალიბებიდან იწყება გერმანული სისხლის სამართლებრივი აზრის საერთაშორისო გავლენის დაღმავლობა. პერსონალური მოძღვრების რეზონანსი მოულოდნელად მწირი აღმოჩნდა, რაც ძირითადად იმას უკავშირდება, რომ ის დანაშაულის სისტემაში რეზონანსულად მომგებიან გადაადგილებებს გვერდს უვლის და პრიორიტეტული დისკუსიების სიბრტყედ სასჯელის სფეროს ირჩევს. შემდგარი ფაქტია: ზემოხსენებულ ნიშნულს, თავის მხრივ, ვერც ნეოკლასიკური პერსონალიზმი და მის პარალელურად ვერც ნეგატივიზმი მიუახლოვდა. ეს

<sup>1</sup> ველცელის მიხედვით: „ქმედება“ (მათ შორის როგორც ფინალური ქმედება) კვლავაც აბსტრაქციაა, როგორც ეს „(მიზეზობრივი) დეტერმინაცია“, თუ ის არ აღიქმება როგორც სოციალურად მნიშვნელოვანი ფენომენი, როგორც ქმედება სოციალური თანამყოფობის სივრცეში. მაგრამ მაშინ გამოირიგება უმართლობის ცნებისთვის ყველა ქმედება, რომელიც ფუნქციონალურად ხალხის სოციალური თანაარსებობის ისტორიულად ჩამოყალიბებული წესრიგის ფარგლებში ვლინდება. ასეთ ქმედებებს სხარტად „სოციალურად ადეკვატური“ შეიძლება ვუწოდოთ. სოციალურად ადეკვატური ქმედებაა ყოველი ქცევა, რომლის ფარგლებშიც სოციალური თანაარსებობა თავისი ისტორიულად განპირობებული წესრიგის მიხედვით ხორციელდება“ (*Welzel, Studien zum System des Strafrechts*, გვ. 141 მ). აჰან, რა თქმა უნდა, ქმედების ფინალური ცნების რღვევა შეუქცევადად აქცია, მაგრამ, თავის მხრივ, ქმედების სოციალური ცნებაყალიბდება როგორც ობიექტურ-ფინალურიკონსტრუქცია (იხ. ასევე ჰეგელის ქმედების ცნების ობიექტური ფინალურობის ნიშნამდე დაყვანა *Britta Caspers, "Schuld" im Kontext der Handlungslehre Hegels*, 2012, გვ. 18 მმ).

სამი მიმდინარეობა, პირველ სამთან შედარებით, თავისი რეპროდუქციულობით ძველი დიდების მხოლოდ პირქუში აჩრდილია.

განსახილველი სურათი, უნდა შეინიშნოს, პრობლემის თანამედროვე მდგომარეობის სრულ მოზაიკას არ ასახავს. ორ მხრივ. ჯერ ერთი, უახლესი მდგომარეობით კლასიკურ პერსონალიზმს არავინ ედავება, ის სადღაც დაპირისპირების რომელიმე კიდეზე თუ გამოტყვევება ხოლმე და მეორეც, სახეზეა ქმედების ინტერპერსონალური მოძღვრება. ეს ომია - *ქმედების ორი ნორმატიული მოძღვრება ქმედების პირველი ფუნქციონალური მოძღვრების წინააღმდეგ და პირიქით* - და ამ ომში ქმედების იზოლირებული ცნებით არავინ ოპერირებს, არამედ ქმედების სამივე მოძღვრება აღჭურვილია მრისხანე კონტექსტუალური პალიტრით. ის, რომ როქსინის სკოლამ, თავის მხრივ, იაკობსის სკოლას თავბრუდამხვევად სძლია, ჩემთვის არავითარ ეჭვს არ ჰბადებს: როქსინმა შექმნა მოძღვრება სისხლის სამართლის სტადიალურ განხორციელებაზე. მას ჩვენ მოკლედ სტატიის მეორე ნაწილში შევეხებით. ამჯერად კი აღსანიშნავია, რომ მოცემული კონცეფცია, მართალია, თავისი მნიშვნელობით ვერ უტოლდება დანაშაულის კლასიკურ სქემას და ის ცალკე აღებული, განსხვავებით ამ პირველისაგან, ვერც ვერასოდეს იქნებოდა სტაბილური დაწინაურების საწინდარი, მაგრამ იმ კონცეფციებისაგან განსხვავებით, რომლებიც გამუდმებით გადაკვეთენ დანაშაულის კლასიკურ სქემას, ეს მისი პირველი ღირსეული პარალელია - ნათელი, მარტივი, უაღრესად პრაქტიკაბელური. ჩემის აზრით, გერმანული სისხლის სამართლის თეორიის ორ უნატიფეს ცენტრალურ ბოძთან გვაქვს საქმე: *დანაშაულის სამნიშნა ცნებასთან და სისხლის სამართლის სტადიალურ განხორციელებასთან*. გერმანული სისხლის სამართალი გახლავთ ეს, ხოლო ის გერმანელი კრიმინალისტები, რომლებიც ამ კონსტრუქციებს მხოლოდ და მხოლოდ დიდაქტიკურ კონსტრუქციებს უწოდებენ, სინამდვილეში მსჯელობენ სისხლის სამართლის ფილოსოფიის გადასახედიდან<sup>1</sup> და სისხლის სამართლის ფილოსოფია ამგვარ შეფასებებში, აშკარად სცილდება რა მისთვის განკუთვნილ ფორმატს, აყალბებს სისხლის სამართლებრივ რეალობას.

სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ხსენებულ კონსტრუქციებს მეტი სიფრთხილით უნდა მოვეკიდოთ. შემთხვევითი ფაქტი არ გახლავთ, რომ ქმედების ფუნქციონალური (ინტერპერსონალური) მოძღვრების ფარგლებში წარმოდგენილი დანაშაულის ჰეტერარქიული სისტემა ხელუხლებელს ტოვებს დანაშაულის იერარქიულ ცნებას, ერთის მხრივ, და განგრძობადობის თეორია ხელუხლებელს ტოვებს სისხლის სამართ-

<sup>1</sup> შდრ. ნულოვანი წლების გერმანული კრიმინალისტები, არაერთი (მეტადრე მაგონდება *დეტლეფ კრაუსის* უბრწყინვალესი ნაშრომი *Schuld im Strafrecht – Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?*, in: *Festschrift für Horst Schüler-Springorum*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1993).

ლის სტადიალურ განხორციელებაზე მოძღვრებას, მეორეს მხრივ. ამავე დროს, ქმედების ფუნქციონალური მოძღვრება პირველი იდეალისტური ქმედების მოძღვრებაა სისხლის სამართალში და ის, განსხვავებით ყველა დანარჩენი ქმედების მოძღვრებისაგან, ემპირიული მოცემულობებით, ძირითადად პოზიტიური სამართლის დოგმებითა და ტრადიციებით, თავს არ იბოჭავს, არამედ პირიქით, თავადვე იდეურად ესწრაფვის ლეგისლატიური სინამდვილის განსაზღვრას<sup>1</sup>.

## II

### 1. ქმედების ნეოკლასიკური პერსონალური ცნება

#### ა. ქმედება როგორც პიროვნების გამოვლინება

ქმედების პერსონალურ ცნებაში თანამედროვე გაგებით ანუ როქსინთან განვითარებული ვერსიის ფარგლებში ის თანაბრად თმობს მის მიერ ადრე წარმოდგენილ „სოციალური აზრზე რეკურსებს“<sup>2</sup>, როგორც ცნების კონსტიტუციურ ნიშნას, და პოზიტიურსამართლებრივი თვალთახედვის ელემენტებს<sup>3</sup>. პირველი თვალსაზრისით, ეს იმის მომასწავებელია, რომ „ქმედების ცნება შესრულებულ სამუშაოსა და თვით მოცალეობის ჟამს გართობასაც უნდა მოიცავდეს როგორც ადამიანურ მოქმედებებს“, მიუხედავად იმისა, „მიეწერება მათ სოციალური რელევანტურობა თუ არა“<sup>4</sup>. მომდევნო თვალსაზრისის მიხედვით კი, ქმედების ცნების ტრანსფორმაცია არ იქნებოდა აუცილებელი, თუ, მაგალითად, კანონმდებელი გაუფრთხილებლობის დეკრიმინალიზაციას მოახდენდა<sup>5</sup>. იმავე აზრზეა, სხვათა შორის, იაკობსი<sup>6</sup>. მაგრამ არც ერთ და არც მეორე შემთხვევაში სიტყვას არავითარი საქმე არ მოსდევს. უკეთ რომ ვთქვათ, პოზიტიურ სამართალში მოცემული ქცევის ცალკეული სახეებისა თუ მათი კომპონენტების ურიცხვი ცნებებიდან მათ არც ერთზე არასოდეს იერიში არ მიუტანიათ. საქმე გვაქვს ერთგვარ ფსევდომეტაპოზიტივისტურ სუროგატებთან, რადგან ასეთი ფიცის ძირისძირამდე განვითარებულ დოგმატიკაში დღეს არავის სწამს. უფრო კონკრეტულად კი, არც პერსონალური და არც ნეგატიური მოძღვრება პოზიტიურსამართლებრივად მოცემული ქცევის არც ერთი სახისა

<sup>1</sup> თუნდაც ჯერ კიდევ ნაპოლეონის კოდექსიდან მომდინარე მცდელობის დასჯადობის აბსოლუტურობის უარყოფის მაგალითზე, რა დროსაც განმსაზღვრელი ვექტორი პრევენციული ღონისძიებებისა-კენ მიიმართება *Kutalia*, Handlungslehre, გვ. 183 მ.

<sup>2</sup> *Roxin*: ZStrW 74 (1962), გვ. 561; Zur Kritik der finalen Handlungslehre, a. a. O., S. 82.

<sup>3</sup> *Ibid.*, გვ. 73 მმ.

<sup>4</sup> *Roxin*, Strafrecht AT I, 8/45.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 8/51.

<sup>6</sup> *Jakobs*, Handlungsbegriff, გვ. 13, 21 მ.

თუ მისი შემადგენელი ნაწილის დასაბუთების ვალდებულებისაგან თავს არ ითავისუფლებს, არც თეორიულად, არც, მით უმეტეს, ფაქტობრივად. პირიქით, პერსონალური ცნების შემთხვევაში ამის - ერთ-ერთ - გამოაგნებლად დამადასტურებელ საბუთს „სუბსტანციური ადეკვატურობა“ ჰქვია, რასაც ჩვენ ქვემოთ მოკლედ ვიხილავთ.

რაც შეეხება პირველ თვალსაზრისს, დიახ, მაშინაც შეიძლება ვმოქმედებდეთ, როცა ვმუშაობთ და მაშინაც, როცა ვერთობით. მაგრამ ინტერესის საგანს აქ სხვა რამ წარმოადგენს. სამართალი საზოგადოების მიღმა არ არსებობს და საკითხავი ის არის, სოციალურობამდე აღქმული ქმედების ცნება თუ რამდენად დაიტევს სპეციფიკურად სამართლებრივ კატეგორიებს. დამცავი კრიტერიუმი შეიძლება არსებობდეს, მაგრამ მას, როგორც ვიხილეთ, როქსინი უარყოფს. ამ კრიტერიუმის ფლობის წინაპირობა სოციალურობისაკენ წინმსწრები მზერის გაწვდენაა, რაც სოციალურობას უნებურად ცნების კონსტიტუციურ ბირთვში მოაქცევდა. ეს ერთგვარი მოჯადოებელი წრეა და როქსინი არ გახლავთ ის ავტორი, რომელიც სპეკულაციების გულშემატკივრად შეიძლება მივიჩნიოთ. ის არჩევანს ცალსახად პირველ შესაძლებლობაზე აკეთებს ანუ სოციალურობის გამორიცხვაზე. ამით გამოწვეული რისკის ფაქტორი მასთან სხვაგვარად უნდა დაიდლოდეს, კერძოდ კი, ონტოლოგიურად გათვლილი მინიმუმების ხარჯზე. თუ რამდენად გამოსდის მას ეს საბოლოო ჯამში, დამოუკიდებელი მსჯელობის საგანია.

ზემოხსენებული ასპექტების საპირისპიროდ, „ქცევის სულიერ-გონებრივი“ ანუ „პერსონალური ცენტრი“ შენარჩუნებულია როგორც ქმედების ცნების საკვანძო მომენტი: „ქმედება, უწიანრეს ყოვლისა, არის ყოველივე ის, რაც ადამიანს როგორც ქცევის სულიერ-გონებრივი ცენტრი შეიძლება განეკუთვნოს. ეს ცენტრი არ არის მოცემული ისეთ შემთხვევებში, რომლებიც გამომდინარეა ადამიანის მხოლოდ სხეულებრივი (სომატური) სფეროდან, ყოფიერების ,სუბსტანციური, ვიტალური და ანიმალური სფეროდან“, რომლებიც არ არის დაქვემდებარებული ,მე-ს‘ კონტროლს, ადამიანის სულიერ-გონებრივი მართვის ინსტანციას“<sup>1</sup>. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, საქმე გვაქვს „პიროვნების გამოვლინებასთან“<sup>2</sup>: „თუ ვინმე დაუძლეველი ძალით ფანჯრის შუშას მიანარცხეს, თუ ის ძილში, დელირიუმში, კრუნჩხვითი შეტევის დროს თავის გარშემო დარტყმებს ახორციელებს, როდესაც ის წმინდა რეფლექსურად რეაგირებს, მაშინ ეს გამოვლინებებია, რომლებიც ნებისა და ცნობიერების მხრიდან არ არის დაუფლებული ან დაუფლებადი და ამიტომ ვერ განიხილება პიროვ-

<sup>1</sup> Ibid., 2/44.

<sup>2</sup> Ibid.



ნების გამოვლინებებად. თავის მხრივ, აზრები და ნებელობითი მისწარფებები, რა თქმა უნდა, განეკუთვნება პიროვნების გონებრივ-სულიერ სფეროს. მაგრამ სანამ ისინი შიგნითვე მომწყვდეული რჩება და გარესამყაროს პროცესებთან ურთიერთობაში არ მოიყვანება, ისინი არ არის პიროვნების გამოვლინებები და ამიტომ არ არის ქმედებები<sup>1</sup>. რა დროსაც აქ, განსხვავებით „პიროვნების გამოხატულებისაგან“ კარლ ენგიშის ქმედების სოციალური ცნების მიხედვით<sup>2</sup> ან „პიროვ- ნების ობიექტივაცი- ისაგან“ არტურ კაუფმანის ონტოლოგიურ „კომპლექსურობაზე“ დაფუძნებული ქმედების პერსონალური ცნების მიხედვით<sup>3</sup>, სოციალურობის ნიშანთვისება უარიყოფა, ეს განსახილველ ჭრილში სრულიად გამართლებულადაც შეიძლება მივიჩნიოთ: სადაც ადამიანი, როგორც ინდივიდი, და ადამიანი, როგორც პიროვნება, ერთი და იგივეა, „საზოგადოებრივად“ რელევანტურ თვალსაზრისზე რეკურსი თვითმიზანი იქნებოდა, რადგან სოციალურობის სიბრტყეზე აქ მხოლოდ წმინდა ფრაგმენტარულად შეიძლება მივანიშნოთ.

მაგრამ რაც უთქმელი რჩება, უმთავრესია: „გონებრივ-სულიერი“ მდგომარეობები ანუ პროცესები, „ობიექტივირებული“ თუ არა, სოციალურობის ჩარჩოებს მიღმა, საერთოდ, მხოლოდ ნატურალიზმების<sup>4</sup>, კერძოდ კი, როგორც მათ როქსინთან განვითარებულ ზოგადობაში ანუ ე. ა. ვოლფ-არტ. კაუფმანის „თავისუფლებისა“ და „პასუხისმგებლობის მომენტის“ გამორიცხვით, ასევე იქ, სადაც ამის საჭიროება არ არსებობს ანუ სადაც საქმე „სულიერ-გონებრივი სფეროს“ „დევიაციურობებს“ არ ეხება<sup>5</sup>. როდესაც, თავის მხრივ, ქმედების „სისხლისსამართლებრივი“ ცნების კონსტრუირებისას იქიდან ამოსვლას ცდილობენ, რომ „სამართლებრივი გადაწყვეტები არასოდეს წარმოსდგება წმინდა ონტიკური დასკვნებიდან, არამედ ყოველთვის მხოლოდ მათ მიმართ განმსაზღვრელი ნორმატიული კრიტერიუმების გამოყენებიდან“<sup>6</sup>, ე. ი. ვესწრაფვით რა ყოველ „პიროვნების გამოვლინებას“ როგორც „განკუთვნების“ საგანს, რა დროსაც ის (სისხლის-)სამართლებრივად რელევანტური მსჯელობებისთვის „თავიდანვე გადაწყვეტ შეფასებით ასპექტად“<sup>7</sup> აღიქმება, ამით ხომ თვით ზემოაღნიშნულ თვისებასთან მიმართებაში არაფერი იცვლება, არამედ, სპეციფიკურად ეფიცირებული ვირტუალურობების მიღმა, საქმე ეხება ნატურალიზმების განკუთვნებას. თუმც იმავდროულად, როქსინის მიხედვით, „ცალკეულ შე-

<sup>1</sup> Ibid.

<sup>2</sup> Engisch, Der Arzt im Strafrecht, in: MKS 9/1939, გვ. 421 და passim.

<sup>3</sup> Arth. Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung, გვ.36 მ.

<sup>4</sup> თუმც როქსინთან ნატურალისტური სამყარო წმინდა სომატური სფეროთი შემოგარსული რჩება (იხ. იგ., Strafrecht AT I, 8/53), სხვაგვარად იაკობსი, Handlungsbegriff, passim.

<sup>5</sup> Roxin, Strafrecht AT I, 8/47.

<sup>6</sup> Ibid., 8/72.

<sup>7</sup> Ibid., 8/73.

მთხვევაში ქმედების დასადგენად სოციალური და თვით სამართლებრივი ასპექტების ინტეგრირებაც შეიძლება იყოს საჭირო; როგორც წესი კი, ამის აუცილებლობა არ არსებობს<sup>1</sup>. მოვეშვათ წესს, დავაკვირდეთ გამონაკლისს.

პირველი: იმთავითვე უნდა აღინიშნოს, რომ აქ როქსინის მიერ წარმოდგენილი რელატივირების სივრცე არ მოიცემა. რადგან სოციალურობა თავის არსში პერსონალურობაზე რედუცირებადი ვერ იქნება, არამედ იდენტიფიცირდება ინტერპერსონალურობის ნიშანთან, რა დროსაც (ინსტრუმენტალურად შესაძლო ინტერპრეტაციების საპირისპიროდ, რამეთუ ინსტრუმენტალურ სამყაროში ინტერაქციის ფენომენი კონსტიტუციურობით არ გამოირჩევა), *არამცთუ ინტერპერსონალურობა პერსონალურობაზე კატეგორიალურად არ არის დამოკიდებული, არამედ სწორედ მხოლოდ პირიქით*. ჭეშმარიტად სოციალურ ანუ საზოგადოებრივად მოცულ სამართლებრივ ასპექტში ეს იმის მომასწავებელია, რომ ქმედების სუბიექტი ვერ იქნება აქტუალური უბრალოდ როგორც „ნორმის მიმართვის“ ანუ „სამართლებრივი დავალდებულების ადრესატი“<sup>2</sup>, როგორც ასეთი, არამედ როგორც სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტი ანუ როგორც ინტერაქციის პარტნიორი. მაგრამ თუ, ამასთანავე, სამართლებრივად რელევანტურის პრობლემატიზება ხდება მხოლოდ იმ დისკუსიის ფარგლებში, „ქმედება“ როგორც დანაშაულის შემადგენლობამდე მდებარე ფენომენი უნდა აღიქმებოდეს თუ არა, სამართლებრივი ასპექტი თავის ნამდვილობაში განსახილველ პრობლემას ვერც ვერაფერს შესძენს.

მეორე: გამოვრიცხოთ შესაძლო გაუგებრობები ქმედების პერსონალური ცნების დანაშაულის სისტემასთან მიმართების თვალსაზრისით. ამ მხრივ ქმედება ტრადიციულ და თანამედროვე სისხლის სამართალში ოთხგვარად გაიგება: 1. კაუზალურ, ფინალურ და სოციალურ მოძღვრებაში ის დანაშაულის შემადგენლობის წინამდებარე კონსტრუქციაა<sup>3</sup>; 2. ქმედების სოციალური ცნების ფონ ბუზნოფის ვერსია ამას პირველად გადაჭრით უარყოფს, ისევე როგორც უარყოფს ქმედებისა და დანაშაულის ცნებათა ჰეგელიანურ პარალელიზმს, რის შედეგადაც აქ ქმედება უკვე უმართლობით მოცული კომპონენტია<sup>4</sup>; 3. როქსინის პერსონალური ცნება ამგვარ ტრანსფორმაციას მხოლოდ ნაწილობრივ აღიარებს, სახელდობრ, „დელიქტური ქცევების

<sup>1</sup> Ibid., 8/52.

<sup>2</sup> Ibid., 8/47, 55.

<sup>3</sup> მაგრამ არამხოლოდ იქ და მაშინ, დღესაც უპირატესად; 2017 წლის მდგომარეობით *Bernd Heinrich*, Die strafrechtliche Handlung, Vorlesung, Arbeitsblatt Nr. 8, [www.jura.uni-tuebingen.de](http://www.jura.uni-tuebingen.de).

<sup>4</sup> *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, გვ. 151 მმ; შდრ. *გამყრელიძე*, სისხლისსამართლებრივი სასჯელის ცნება, გვ. 5.

მხოლოდ მცირე ნაწილთან მიმართებაში<sup>1</sup>; დაბოლოს, 4. ქმედების სისხლისსამართლებრივი ცნება და დანაშაულის ცნება ნეოჰეგელიანურ სისტემებში კვლავაც იდენტური ცნებებია (ქმედების ნეონეგატიური მოძღვრება, ქმედების ინტერპერსონალური მოძღვრება). ამისდა კვალად, ქმედების განსახილველ შემთხვევაში აქტუალური პერსონალური ცნება სისხლის სამართლის თეორიას პრაქტიკულად არ მოიცავს, - ეს ქმედების ზოგადი ცნებაა, მსგავსად უამრავი დანარჩენი სისხლის სამართალში წარმოდგენილი ცნებისა<sup>2</sup>, მაგრამ არა ქმედების სისხლისსამართლებრივი ცნება, როგორც ასეთი.

## ბ. შედარებითი ასპექტი

ძირეული პარალელების მხრივ მოცემულ შემთხვევაში მხოლოდ კლასიკური პერსონალიზმი როდია გამოსაყოფი. ქმედების როგორც „პიროვნების გამოვლინებასთან“ დამოკიდებულებაში მნიშვნელოვან გადაკვეთებთან გვაქვს საქმე, მაგალითად, იეშეკის „ქცევის მოდელის“ როგორც „ხელთ არსებულ ქმედების შესაძლებლობებზე ,თავისუფალი‘ პასუხის“ შემთხვევაში ანაც ე. ა. ვოლფის „ქმედების ინდივიდუალური ცნების“ შემთხვევაში, რომლის მიხედვითაც ქმედება გაიგება როგორც „ცალკეულისთვის ხელმისაწვდომი შესაძლებლობის თავისუფალი, აზრობრივად დატვირთული გამოყენება“<sup>3</sup>. დისტანცირების საფუძველს აქ, ერთის მხრივ, წარმოადგენს ის, რომ დაუდევრობით ჩადენილი უმოქმედობების უმეტესობა ვერ

<sup>1</sup> *Roxin*, Strafrecht AT I, 8/54, 56.

<sup>2</sup> აქ მსურს თქვენი ყურადღება ფონ ლისტის მიერ შერაცხუნარიანობისა და ქმედუნარიანობის - ნატურალისტური გადასახედიდან პარადოქსულ - პარალელიზმს(!) მივაქციო: „ჩვენ ასევე შეგვიძლია შერაცხუნარიანობა განვსაზღვროთ როგორც *სისხლისსამართლებრივი ქმედუნარიანობა*. ვინაიდან ქმედუნარიანობა, სამართლებრივი გაგებით, არის უნარი, სამართლებრივად მნიშვნელოვანი ქმედების განხორციელებისა, (...) მაშასადამე, უნარი *სისხლისსამართლებრივად ავო პასუხი ანუ დაისაჯო*“ (*Liszt*, Lehrbuch, 5. Aufl., გვ. 159). ეს ქმედების ცნების ჰეგელიანური სკოლის პერსპექტივიდან (იხ. *Köstlin*, System des deutschen Strafrechts, Abt. I, AT, 1855, § 56) თავისთავადი კორელაცია (რადგან ამჯერად უკვე საქმე გვაქვს ბრალის მომცველ ქმედების ცნებასთან [თუმცა იხ. *Lesch*, Verbrechensbegriff, გვ. 221 მმ და passim, სადაც შერაცხუნარიანობა ჰეგელის სამართლის ფილოსოფიაზე დაყრდნობით ჯერ კიდევ დანაშაულის სისტემის თავში აღიქმება]) ქმედების კაუზალურ მოძღვრებასთან პრინციპულად შეუთავსებელი იყო, არამედ მისი გამოყენება მხოლოდ კაუზალიზმის დათმობის ხარჯზე თუ მიიღწეოდა (უფრო ახლოს შერაცხუნარიანობის საკითხთან მიმართებაში *Liszt*, Der italienische Strafgesetzentwurf von 1887, in: *ders.*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, ტ. 1, 1970, გვ. 273; იგ., Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, 1896, in: *ibid.*, ტ. 2; შდრ. *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 12; *Radbruch*, Handlungsbegriff, გვ. 97). ამავე დროს, ეს ვერც სუბიექტურ-ფინალური კონცეფციის ფარგლებში იქნებოდა სხვაგვარად, მაგრამ არა საზოგადოებრივ კონტექსტზე აგებული ქმედების ცნებათა ფარგლებში, თუმც ფაქტია, რომ ქმედუნარიანობისა და შერაცხუნარიანობის გახლეჩა არც ერთი შემდგომი „ზოგადი“ ცნების მიერ არ შებრუნებულა (იხ. i. a. *Engisch*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1965, გვ. 57; *Arth. Kaufmann*, Schuld und Strafe, 1956, გვ. 48 მ; *Roxin*, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, 8/47).

<sup>3</sup> *Ibid.*, 8/47.

განიხილება როგორც „პასუხი“ ანაც, მეორეს მხრივ, „თავისუფლება“, სულ მცირე, არაბრალეული ქმედებებისას ჩვეულებრივ მოცემული არ გვაქვს<sup>1</sup>. მსგავს შედეგებამდე მივყავართ აქ ქმედებას როგორც „წესის გამოყენებას“ ჰრუმუკას მიხედვით, რადროსაც „პიროვნების გამოვლინება“ „საკუთარ წესებთან“ მოიყვანება დამოკიდებულებაში<sup>2</sup>. მოცემული მოდელი როქსინთან ორმხრივი კრიტიკის საგანია: „(...) ეს ცნება ნაწილობრივ მეტისმეტად ვიწროა, ხოლო ნაწილობრივ მეტისმეტად ფართო. მეტისმეტად ვიწრო იმიტომ, რომ ის უმოქმედობებს (გავიხსენოთ (...) დავიწყება!) ვერ მოიცავს, რომლებიც თვით ჰრუმუკას მიხედვით განისაზღვრება როგორც „წესის გამოუყენებლობა“, რითაც ის კვლავ სისტემის რადბრუხისეულ ორად დაყოფას უბრუნდება. მეტისმეტად ფართო იმიტომ, რომ დანაშაულებრივი გეგმის შემუშავება უდავოდ არის (აზროვნებისა და გამოცდილების) წესების გამოყენება, მაგრამ „გამოვლინების“ მოუცემლობის გამო სწორედ რომ ქმედებას არ წარმოადგენს“<sup>3</sup>. თავის მხრივ, ქმედების პერსონალური ცნება გაუფრთხილებლობის შემთხვევაში ვერც „ინტენციონალურობის“ კრიტერიუმთან მოიყვანება შესაბამისობაში ურს კინდ-ჰოიზერის ქმედების ინტენციონალური თეორიის ფარგლებში (ქმედება როგორც „გადაწყვეტილებადი ქმნა“)<sup>4</sup>. მაგრამ ამ ორ სუბიექტურ-მონისტურ ცნებას საერთო სირთულეც ახასიათებს: რა თქმა უნდა, ინდივიდუალუმიტან გაიგივებული „პიროვნება“, როგორც ქმედების სუბიექტი, აქ არ ესწრაფვის არც სომატურ და არც კვაზისოციალურ შედეგებს(ანუ ასეთ „ქმნას“); არამედ ინდივიდუალუმიტან ინსტრუმენტალური სამყარო ამოსავალ წერტილად სწორედ მხოლოდ „მონოგანზომილებიან“ გადაწყვეტილებებს ქმნის შესაძლებელს. შევაჯამოთ ეს მიკროკოლაჟი და, მოდით, გულახდილად ვთქვათ: პიროვნების ობიექტივაციასა და პიროვნების გამოვლინებას შორის რა განსხვავებაა?

### გ. ქმედების „სუბსტანციურად ადეკვატური“ ცნება

როქსინის ქმედების პერსონალურ მოძღვრებაში მიზნად დასახული უარყოფა „ტექნიკური სუბსტრატების“ განუყოფლობისა, ძირითადად ფსიქოფიზიკურის სფეროში, თავის საგნად, უწინარეს ყოვლისა, ქმედების (არსებითად) ზოგადი ცნების დანაშაულის სისტემაში მისი ფუნქციების მაქსიმალურად თანმიმდევრულ განხორციელებას მოიაზრებს ანუ ის, მის მიერვე დამკვიდრებული ტერმინით რომ შევნიშ-

<sup>1</sup> Ibid.

<sup>2</sup> Ibid., 8/48.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid., 8/49.

ნოთ, ქმედების „სუბსტანციურად ადეკვატურ“ ცნებას ესწრაფვის<sup>1</sup>. ხოლო ხსენებული ფუნქცია ქმედების ზოგად ცნებას, ჯერ კიდევ ტრადიციული დოგმატიკიდან მოკიდებული, სამი აქვს: ქმედება როგორც *გარესაზღვრის ელემენტი*, როგორც *ძირეული ელემენტი* და როგორც *მაკომბინირებელი ელემენტი*. განსაკუთრებული ინტერესის საგანს მოცემულ შემთხვევაში პირველი ასპექტი წარმოადგენს ანუ ის, თუ როგორ ფილტრავს ქმედების პერსონალური ცნება დანაშაულის შემადგენლობაში შემავალ ქცევის სახეებს, რადგან აქ მეტად საგულისხმო სიახლეებთან გვაქვს საქმე. განსხვავებით კაუზალური თუ ფინალური მოძღვრებისაგან, ამჯერად ზოგიერთი რეფლექსიც, კერძოდ კი, ისეთი, რომელიც შეიძლება აღვიქვათ როგორც „ფსიქიკურად წარმოებული, მიზანმიმართული მოძრაობები“<sup>2</sup>, განიხილება როგორც „ქმედება“; ისევე როგორც, თავის მხრივ, ყოველი ავტომატიზმი, ვინაიდან „შესწავლილი ქმედების დისპოზიციები განეკუთვნება პიროვნების სისტემას; მათი გამოწვევა მისი გამოვლინებაა“<sup>3</sup>. იმავე მასშტაბით აქ უგონო სიმრთავლის შემთხვევაშიც მოცემული გვაქვს „ქმედება“, თუ „მიზანმიმართულობაში გონივრული, კოორდინირებული სამოძრაო პროცესები“ შეიძლება იყოს განხორციელებული, როგორც მაღალხარისხიანი აფექტებისას, რა დროსაც ქცევის სახეები, რომლებიც „ჟინის დაკმაყოფილებას ან აგრესიის განმუხტვას“ ემსახურება, არ არის „მხოლოდ კაუზალურად გამოწვეული“<sup>4</sup>. დაბოლოს, „ქმედება“ მოცემულად მიიჩნევა პერსონალური მოძღვრების ფარგლებში *vis compulsiva*-ს შემთხვევაშიც როგორც „მუქარით მოტივირებული“ პიროვნების გამოვლინება<sup>5</sup>.

ვფიქრობ, გასაგებია, რომ საქმე აბსტრაქტულ „ქმედებასთან“ გვაქვს და ეს აბსტრაქტულობა ზემოაღნიშნული ორივე მომდევნო ფუნქციის - ანუ ძირეული ელემენტისა და მაკომბინირებელი ელემენტის ფუნქციის - მაგალითზე როდი მცირდება. რადგან დელიქტური ქცევის „გამოვლინების ფორმები“, რომლებიც „ქმედების“ მიერ მისი პირველი თვისებით (ძირეული ელემენტი) „მოცულია“ (?), „მხოლოდ შემდგომ შეფასებით საფეხურებზეა მნიშვნელოვანი“ დარომელთა ატრიბუირება ხდება ქმედების ცნებისადმი როგორც „არსებითი სახელისადმი“ ცნების მომდევნო ფუნქციის (მაკომბინირებელი ელემენტი) ფარგლებში, მაგრამ ქმედების ცნება მათ,

<sup>1</sup> Ibid., 8/55; შდრ. *Bunster*, Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff von Claus Roxin, in: FS Roxin, გვ. 180 მმ; თუმც იხ. ასევე ქმედების ცნების „სუბსტანციურ“ განსაზღვრასა და „პერსონალური შერაცხვის ნორმატიულ ვექტორზე“ ორიენტირებულ განსაზღვრას შორის როქსინისეული განსხვავებები *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, გვ. 31.

<sup>2</sup> Ibid., 8/66.

<sup>3</sup> Ibid., 8/67.

<sup>4</sup> Ibid., 8/68 მ.

<sup>5</sup> Ibid., 8/64.

როგორც წესი, არავითარი ზომით არ მოიცავს<sup>1</sup>. ამრიგად, ცნების მიღმა რჩება არა მხოლოდ უმართლობისა და ბრალეულობის შესახებ მსჯელობა, არამედ, ნებისთ თუ უნებლიეთ, მათში შემავალი „დელიქტური ქცევის სახეები“ მთლიანობაში. რასთანაც აქ ამის შედეგად გვაქვს საქმე, არის არა „ქმედების“ დროებითად ამორფული განსაზღვრა და შემდგომი კონკრეტიზება მისი „სახისა და რაგვარობისა“ როგორც განზრახვის ან გაუფრთხილებლობის, როგორც მოქმედების ან უმოქმედობის<sup>2</sup>, არამედ ის, რაც აქ „შემდგომ“ სისხლისსამართლებრივ შეფასებებს წინ ერთვის, ქმნის სწორედ საბოლოო სახეს ქმედების ცნებისა ყოველი მსგავსი *modus procedendi*-ს მიხედვით. ეს ქმედების ზოგად ცნებათა საერთო სენია.

#### დ. დასკვნა

როგორც ვხედავთ, ქმედების მოძღვრება, რომელიც თავში ცდილობს მაქსიმალურად იყოს აბსტრაქტიზებული პოზიტიური სამართლისაგან და სამართლისაგან ზოგადად, ბოლოში ქმედების „სუბსტანციურად ადეკვატური“ ცნებობის პრეტენზიას აცხადებს და გააჩნია ამბიცია, იყოს „ფუნქციონალურად გამართული“ მისთვის კონცეპტუალურად უჩინარ დანაშაულის სისტემაში. როქსინის შენიშვნა იმის თაობაზე, რომ თუ კანონმდებელი ამოიღებდა გაუფრთხილებლობას დელიქტური ქცევების სპექტრიდან, ამით ქმედების ცნება არც შეიცვლებოდა, საკითხს არ ამოწურავს, არამედ მისი ერთი მხარეა. თუ ქმედების ცნება და დელიქტური ქცევის სახეები ერთმანეთისაგან დამოუკიდებლად ყალიბდება (ვთქვათ, პირველს აყალიბებს ონტოლოგია, უკანასკნელთ - სისხლის სამართალი), მაშინ ქმედების ცნება კანონზომიერად ვერ იქნება სუბსტანციურად ადეკვატური. გამოდგა თუ არა ის ასეთი შემთხვევით, თეორიულად საჭირობოროტო სულაც არ არის. საქმე გვაქვს სისტემურ დარღვევასთან, რომლის ფარგლებშიც დარღვეულია ცნებათა კატეგორიული ურთიერთმიმართება, კერძოდ კი, ქმედების ცნებისა დელიქტური ქცევის სახეებთან. მე აქ პარალელის სახით დანაშაულის კლასიკური ცნება მაგონდება, როდესაც მას ფონ ლისტი და ბელინგი წარმოგვიდგენდნენ როგორც ვერტიკალურად აგებულს, მაგრამ სინამდვილეში ის არასოდეს ყოფილა ვერტიკალური რადბრუხის ცნობილ გადაჯგუფებამდე. მთავარი კი განსახილველ შემთხვევაში გახლავთ ის, თუ სად უნდა ვეძიოთ „ქმედება“, რამის გამოვლინებაში თუ ქმნასა და გარდაქმნაში? რა თქმა უნდა, მახვილი შეიძლება მოდიოდეს მოჩვენებით სტატიკურობაზეც,

<sup>1</sup> Ibid., 8/50 მ, 53 მმ.

<sup>2</sup> Ibid., 8/51.

მაგრამ ამით რეალობას ვერ შევხებით. საქმე ის არის, რომ (სტრუქტურულად) უძრავი არც მატერიაა და არც იდეა<sup>1</sup>.

## 2. ქმედების ნეოკლასიკური ნეგატიური ცნება

### ა. აცილებადი არაცილება გარანტის როლში

თუმცა ესწრაფვის ჰერცბერგის<sup>2</sup> მიერ ჩამოყალიბებული ქმედების ნეგატიური ცნება, უწინარეს ყოვლისა, ფინალიზმის წინააღმდეგ გალაშქრებას (რა დროსაც „ფინალურობა, როგორც ასეთი, სისხლის სამართალში, *საერთოდ, უმნიშვნელოდ*“ უნდა მივიჩნიოთ), მაგრამ რაც ამ ცნებას, როგორც „აცილებად არაცილებას გარანტის როლში“ ფინალისტურ დოგმებთან აქვს საერთო, არის არა მხოლოდ აცილებადობის კონსტიტუციური მნიშვნელობა<sup>3</sup>, არამედ ისიც დანაშაულის შემადგენლობამდე მდებარე კონსტრუქციაა. მაგრამ სწორედ ამ ადგილას იაკობსთან შემდგომ განვითარებული ნეგატიური ცნების ფარგლებში ადგილი აქვს მნიშვნელოვან გარდატეხას, ზოგადად ქმედების მოძღვრების თანამედროვე სისხლის სამართალში განვითარების თვალსაზრისით, კერძოდ, ქმედების ნეგატიური მოძღვრების იაკობსისეული ვერსია მოიცავს როგორც უმართლობას, ისე ბრალს ქმედების ცნების ინტეგრალურ ნაწილებად, რითაც სახეზეა შებრუნება ქმედებისა და დანაშაულის ცნებათა

<sup>1</sup> იხ. ასევე (როქსინის) პერსონალური მოძღვრებისა და სოციალური მოძღვრების, ჩემის აზრით, მეტისმეტად ხელოვნური კომბინირება *Roland Hefendehl*, Vorlesung, Strafrecht AT, IV, [www.strafrecht-online.org](http://www.strafrecht-online.org).

<sup>2</sup> *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, გვ. 172 მმ, 179 მმ, 183 მმ და passim.

<sup>3</sup> ეს კონსტიტუციურობა, ცხადია, თვით ფინალიზმის ცენტრალური კრიტერიუმის დეგრადირების ხარჯზეა წარმოდგარი, სანამდე ველცელი გაუფრთხილებლობასთან, როგორც მისი ქმედების მოძღვრების აქილევსის ქუსლთან, ჭიდილმა მიიყვანა (*Welzel*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, in: *ders.*, *Abhandlungen*, გვ. 19 მმ, გაუფრთხილებლობა როგორც „ფინალურად აცილებადი“ ქცევა). როგორც აქვე ვიხილავთ, სულ ტყუილად. ნეგატიური ცნება, თავის მხრივ, აცილებადობის ცენტრალიზებით ცდილობს ქმედების მინიმუმის ლოკალიზებას, ცნების მდგრადობის მისაღწევად. მაგრამ დავაკვირდეთ: რომელ მინიმუმზეა საუბარი - იმაზე, რომელსაც კანონმდებელი ზოგადად კი არა, არამედ მხოლოდ სპეციალური მითითების შემთხვევაში (გაუფრთხილებლობა) აცხადებს დასჯადად? გასაგებია, რომ აცილებადობის ძლიერი მხარე მდებარეობს იქ, სადაც ფინალურობის სუსტი მხარე იჩენს თავს და პირიქით, მაგრამ ფინალურობა სისხლისსამართლებრივად მნიშვნელოვანი ქმედების ბირთვზეა ორიენტირებული - განზრახვაზე, აცილებადობა კი მის ფაკულტატურ ელემენტზე - გაუფრთხილებლობაზე. ფაკულტატურად დასჯადი ქცევის სახეზე აგებული ქმედების ცნება ქმედების სისხლისსამართლებრივი ცნების არსს ვერ გადმოგვცემს. ხოლო ფინალიზმთან მიმართებაში კი, ამ მხრივ, ვერავითარ სირთულეს ვერ ვხედავ: თუ მას უჭირს გაუფრთხილებლობის დასაბუთება, ქმედების სისხლისსამართლებრივად მნიშვნელოვან ცნებას არც უნდა მოეთხოვებოდეს ფაკულტატურად დასჯადი ქცევის ისეთივე სრულყოფილი ასახვა, როგორც ბირთვულად დასჯადისა. ველცელს რომ პოზიტიური სამართლის ამ რეალიისთვის დაეთმო ყურადღება და არა მისი მოძღვრების აბსტრაქციონისტულად განწყობილ კრიტიკოსთათვის, ეს მის მოძღვრებას მნიშვნელოვან თავდაჯერებულობას შესძენდა.

ჰეგელიანელების მიერ განვითარებულ ურთიერთობაზე. ამავე დროს, იაკობსთან კონკრეტიზებული ნეგატიური ცნების მიხედვით, ქმედება წარმოდგენილია როგორც „ინდივიდუალურად აცილებადი შედეგის გამოწვევა“ ანუ როგორც „აცილებადობა შედეგის სხვაობისა“<sup>1</sup>.

## ბ. კომუნიკაცია

ზემოხსენებული კონკრეტიზებით საქმე არ სრულდება. თუ, ერთის მხრივ, გელენი<sup>2</sup> ადამიანზე როგორც „მოქმედ არსებაზე“ მსჯელობს, ის მოცემულ კონტექსტში ამოდის ადამიანიდან როგორც „მიმდგომი არსებიდან“, ხოლო, მეორეს მხრივ, ველცელი ქმედებას განიხილავს როგორც „აზრის გამოხატვას“<sup>3</sup>. ეს შემდგომი კონკრეტიკის დეტალებია. ხოლო უმთავრესად აქ ცენტრალური მზერა მიიმართება ნიკლას ლუმანის სოციოლოგიური სისტემის თეორიისა და მასში მოცემული კომუნიკაციის ცნებისაკენ<sup>4</sup>. ამდენად, ქმედება, როგორც „კომუნიკაციურად მნიშვნელოვანი მიდგომა“ ანუ როგორც „აზრის სოციალური გამოხატვა“<sup>5</sup>, იაკობსის ქმედების მოძღვრებაში ესწრაფვის ფინალიზმის „მონოლოგურ-ინდივიდუალისტური“<sup>6</sup> ანუ „ინსტრუმენტალური“ მასშტაბის ჩანაცვლებას „(აზრის) ინტერპრეტაციის კომუნიკაციურად რელევანტური სქემით“, რის მიხედვითაც ამოსავალია დებულება, რომ „მიდგომები“ და „აზრის გამოხატვები“<sup>7</sup>, შეიძლება აღვიქვათ მხოლოდ როგორც კომუნიკაციური პროცესები, რომელთა შემთხვევაშიც საქმე ეხება არა მხოლოდ გამოხატველის (გადამცემის) ჰორიზონტს, არამედ მიმღების ჰორიზონტსაც და მიმღები ფლობს არა გამოხატველის ინდივიდუალურ სქემას ან თუ ის ამ სქემას ფლობს, მოცემული სქემა უკვე მხოლოდ იმიტომ როდია განმსაზღვრელი, რომ ის ინდივიდუალური სქემაა“<sup>8</sup>; არამედ გადაცემული ინფორმაცია კომუნიკაციის ლუმანი-

<sup>1</sup> *Jakobs*, Strafrecht AT, 6/27, 32.

<sup>2</sup> *Gehlen*, Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt, 1. Aufl., 1940, გვ. 20, 37 და passim.

<sup>3</sup> *Jakobs*, Handlungssteuerung und Antriebssteuerung. Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff, in: FS Schreiber, 2003, გვ. 951; *ივ.*, Strafrecht AT, S. 132; *ივ.*, Handlungsbegriff, გვ. 21, 24 მმ და passim.

<sup>4</sup> *Luhmann*: Wie ist Bewußtsein an Kommunikation beteiligt?, in: *ders.*, Soziologische Aufklärung 6, 1995, გვ. 38 და passim; Rechtssoziologie, ტ. 1, Reinbek, 1972, passim; *ივ.* აგრეთვე *Meggler*, Grundbegriffe der Kommunikation, 2. Aufl., 1997, გვ. 279 მმ.

<sup>5</sup> *Jakobs*: Handlungsbegriff, გვ. 30; Handlungssteuerung, გვ. 957.

<sup>6</sup> *M. C. Meliá*, Finale Handlungslehre, გვ. 179 მმ., 183 მმ.

<sup>7</sup> *Jakobs*: Handlungssteuerung, a. a. O., გვ. 955 და passim; Handlungsbegriff, გვ. 24, 28; *ივ.*, Schuldprinzip, გვ. 13 მ.

<sup>8</sup> *Jakobs*, Handlungsbegriff, გვ. 27; *შდრ.* *ივ.*, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, in: GS Arm. Kaufmann, გვ. 279 მმ.



სეული გაგებით, რომელიც მოცემულ თვალთახედვას - აქამდე - საფუძვლად ედება, გადამცემისა და მიმღებისთვის არასოდეს არის იდენტური<sup>1</sup>.

ქმედების ცნებისთვის რელევანტურ ასპექტში ზემოაღნიშნული ნიშნავს იმას, რომ შედეგის სუბიექტური წარმოდგენა მხოლოდ მაშინ შეიძლება იყოს „კომუნიკაციურად რელევანტური“, თუ ის „ინტერპრეტაციის კომუნიკაციურად რელევანტურ სქემას“ ეფუძნება, საიდანაც „განსაკუთრებული ნიმუშის აქტებია“ გამომდინარე<sup>2</sup>. ამასთანავე, ლემის მიხედვით, კომუნიკაცია „ადამიანთაშორის ურთიერთობაში აზრის ჩამოყალიბების ელემენტარული პროცესია“<sup>3</sup>. სხვა სიტყვებით, აზრის სიბრტყე, ამისდა კვალად, არის „საზოგადოებრივად რელევანტურის სიბრტყე და ეს კი, თავის მხრივ, კომუნიკაციის სიბრტყეა“<sup>4</sup>. იმავდროულად, განმსაზღვრელი თვალთახედვის ფოკუსირება ხდება ველცელის სოციალური ადეკვატურობის ცნებაზეც და სოციალურ მოძღვრებაში წარმოდგენილ „სოციალური აზრობრივობის“ ნიშანზეც<sup>5</sup>, რომელთა თვისობრივი განვითარება მოცემულ მოძღვრებაში პრიორიტეტულ ვექტორად შეიძლება მივიჩნიოთ. რაც შეეხება ქმედების სუბიექტს, ის განსახილველი თვალთახედვის ფარგლებში პიროვნებაა როგორც „კომუნიკაციის მონაწილე“<sup>6</sup>.

უწინარეს ყოვლისა, ხაზგასმით უნდა შეინიშნოს, რომ იაკობსთან სინამდვილეში კომუნიკაციასთან როდი გვაქვს საქმე, რამეთუ მოცემული ცნება აზრის მიწოდებასა და აზრის პოვნაში არ ამოიწურება. სახეზეა მხოლოდ ე. წ. ცალმხრივი ანუ one-way კომუნიკაცია (ამის ტიპურ მაგალითებად გვევლინება, როგორც ცნობილია, წერილი ან ლექცია)<sup>7</sup>. აქ, ამრიგად, ფინალიზმის „მონოლოგურ-ინდივიდუალისტური“ საწყისი ცალმხრივ-„კომუნიკაციურით“ იცვლება, სადაც ქმედების ცნებისთვის განმსაზღვრელად მხოლოდ აქციისადმი აზრის მიერთება განიხილება<sup>8</sup>. ამის საპირისპიროდ, ყოველი კომუნიკაცია ინტერაქციას წარმოადგენს. თუმცა იაკობსს სურს ინტერაქციაზე პარალელური რეკურსებით კომუნიკაციის მრავალმხრივი ანუ სიმეტრიული მოდელიდან ამოდიოდეს, მაგრამ ეს მხოლოდ „აზრის მიერთებით“ შესაძლებელი არ არის. იმავდროულად, საქმე რომ მართოდენ კომუნიკა-

<sup>1</sup> „გადაცემის მეტაფორის“ უარყოფაზე იხ. *Luhmann, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, გვ. 193.

<sup>2</sup> *Jakobs, Handlungsbegriff*, გვ. 28, 45.

<sup>3</sup> *Lesch, Verbrechensbegriff*, გვ. 186; მდრ. *Kindhäuser, Intentionale Handlung*, გვ. 215 მ; *Schützeichel, Sinn als Grundbegriff bei Niklas Luhmann*, 2003, 27 მმ, 87 მმ und passim.

<sup>4</sup> *Lesch, Verbrechensbegriff*, გვ. 223.

<sup>5</sup> *Jakobs, Handlungsbegriff*, გვ. 27 მმ, 45.

<sup>6</sup> *Jakobs: Norm*, 1. Aufl., გვ. 14 მმ, 29, 33, 44 მმ, 66, 98 მ; *Handlungssteuerung*, a. a. O., S. 951 მ; *Strafrecht AT*, 6/25 მმ; *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in: *HRRS 3/2004*, გვ. 92.

<sup>7</sup> *Watzlawicket al., Menschliche Kommunikation*, გვ. 40 მმ.

<sup>8</sup> *Jakobs, Norm*, 1. Aufl., გვ. 83.

ციის მონოლოგიზებულ და ინტერაქციონისტულ აღქმას შორის განსხვავებებს შეეხებოდეს, ამით ჯერ კიდევ ყველაფერი როდი დაშვებოდა. *ვინაიდან სამართლებრივი ურთიერთობა და კომუნიკაცია ინტერაქციის ორი სხვადასხვა სახეა.* ზღვარს მათ შორის ავლებს - არც მეტი, არც ნაკლები - ინსტიტუციონალური კომპეტენტურობა. ვინც მოვალეობებს ასრულებს ან არღვევს და პასუხს აგებს, არასოდეს კომუნიცირებს ჭეშმარიტად სამართლებრივი გაგებით, არამედ ინსტიტუციონალურად კომპეტენტურად ინტერაგირებს<sup>1</sup>. მართალია, შემდეგი მომენტიც თვალსაჩინოა: მოძღვრება, რომელიც დანაშაულს უბრალო კომუნიკაციად განიხილავს, რა სიხშირითაც არ უნდა მიუთითებდეს, ამასთანავე, ობიექტური მასშტაბების მნიშვნელობაზე სისხლის სამართლისთვის, თავისი არსით სუბიექტივიზმია. და თუ უსუსურად აღმოვჩნდით დილემის წინაშე: სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფა თუ ნორმის დეზავუირება, უწინარეს ყოვლისა, ავცდებით ამ უკანასკნელი ფენო-მენის არსს ჰეგელისეული მანერით<sup>2</sup>.

### გ. ქცევის თავისუფლებისა და შედეგებისთვის პასუხისმგებლობის სინალაგმა

თუ შევეცდებით განმსაზღვრელი თვალთახედვის ინსტრუმენტალური კრიტერიუმებისაგან თანმიმდევრულ დისტანცირებას, ამას ნეგატიურ მონაკვეთში იაკობსის კონცეფციის მიხედვით *ქცევის თავისუფლებისა და შედეგებისთვის პასუხისმგებლობის სინალაგმამდე* მივყავართ<sup>3</sup>: „ადამიანთა ორგანიზაციული ქცევის შედეგად სამყაროს სახე კონტინგენტურად იქცევა და ამიტომ წონასწორობისთვის საჭიროა, რომ ადამიანები პიროვნებად ვაქციოთ, ე. ი. როლების მატარებლებად, რომლებიც თავიანთ ორგანიზაციის წრეს<sup>4</sup> მყარი სტანდარტების შესაბამისად განაგებენ და მცდარი მართვის შემთხვევაში პასუხს აგებენ, მაშასადამე, განისაზღვრებიან როგორც შეცდომის განმსაზღვრელი საფუძვლები“<sup>5</sup>. ამასთანავე, მოვალეობა, „ორგანიზაციის წრე უსაფრთხო მდგომარეობაში შენარჩუნდეს“, განიფინება როგორც „სხეულებრივი საგნების“ სიბრტყეზე (*ita utere tuo ut alienum non laedas*), ისე „უფლებათა გამოყენების“ სიბრტყეზე (*obligatio est iuris vinculum*), ორივე მხრივ იმ გაგებით,

<sup>1</sup> თუმც იხ. აგრეთვე *Grasnick, Luhmann ante portas. Systemtheoretische Überlegungen zur Hauptverhandlung im Strafverfahren*, in: FS Lutz Meyer-Gossner, 2001, გვ. 207 მმ.

<sup>2</sup> იხ. ლ.-გ. კუტალია, ბრალი სისხლის სამართალში, თბ., 2000, გვ. 856 მ.

<sup>3</sup> შდრ., სხვათა შორის, „choosing subject“-ის ცნებასთან: *Ramsay, The Responsible Subject as Citizen: Criminal Law, Democracy and the Welfare State*, in: MLR, 2006, გვ. 33 და passim.

<sup>4</sup> შდრ. ზოგადად როქსინის ე. წ. მოვალეობისა და ბატონობის დელიქტების ცნებებს იაკობსის ე. წ. დელიქტები ორგანიზაციული კომპეტენტურობის ძალით და დელიქტები ინსტიტუციონალური კომპეტენტურობის ძალით *Jakobs: Handlungsbegriff*, გვ. 31 მ, *Strafrecht AT, 1/7; Tun und Unterlassen*, გვ. 19 მმ, 29 მ და passim.

<sup>5</sup> *Jakobs, Tun und Unterlassen*, გვ. 31.

რომლითაც პიროვნება ორგანიზაციული კომპეტენტურობის ძალით ამკრძალავად ან მავალეზლად უნდა ასრულეზდეს მოვალეობას<sup>1</sup>.

### დ. ქმედება როგორც ნორმის მოქმედების არალიარება (გარანტი)

გარანტის როლში მოქმედებენ, რა დროსაც შესაბამისი მოვალეობა სრულდება. ვინც გარანტის სტატუსში თავის მოვალეობას თავს ვერ ართმევს, მას შეიძლება ნებისმიერ შემთხვევაში მხოლოდ ვუსაყვედუროთ, რომ მან იმოქმედა სწორედ არა როგორც გარანტმა, რამეთუ რაც განსახილველ შემთხვევაში, როგორც ასეთი, მოცემულია, არ არის ინსტიტუციონალურად კომპეტენტური ქცევა. მაშასადამე, გარანტი - „ნორმის მოქმედების ზიანის თავიდან აცილებისა“<sup>2</sup> - იყო სუბიექტი განხორციელებული ქმედების „ფარგლებში“ მოცემული ქმედების განხორციელება*მდე*. ამიტომ ვერც განსაკუთრებით თანმიმდევრულად განხორციელებული ნორმატიული საწყისის საფუძველზე მიიღწევა ქმედების სუბიექტისთვის მის თვისებაში, როგორც დელინკვენტისა, საზოგადოებრივად მნიშვნელოვანი სტატუსის დადასტურება. თუ, ვთქვათ, სუბიექტი როგორც „როლთა მატარებელი“ სცილდება „როლის“ ფარგლებს<sup>3</sup>, მაშინ, იაკობსის მიხედვით, საქმე გავქვს „ფორმალურად გონიერ პიროვნებასთან“<sup>4</sup>, რა თვისებითაც პირმა, საერთოდ, არ შეიძლება სისხლისსამართლებრივად აგოს პასუხი<sup>5</sup>. როგორადაც არ უნდა იყოს, დავაკვირდეთ ძირეულ მხარეს, კერძოდ, აქ საბოლოო ჯამში იმის პოსტულირებას აქვს ადგილი, რომ ქმედება „ნორმის მოქმედების არალიარების ობიექტივირებაა“ ანუ „აზრის გამოხატულება შინაარსისა, რომ განსახილველი ნორმა არ არის წარმმართველი ორიენტირი“<sup>6</sup>, რასაც, თავის მხრივ, არ უნდა შეეძლოს, „აზრის განმარტების კომუნიკაციურად რელევანტური სქემის“ მიხედვით, ნორმის ნამდვილობის ხელყოფა<sup>7</sup>. ეს სოციოლოგიზმებია. ვინც იაკობსის შემოქმედებას ახლოს იცნობს, უწყის, რომ მას აქცენტი სახელმწიფოსა და სამართლიდან საზოგადოებასა და სამართალზე გადააქვს. არამგონია, ეს ტოტალიტარიზმისაკენ გადახრას ნიშნავდეს, მაგრამ ერთი რამ უნდა გვახსოვდეს: ერთს ყველასგან საზოგადოება კი არ იცავს, არამედ სახელმწიფო.

<sup>1</sup> Ibid., გვ. 20 მ.

<sup>2</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, S. 30 მდა passim.

<sup>3</sup> Ibid., გვ. 31.

<sup>4</sup> Jakobs, Zur gegenwärtigen Straftheorie, in: Kodalle (Hrsg.), Strafe muß sein! Muß Strafe sein?, 1998, გვ. 32, „გონიერი“ აქ ჰეგელის თეზისს უკავშირდება, რომლის მიხედვითაც „დამნაშავეს (სასჯელით), როგორც გონიერს, პატივი მიეგება“ (Jakobs, Schuldprinzip, გვ. 27).

<sup>5</sup> შდრ. ნაჭყეზიას თეორია: ივ., სისხლის სამართლის საგანი, თბ., 1997, გვ. 184.

<sup>6</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, 35 მ.

<sup>7</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., გვ. 83.

მივუბრუნდეთ საკითხის კონცეპტუალურ ასპექტს. ინტერაქციის ერთ-ერთ მთავარ თავისებურებას შეადგენს ის, რომ საზოგადოებრივად რელევანტურის სიბრტყეზე არ არსებობს იდენტური აქციები არაიდენტური რეაქციებით, რადგან ვერც ერთი ინტერაქციის პარტნიორი ვერ იმოქმედებს, სანამ ის წინასწარ რეაქციას (მოცემულ შემთხვევაში კი, სახელდობრ, დასჯადობას!) არ გათვლის და ამით აქციაში ხილვადს არ შექმნის, არამედ ყოველი სისხლისსამართლებრივი აქცია მთელი თავისი შინაარსით შეიძლება მხოლოდ როგორც ინტერაქციის დერივატი აღვიქვათ. საქმე რომ არ გვექონდეს დიდაქტიკასთან (რომელსაც იაკობსი სიტყვით ებრძვის), რა დროსაც ქმედების ცნებაში ბრალის შეტანას განსახილველი მოძღვრება იმით ხსნის, რომ სისხლის სამართალი უმართლობაზე არ რეაგირებს (დასჯადად), არამედ სახეზე თუნდაც ინტერაქტიული კომუნიკაცია იყოს და მისი ურთიერთობრივი ასპექტი, კერძოდ, ინფორმაციულად ორიენტირებული კომუნიკაციის მოდელეზის საპირისპიროდ<sup>1</sup>, მაშინ „აზრის გამოხატვის“ შინაარსი მხოლოდ „ნორმის მოქმედების არადიარებად“ ვერ დაიყვანებოდა. არა კომუნიკაცია იქნებოდა განმსაზღვრელი (აქ: ნორმატიული გაწვილების სიბრტყე), არამედ „კომუნიკაცია კომუნიკაციის შესახებ“ (იმავე კონტექსტში: დასჯადობის თემატიზება), ე. ი. კომუნიკაციის არა შინაარსობრივი, არამედ ურთიერთობრივი ასპექტი, ვინაიდან „(...) ყოველ კომუნიკაციას შინაარსობრივი და ურთიერთობრივი ასპექტი გააჩნია, იმგვარად, რომ უკანასკნელი პირველს განსაზღვრავს და ამდენად, მეტაკომუნიკაციაა“<sup>2</sup>. არაფერი იცვლება, ამასთანავე, ნორმატიული თვალთახედვის სასარგებლოდ, ან მასთან ერთად ჯერ სრულიად მეორეხარისხოვნად ნაგულისხმევი ფუნქციონალური საწყისის სასარგებლოდ, კომუნიკაციის აპელაციური ასპექტის მაგალითზე<sup>3</sup>, ანუ იმით, რის მიღწევასაც „კომუნიკაციის მონაწილე“ „აზრის გამოხატვით“ ესწრაფვის.

გასაგებია, რომ იაკობსი ობიექტურ მასშტაბს მყარად ეჭიდება, მაგრამ მიუხედავად ამისა, „აზრის გამოხატვები“, „მიდგომები“, „აზრთა გაცვლა“ და სხვ. აზრის თავისუფალი გამოხატვის სამყაროში დასჯადი ვერ იქნება<sup>4</sup>. გარდა ამისა, რაც შეეხება ქმედების ცნებაში ბრალის იაკობსისეულ შეტანას, საქმე მხოლოდ ზემოაღნიშნულ კონტექსტს როდი შეეხება, არამედ მისი ქმედების ნორმატიული ცნება მისსავე ბრალის ფუნქციონალურ ცნებას (ბრალი როგორც პოზიტიური ზოგადი პრევენციის

<sup>1</sup> იხ. *Merten*, Kommunikation. Eine Begriffs- und Prozeßanalyse, 1977, გვ. 93 მ; *Meggler*, Grundbegriffe der Kommunikation, გვ. 264 მმ.

<sup>2</sup> *Watzlawick et al.*, Menschliche Kommunikation, გვ. 56.

<sup>3</sup> იხ. *ibid.*

<sup>4</sup> *Kutalia*, Handlungslehre, გვ. 144.

დერივატი)<sup>1</sup> ლოგიკურად ვერ იტევს. ხოლო შემაჯამებლად თვალი კვლავაც ევოლუციურ დინამიკას გადავავლოთ. როგორც ვხედავთ, თანამედროვე გერმანული სისხლის სამართლის ორივე ცენტრალური სკოლის ფლაგმანთაგან არც ერთს ქმედების ახალი მოძღვრება არ შეუქმნია. უფრო მეტიც, როქსინის ცნება არტურ კაულფმანის საერთაშორისო გავლენის ნაკლებად მქონე (თავის დროზე პირველ სამ მოძღვრებასთან შედარებით) ცნების ვარიაციაა და იაკობსის ცნება კი ჰერცბერგის ასევე საერთაშორისო გავლენის ნაკლებად მქონე ცნების მორიგი ვარიაციაა. ვინც კი სისხლის სამართლის ანბანში გარკვეულია, მას კარგად უნდა ესმოდეს სისტემისთვის ქმედების მოძღვრების მნიშვნელობა. მაშასადამე, გერმანული სისხლის სამართლის თეორია, უფრო სწორედ, დოგმატიკა, საკმაო ხანია არ გამოირჩევა განსაკუთრებული მიმზიდველობით. დიდებით მოსილი ხანა გარდასულია<sup>2</sup>, ამბიციები დამცხრალი.

<sup>1</sup> *Jakobs*: Schuld und Prävention, გვ. 32 მ, Strafrecht AT, 17/18 (Fn. 45).

<sup>2</sup> ამის ერთგვარად კანონზომიერი შედეგია ე. წ. მტრის სისხლის სამართლის ჩამოყალიბება. იაკობსის კონცეფციაა, რომელიც თავადაც ეჭვობს, რომ სამართალთან გვაქვს საქმე. ქვაკუთხედი სამართლებრივი სიკეთის „მტრის“ დეპერსონალიზებაა, თავისუფლების ხარჯზე უსაფრთხოების სასარგებლოდ (*Jakobs*: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 88 მ, 93; Terroristen als Personen im Recht?, გვ. 837 მ და passim; Staatliche Strafe, გვ. 43; Feindstrafrecht, გვ. 292 und passim). მაგრამ ეჭვი რა მოსატანია. მტერს არაერთი კონვენცია უკვე რა ხანია ანიჭებს უფლებებს. ამიტომ დეპერსონალიზების ნიმუშად დღეს მტრის ცნების შერჩევა, ცოტა არ იყოს, გაუგებარია. იხ. კრიტიკა *Bung*, Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person, in: HRRS 2/2006, გვ. 63 მმ („Feindstrafrecht“ als „Angststrafrecht“, გვ. 64, 70 მ); *Greco*, Über das sogenannte Feindstrafrecht, in: GA 2006 (H. 2), გვ. 96 მმ; *Hassemer*, Sicherheit durch Strafrecht, in: HRRS 4/2006, გვ. 138; *Saliger*, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, in: JZ 2006, გვ. 756 მმ; *Schünemann*, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, in: GA 2001, გვ. 212; *Hörnle*, Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs „Feindstrafrecht“, in: GA 2/2006, გვ. 80 მმ; *Donini*, Das Strafrecht und der „Feind“, in: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften, ტ. 11, 2007; *Crespo*, Das „Feindstrafrecht“ darf nicht sein! Zur Unzulässigkeit des sogenannten „Feindstrafrechts“ und dem Gedanken der Sicherheit unter besonderer Berücksichtigung der wissenschaftlichen Diskussion und Tendenzen in Spanien, in: ZIS 9/2006, გვ. 413 მმ („Feindstrafrecht“ als „Täterstrafrecht“, გვ. 420 მ); *Malek*, Feindstrafrecht – Einige Anmerkungen zur Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht – Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat“ auf dem 30. Strafverteidigertag 2006, in: HRRS 8-9/2006, გვ. 316 მმ; *Sinn*, Moderne Verbrechenverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?, in: ZIS 3/2006, გვ. 107 მმ; *Sauer*, Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft, in: Neue Juristische Wochenschrift 24/2005, გვ. 1703 მმ; *Hamm*, Feindstrafrecht – Bürgerstrafrecht – Feindstrafrecht, in: Neue Lust auf Strafen. Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, ტ. 27, 2005, გვ. 105 მმ; *Th. Uwer* (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 1. Aufl., 2006; *González Cussac*, „Feindstrafrecht“, Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaates, in: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften, ტ. 15, 2007; *Kutalia*, „Feindstrafrecht“ – Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?, 2007.

## III

## ქმედების ფუნქციონალური მოძღვრება

## 1. ქმედების ინტერპერსონალური ცნება

## ა. ინტერპერსონალურობის პროგრესია

როგორც არასოდეს არსებობს იზოლირებულად აღებული უფლებები ან მოვალეობები, არამედ მხოლოდ მათი ურთიერთიერთდამოკიდებულების ჭრილში, ისევე არ არსებობს მოცემული უფლებებითა და მოვალეობებით დაფუძნებული სამართლებრივი პერსონალურობა, როგორც ასეთი, არამედ ყოველი უფლება თუ ყოველი ნორმატიულად შესაძლო მოვალეობა აყალიბებს ინტერპერსონალურობას. სანამდეც აქ ჭეშმარიტად სამართლებრივ თვალთახედვას მივყავართ, არის შემდეგი: *არ არსებობს პერსონალურობა ინტერპერსონალურობის მიღმა*. უფლებებისა და მოვალეობების ადრესატი სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტია და მისი ქმედება ამ თვალსაწიერიდან, უწინარეს ყოვლისა, *მკაცრად ინტერპერსონალურ მოვლენას* წარმოადგენს.

ჭეშმარიტად სამართლებრივ საწყისთან მიმართებაში საქმე იმავდროულად ეხება მხოლოდ ფუნქციონალურად აქტუალურ საერთო სურათს, ე. ი. განზოგადება არ ხორციელდება (თუნდაც ნაწილობრივ) ნეგატივირებული ინტერპერსონალურობის ცნების ხარჯზე: მოქმედი არ სცილდება ინტერპერსონალურობის ფარგლებს არა მხოლოდ მაშინ, როდესაც მისი ქცევა ნორმის შესაბამისია (უფლების განხორციელება, მოვალეობის შესრულება), არამედ იმავე მოცემულობასთან გვაქვს საქმე ნორმატიული გაწილების შემთხვევაშიც. ასე მაგალითად, დელინკენტი არ ტოვებს სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ფარგლებს განხორციელებული დასჯადი ქცევის ძალით, არამედ სწორედ განაგრძობს მას, რა დროსაც ნორმის დარღვევისთვის პასუხს აგებს. ამიტომაც ინტერპერსონალურობის მარტოდენ „ობიექტივაციებთან“, „გამოხატულებებთან“ ან „გამოვლინებებთან“ საქმე ვერ გვექნება, არამედ ქმედება, ჭეშმარიტად სამართლებრივი გაგებით, *ინტერპერსონალურობის პროგრესია*. რადგანაც საქმე ეხება სამართლებრივ ურთიერთობას როგორც ინტერაქციას ზოგადად, განვითარება სახეზეა, იქნება ეს მოტყუებისა თუ მკვლელობის შემთხვევაში. ინტერპერსონალურობა წარმოგვიდგება როგორც კომპლექსური პროცესი და ქმედებით მხოლოდ რუდიმენტულად კი არ გადმოიცემა, არამედ ადგილი

აქვს მის სპეციფიკურ გენერირებასა და უწყვეტ აქტუალიზებას თავისთავად განგრძობადობაში.

### ბ. სისხლის სამართლებრივი ურთიერთობის უსასრულობა

დელიქტური ქცევით სისხლის სამართლებრივი ურთიერთობა არც ყალიბდება და არც სრულდება. ის იწყება ინდივიდთა მიმართ მოვალეობების მიმართებით, რომლებიც მათ ურთიერთობის სუბიექტებად აყალიბიბებს და გრძელდება უწყვეტად სასჯელის გამოყენებით დანაშაულის შემთხვევაშიც. სისხლის სამართლის პროცესი და სასჯელადსრულებითი სამართალი არ არის სტადიალური რგოლი მატერიალური სისხლის სამართლის სეგმენტურ სფეროებს შორის, რომელიც განხორციელებულ ფაქტამდე და აღსრულებული სასჯელის შემდგომ შეიძლება ადმოგვეჩინა. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, სასჯელის შეფარდება და აღსრულება კი არ ჰყოფს მატერიალურ სამართლებრივ ურთიერთობას, არამედ ამ უკანასკნელით არის მოცული: საქმე ეხება სისხლის სამართლებრივი ურთიერთობის უნაკერო კომპლექსურობას.

დანაშაული კი, რაც უკანასკნელ ურთიერთკავშირს შეეხება, წარმოშობს არა მხოლოდ სპეციფიკურ მოვალეობებს, ესე იგი, მას მხოლოდ ინტერაქციის შესაძლებლობათა მნიშვნელოვნად შემცირებულ მოცულობამდე არ მივყავართ, არამედ ის აგრეთვე სპეციფიკურ უფლებებსაც წარმოშობს და ეს აქაც თვით მატერიალური სისხლის სამართლის სიბრტყეზე, თუნდაც სასჯელის შეფარდების პრინციპთა მაგალითზე სსკ-ის § 46-ე მიხედვით (გფრ). დანაშაულის ცნება, ამგვარად, ორივე ძირეულ ასპექტში შეიძლება მოვიაზროთ როგორც მატერიალურ სამართლებრივი ურთიერთობის განგრძობადობის ელემენტი. ჭეშმარიტად სამართლებრივი თვალთახედვის პერსპექტივიდან ამას შემთხვევითად ვერ მივიჩნევთ: დელიქტების წინაპირობა მართლწესრიგია და დელინკვენტი განხორციელებული ქცევის გამო ბუნებრივი მდგომარეობის შესაბამისად მოვალეობის არმქონედ და ბუნებრივი მდგომარეობის შესაბამისად უუფლებოდ ვერ მოიაზრება. ასევე არ უნდა გაგვაოცოს იმავე პარალელიზების ოდნავ უფრო სუბტილურმა გამოვლინებამ, რა დროსაც მცდარად მოქმედი არა მხოლოდ ინტერსუბიექტურად კოდირებულ მოვალეობას ფლობს, სისხლის სამართლებრივად აგოს პასუხი, არამედ ის იმავე უფლებასაც შეიძლება ფლობდეს (თუმც აქამდე არც „უნდა“ ფლობდეს)<sup>1</sup>. ასე მაგალითად, ეს გარკვევით იჩენს თავს სასჯელისაგან გათავისუფლების სიბრტყეზე: ის, რაც აქ, ვთქვათ, ყო-

<sup>1</sup> ამავე დროს, ავტონომიურობისა და ინტერსუბიექტურობის ურთიერთმიმართებაზე იხ. *Avriganu*, დასახ. ნაშრომი, გვ. 110 მმ.

ველი შეწყალებული უფლებას, შეწყალებაზე უარი განაცხადოს, საფუძვლად ედება, სხვარიგად ვერც განიმარტებოდა.

## 2. ქმედების ინტერპერსონალური ცნება როგორც ქმედების ფუნქციონალური ცნება

თუ უფრო გულდასმით დავაკვირდით, აღმოვაჩინთ მთავარსაც, კერძოდ, იმას, რომ სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის განგრძობადობა თავის სათავეს სწორედ სამართლებრივი ურთიერთობიდან, როგორც ინტერაქციიდან, იღებს. ინტერაქციის სუბიექტის თვისებაში ინტერპერსონალურად მოქმედებენ აქტუალური ქცევის როგორც წინ და ფარგლებში, ისე შემდგომაც. უწინარეს ყოვლისა, ინტერაქცია არ მიმდინარეობს იმ ჩარჩოებს მიღმა, სადაც აქციით რეაქციის გამოწვევა ხდება. თუმცადა განმსაზღვრელი განსხვავება იწყება არა რეაქციის გამოწვევით, არამედ ბევრად უფრო ღრმა სხვაობასთან გვაქვს საქმე. სუბიექტისაგან უნდა მოელოდნენ, რომ ის ნორმატიული მოლოდინის გაწვილების შემთხვევაში სისხლისსამართლებრივ რეაქციას მოელის. ამ მოლოდინის მოლოდინის იგნორირება და არა მხოლოდ ნორმის დეზავუირება სძენს რეაქციის გამოწვევას ქმედების ცნებისთვის რელევანტურ მნიშვნელობას: *ჭეშმარიტად ფუნქციონალური კონცეფციის სიბრტყე.*

### ა. დასჯადობის უგულებელყოფა

აქ საქმე არ ეხება ფილოსოფიური საწყისების ჩართვას ან გამორიცხვას - ყოველი მეცნიერება ფილოსოფია -, არამედ თუ დასჯადობის უგულებელყოფა ქმედების ცნებისთვის უმნიშვნელოა, მაშინ კავშირი ნორმის დარღვევასა და სასჯელს შორის მუდამ მხოლოდ წმინდა გარეგანი, წმინდა უტილიტარული იქნებოდა, სახელდობრ, სასჯელი ჭეშმარიტად ფუნქციონალურ მასშტაბად ვერც გამოდგებოდა<sup>1</sup>. დასჯადობა, ამდენად, ინტერაქციონისტული ორიენტირების ნიმუშად წარმოგვიდგება, რომლითაც ნორმაა ინკორპორირებული. დასჯადობის გათვალისწინება არის ის მოდალურობა, რომლითაც სისხლის სამართალში ნორმის შესრულება ხორციელდება. აკრძალული შეიძლება იყოს ერთი და იგივე ქცევა მრავალი ნორმატიული სისტემით, მხოლოდ მისი დასჯადობით კი შევითვობთ, რომ სისხლისსამართლებრივად მნიშვნელოვანის სფეროში ვიმყოფებით. სისხლისსამართლებრივად აკრძალულს თუ მოთხოვნილს სწორედაც დასჯადი ეწოდება. მოლოდინისა და მოლოდინის მოლოდინის ინტერფერენტულობა, თავის მხრივ, ინტერაქციის აუცილებელი წინაპირობაა. ამის გაუთვალისწინებლად სივრცე მხოლოდ კვაზისამართლებრივი ინსტრუ-

<sup>1</sup> ამის საპირისპირო მიმართულება: *Zoll, Rechtsnorm und Strafvorschrift*, in: FS C. Roxin, გვ. 94 მ; აგრეთვე *Stratenwerth, Strafrecht AT I*, 4. Aufl., გვ. 4 მმ.



მენტალიზებებისთვის რჩება: მაგალითად, ნორმის დაუძლეველი უცოდინრობა, როგორც შერაცხვის ბარიერი, უბრალოდ, მეტასამართლებრივი აბსტრაქციადა იქნებოდა და უმართლობის ვირტუალური შეგნებისას, როგორც ასეთად, დამუქრებული poena forensis ჭეშმარიტად სამართლებრივად ისევე ვერაფერს გამოხატავდა, როგორც ევენტუალური poena naturalis ორთავე შეცდომის შემთხვევაში.

## ბ. დანაშაული როგორც სამართლებრივი ნდობის ბოროტად გამოყენება

ინტერპერსონალურობა გახლავთ კონკრეტული არეალი, სადაც სპიციფიკურად სისხლისსამართლებრივი ვითარდება. მაგრამ ვისაც თვით სპეციფიციკების სურვილი არ ამოდრავებს, კარიბჭეს მისჩერებია. დელიქტი არ გახლავთ არც ინდივიდის და არც პიროვნების არტეფაქტი (სხვაგვარად რომ იყოს, ყოველი ინდივიდი ან ყოველი პიროვნება შესძლებდა დელინკვირებას), არამედ სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტისა. მხოლოდ ამ თვალსაზრისით შეიძლება ვისაუბროთ სისხლის სამართალში ინტერაქციონისტული მასშტაბების დისკურსიულ და სრულ გამოყენებაზე. და შედეგებიც ხელმისაწვდომად ახლოა. რაც ნორმის შეუსაბამობას მოსდევს, ამას თვით ნორმის შეუსაბამობა სპეციფიკურად სისხლისსამართლებრივად არასოდეს გადმოგვცემს<sup>1</sup>, განსხვავებით დასჯადობის უგულბელყოფისაგან, რომელიც დანაშაულს სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის განგრძობად მიმდინარეობას უერთებს. დასჯადობაში, ამისდა კვალად, მდებარეობს ინტერაქციისა და განგრძობადობის საერთო მნიშვნელი. ხოლო აქედან გამომდინარე, ქმედების ცნებისთვის რელევანტური თვალსაზრისით, სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა არ არსებობს არც მატერიალურსამართლებრივი ურთიერთობის პერსპექტივიდან ante factum, რომელი ურთიერთობაც ქმედებით შეიძლებოდა დასრულებულიყო, და არც პროცესუალური ურთიერთობის პერსპექტივიდან post factum, რომელი ურთიერთობაც ქმედებით შეიძლებოდა ყოფილიყო ინიცირებული, არამედ როგორც მატერიალურსამართლებრივი ურთიერთობის ზოგადი განგრძობადობა. უწინარეს ყოვლისა, ამით იკვეთება ის, რომ დანაშაული წარმოადგენს სამართლებრივი ნდობის ბოროტად გამოყენებას, რომელიც სამართლებრივ ნდობას არ ამოწურავს. სხვაგვარად პასუხი ქმედებაზე ვერც იქნებოდა დამნაშავისადმი პატივისცემის გამომხატველი სასჯელი ჰეგელისეული გაგებით, არამედ შიშველი პრევენცია.

<sup>1</sup> გავითვალისწინოთ განსხვავება ნორმის დისპოზიციურ გერმანულ და ნორმის კომპლექსურ ქართულ ცნებებს შორის.

### 3. ქმედების სისხლისსამართლებრივი ხარისხი

ქმედების ინტერპერსონალური ცნება *სასჯელის ცნებამდე გაწვდილი ქმედების ცნება*<sup>1</sup>. რადგან თუ აქცია რეაქციას არ იწვევს, ინტერაქციას ადგილი არ ჰქონია. დანაშაულის ცნება, ამის მიხედვით, ინტერაქციონისტულად რელევანტურ ზენიტს ვერ აღწევს მანამ, სანამ აქტუალური ქცევა სასჯელზე სახელმწიფოს რეგულაციურ უფლებამოსილებას არ აფუძნებს, ე. ი. სადაც სისხლის სამართალი უფუნქციოდ აღმოჩნდება ხოლმე განსახილველი აქციის მიმართ. არა დანაშაული მდებარეობს თავისი არსით სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის მიღმა, არამედ აქცია, რომელიც ვერ აღწევს ქმედების სრულ ფუნქციონალურად რელევანტურ ხარისხს. ამ გაგების მიღმა, ვთქვათ, ფუნქციონალური მეტასტაბილურობის თვალსაზრისით, არც ბრალი არსებობს ცნების კონსტიტუციურ ნიშნად და არც უმართლობა. ასე მაგალითად, დეპუტატის ინდემნიტეტი კონსტიტუციის 1-ი აბზაცის 46-ე მუხლის / სსკ-ის 36-ე პარაგრაფის (გფრ) შესაბამისად შესაძლოა გარეგანად ნეიტრალური რჩებოდეს როგორც უმართლობის, ისე ბრალეულობის თვალსაზრისით,<sup>2</sup> მაგრამ ის დანაშაულის ჰეტერარქიული სისტემის ფარგლებში ორივედან არც ერთ ნიშანს არ ტოვებს ხელუხლებელს<sup>3</sup>. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ქმედების ცნებისთვის ურთიერთობის განვითარება იმანენტური. ერთი შეხედვით, ყველაზე მწვავე კითხვა, რომელიც აქედან დანაშაულისა და სასჯელის ცნებათა კოჰერენტულობის თაობაზე შეიძლება გამომდინარეობდეს, ანუ რას უნდა წარმოადგენდეს სისხლის სამართლის ინტერაქციონისტულ პროგრამაში ბრალეული ქცევა, რომელსაც სასჯელის გამომრიცხველი გარემოების ძალით რეაქცია არ მოსდევს, პრინციპულად რიტორიკულია: ბრალეული ქცევა, რომელმაც სასჯელი არ გამოიწვია, არის ქმედება ანუ დანაშაული (მხოლოდ) როგორც გამონაკლისი და არის იმიტომ, რომ მას, როგორც წესი, სასჯელი მოსდევს.

<sup>1</sup> არა უბრალოდ წინარეინტერაქციონისტულად გაგებულ ბრალამდე, როგორც ამას, მაგალითად, იაკობსთან Handlungsbegriff, გვ. 44 აქვს ადგილი, რადგან სისხლის სამართალი ყოველ ბრალზე არ რეაგირებს.

<sup>2</sup> Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976, გვ. 73.

<sup>3</sup> Kutalia, Das heterarchische Verbrechenssystem, გვ. 38.

## დანაშაულის ჰეტერარქიული სისტემა

### I

#### იდეოლოგიური ვერტიკალიზმი

მე სისხლის სამართლის ზოგად ნაწილს და მათ შორის დანაშაულის სისტემას ორგან ვეწაფებოდი: თსუ-ს სალექციო კურსის ფარგლებში (*უგრეხელიძე*), სადაც იმ დროისთვის ოფიციალური რუსული ვერტიკალიზმი ისწავლებოდა და საია-ს სემინარებზე (*გამყრელიძე*), სადაც პრიორიტეტული განხილვის საგანს გერმანული ვერტიკალიზმი წარმოადგენდა. რუსულთან, როგორც ასეთთან, პირველ კონცეფციას, მართალია, მცირე რამ აქვს საერთო, არამედ რუსეთისთვის თავსმოხვეული ერთობ სპეციფიკური იდეოლოგიიდანაა გამომდინარე.<sup>1</sup> მოკლედ ჩავეძიოთ ამ სისტემისა და მისი აგებულების არსს, რომელიც იქ დღესაც უცვლელად მოქმედებს, შესაძლოა ინერციულად, შესაძლოა ხელოვნურად - ეს წინამდებარე თემატიკის ჭრილში უმნიშვნელოა.

დანაშაულის ცნების ძირითად შემადგენელ ნაწილებად მოცემულ შემთხვევაში დანაშაულის შემადგენლობასთან ერთად, რომელიც მოიცავს ბრალს<sup>2</sup>, წარმოდგენილია მართლწინააღმდეგობა და (ქმედების) საზოგადოებრივი საშიშროება. მაგრამ ეს უკანასკნელი კომპონენტი მხოლოდ იშვიათად გამოიტანებოდა შემადგენლობის ფარგლებიდან, უმთავრესად კი მის ობიექტურ მხარეში<sup>3</sup> იყო მოთავსებული<sup>4</sup>. ამიტომ დანაშაულის ეს სისტემა ორნიშნაა<sup>5</sup>. თუ გავითვალისწინებთ, რომ განსახილველი მოდელი იერარქიულია, იმთავითვე ჩნდება კითხვა, თუ რა უნდა წარ-

<sup>1</sup> იხ. ამის საპირისპიროდ დეიდეოლოგიურებული სამეცნიერო რეკომენდაცია რუსეთს და მასთან ერთად საქართველოსაც მინიმალური სამართლის სახით *L.-G. Kutalia*, *Lagma*, 100 volumes, Jubilee Edition of Legal Scientific Works of Prof. Lasha-Georgi Kutalia, EASPH Mary, Georgia, 2018, ტ. XLVII.

<sup>2</sup> *A. II. Papov*, *Субъективная сторона и квалификация преступлений*, М., 2001.

<sup>3</sup> რომელსაც, მაგალითად, დანაშაულის სუბიექტის ცნებაც განეკუთვნებოდა. იხ. სუბიექტით დაფუძნებული სისხლის სამართლის პრობლემატიკისადმი ([ხალხის] მტრები და ა. შ.) განსახილველ სამართლებრივ წრეში უნგრეთის მაგალითზე *Arndt Sinnert al. (Hg.)*, *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*, in: *ZEIS*, 2011, ტ. 1, გვ. 118 მმ და *passim*.

<sup>4</sup> *B. H. Кудрявцев*, *Объективная сторона преступления*, М., 1960; *A. A. Пионтковский*, *Курс советского уголовного права: Преступление. В 6-ти томах: Часть общая. Том 2*, М., 1970.

<sup>5</sup> ის ასეც იწოდება, მხოლოდ ორ ნიშანში, ჩვეულებრივ, საზოგადოებრივი საშიშროება და მართლწინააღმდეგობაა ნაგულისხმევი ლეგისლაციურ სინამდვილეზე დაყრდნობით, რაც ცალკე საკითხია.

მოვიდგინოთ ამგვარი სტრუქტურირების პირველწყაროდ: თეორია, პრაქტიკა თუ იდეოლოგია სპეციფიკური მეტაიურიდიული დოქტრინის სახით. მაგალითად, სისხლის სამართლის ფუძემდებლური პრინციპის cogitationis poenam nemo patitur გამო „ბრალი“ ნებადართულობის პირობებში თეორიულად ნაკარნახევი ვერ იქნება. მით უფრო ვერ იქნება პრაქტიკულად, რადგან ასეთ „ბრალს“ სისხლისსამართლებრივად არც სასჯელი და არც პრევენციული ღონისძიებები მოსდევს, სახელდობრ, იმავე პროგრამის ფარგლებშიც. მაშასადამე, ამ სტრუქტურის ქვაკუთხედი სხვაგან ძევს და, ამ მხრივ, მხოლოდ ბრალისა და მართლწინააღმდეგობის ორთავე ასპექტში ცალსახად წინააღმდეგობრივი ურთიერთობა როდია პრობლემატური, არამედ თანაბრად აქტუალურია მართლწინააღმდეგობასთან ბრალისა და ქმედების საზოგადოებრივი საშიშროების მიმართება. დასავლური სისტემებიდან საზოგადოებრივი საშიშროების ცნება, სხვათა შორის, ფიგურირებდა გერმანულ სისხლის სამართალში და დღესაც ფიგურირებს ავსტრიულ სისხლის სამართალში<sup>1</sup> (რაც შეეხება ამერიკულ დოქტრინას, იქ ეს ოდითგანვე აქსიომატური მომენტი<sup>2</sup> სამოსამართლეო მახვილებით<sup>3</sup>), თუმც სხვაგვარი შინაარსობრივი და სისტემატიკური დატვირთვით. აქ კი, სრული სიცხადისთვის, საქმე გვაქვს შემდეგ ვითარებასთან: ადგილი აქვს *მართლწინააღმდეგობის ცნების მარგინალიზებას*, ერთის მხრივ, და *საზოგადოებრივი საშიშროების ცნებაზე პედალირებას*, მეორეს მხრივ. როგორც ცნობილია, საუბარია იდეოლოგიაზე, რომელიც ღიად და/ან ფარულად ებრძოდა სამართლის ფენომენს. უკიდურესი სამართლებრივი ნიჰილიზმის გათვალისწინებით, დანაშაულის ორნიშნა ცნებაში სისტემატ იკვეთება, აგებულებაც და ფორმალურლოგიკური ურთიერთობებიც, რაც თავის მთლიანობაში სხვაგვარად თეორიულადაც და პრაქტიკულადაც უხილავია.

იმის მორიგ ეკლატანტურ ილუსტრაციას, რომ სხვაგვარად აქ ორსაფეხურიანი ცნების იერარქიულობის სათავე მართლაც გაურკვეველია, დანაშაულის შემადგენლობისა და მართლწინააღმდეგობის ურთიერთობა წარმოადგენს, რა დროსაც ეს პირველი ამ უკანასკნელისაგან დამოუკიდებლად სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის *ერთადერთ* საფუძვლად განიხილება<sup>4</sup>. თანამედროვე მდგომარეობით,

<sup>1</sup> Helmut Fuchs, Ingeborg Zerbes, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Grundlagen und die Lehre von der Straftat, 10. Aufl., Wien, 2018.

<sup>2</sup> R. Perkins, Criminal Law, N.Y., 1969, გვ. 9. იხ. ასევე კომპარატივისტულ ასპექტებში Уголовное законодательство зарубежных стран / Под. ред. И. Д. Козочкина, М., 2001.

<sup>3</sup> People v. McAdams, 299 N.Y.S. 603 (1937), in: Bassiouni M. Cherif, Substantive criminal law, Springfield, 1978, გვ. 75.

<sup>4</sup> სასჯელის ცნებისადმი А. И. Чучаев, Цели наказания в советском уголовном праве, М., 1989; С. В. Полубинская, Цель уголовного наказания, М., 1990.

ზოგ შემთხვევაში უკვე დანაშაულის შემადგენლობის ცნება, საერთოდ, უარიყოფა<sup>1</sup>, ისევე როგორც საზოგადოებრივი საშიშროების ცნება<sup>2</sup>. თუმცა ოფიციალური დოქტრინა ანუ მოქმედი რუსული სისხლის სამართლის კოდექსი (1996) უკანასკნელ ცნებას არ უარყოფს<sup>3</sup> - რაც შეეხება პირველს, ის საკანონმდებლო ცნება არც მანამდე ყოფილა - და, თავის მხრივ, მართლწინააღმდეგობასთან ერთად კვლავაც გამოჰყოფს მას ცნების კონსტიტუციურ ნიშნად (მე-14 მუხლის I ნაწილი), ორი ახალი კონსტიტუციური ნიშნის დართვით, ბრალეულობისა და დასჯადობისა.<sup>4</sup> ამავე დროს, გაბატონებული მოძღვრების თანახმად, ცენტრალურ ნიშნებად პირველი ორი განიხილება, რამეთუ დანაშაულის ცნება აღიქმება როგორც მატერიალურ-ფორმალურად განსაზღვრული: (უწინდებურად) მატერიალურ ნიშანში იგულისხმება საზოგადოებრივი საშიშროება, ფორმალურში - მართლწინააღმდეგობა. ძირითადი კრიტერიუმში, რომელიც, ტრადიციული თვალსაზრისით, ქმედებას საზოგადოებრივად საშიშად განსაზღვრავს<sup>5</sup>, საზიანოობის ხარისხია.<sup>6</sup> განსახილველი თვალთახედვის მიხედვით, ქმედება შეიძლება იყოს მართლსაწინააღმდეგო, მაგრამ „მცირე მნიშვნელობის გამო“ არ წარმოადგენდეს საზოგადოებრივ საშიშროებას (ზ. ა. მუხლის II ნაწილი) და, ამრიგად, არ წარმოადგენდეს დანაშაულს. ამასთანავე, თვით საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხის შესაბამისად წარმოებს არა მხოლოდ დანაშაულთა ძირითადი გრადაცია სიმძიმის მიხედვით ანაც, მაგალითად, სისხლისსამართლებრივი დარღვევის ძირითადი დიფერენცირება ადმინისტრაციულსამართლებრივისაგან<sup>7</sup>, არამედ იმავდროულად, სსკ-ში წარმოდგენილი თვალთახედვის საპირისპიროდ, საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხი, *შარგოროდსკის* ცნობილი თეზისის მიხედვით, *საზოგადოებრივად საშიშ ქმედებას გარდაქმნის მართლსაწინააღმდეგოდ*. ცხადია, სსკ-ში წარმოდგენილი პოზიცია ვერავითარ კრიტიკას ვერ უძლებს (რატომ უნდა კრძალავდეს სისხლის სამართალი ერთჯერად წვრილმან ქურდობას - მხოლოდ იმიტომ, რომ ქურდობის ცნების მოდელირებას ვერ ახერხებს?),

<sup>1</sup> *А. Козлов*, Понятие преступления, 2004.

<sup>2</sup> *С. Пашин*, Понимание преступления, 2000.

<sup>3</sup> დოგმატურ-დიდაქტიკური კონცეპტუალიზაციისადმი *Н. В. Артеменко и др.*; под ред. *А. И. Чучаева, Н. А. Нырковой*, Уголовное право России. Общая часть: учебник, Ростов н/Д, 2009.

<sup>4</sup> დაწვრილებითი ანალიზი *И. Я. Гонтарь*, Преступление и состав преступления как явления и понятия в уголовном праве: Вопросы теории и правотворчества, Владивосток, 1997.

<sup>5</sup> „სამართლებრივი სიკეთისადმი მიყენებული ზიანისა და ზიანის მიყენების საშიშროების“ კომბინირების კუთხით აქტუალურ კონტექსტში იხ. მოცემული სისხლისსამართლებრივი დოგმატიკის ფლაგმანი *А. А. Пионтковский*, Учение о преступлении по советскому уголовному праву, М., 1961, გვ. 29.

<sup>6</sup> იხ., ამასთანავე, საზოგადოებრივი საშიშროების „ხასიათისა“ და „ხარისხის“ დიფერენცირების თვალსაზრისით Постановление Верховного Суда РФ от 11 июня 1999 г. № 40 «О практике назначения судами уголовного наказания».

<sup>7</sup> თუმცა არა ერთხმად, ზოგან საზოგადოებრივი საშიშროება განიხილება მხოლოდ როგორც დანაშაულის ნიშანი, მათ შორის ისეთ ავტორიტეტულ ავტორთანაც, როგორც *დურმანოვია* (იხ. მისი სისტემა *Н. Д. Дурманов*, Понятие преступления, М., 1948).

ამიტომ უკანასკნელ თვალსაზრისზე შევჩერდეთ. განსხვავებით გერმანული დოქტრინისაგან, რომელიც აკრძალულში ყოველგვარ აზრს აქსოვს, გარდა საკუთრივ სისხლისსამართლებრივი აკრძალულობისა, კერძოდ, დაწყებული ზოგადი მართლწინააღმდეგობით, დამთავრებული კულტურის ნორმებთან შეუსაბამობით, რუსული სისხლის სამართალი იცნობს სისხლის სამართლის ნორმას და ის აღიარებს სისხლისსამართლებრივ აკრძალვას. მაგრამ დავაკვირდეთ, თუ რას მოასწავებს ხსენებული მატერიალური ნიშნის ხსენებულ ფორმალურ ნიშანში გარდამავლობა. ამ უკანასკნელის სუგერირებული აბსტრაქტულობა ქრება. და ეს შემთხვევითობა როდია. მართლსაწინააღმდეგო ნიშნავს სახელმწიფოებრივად მიუღებელს, სახელმწიფოებრივად ორგანიზებულ საზოგადოებაში. ხოლო თუ სახელმწიფო მკვლელობაში კონცეპტუალურად ვერაფერს აღიარებს, გარდა საზოგადოებრივი საშიშროებისა<sup>1</sup>, - მაგალითად, ინდივიდუალურად განსაზღვრულ ზიანს საჯარო უფლების ფარგლებში, ის ტოტალიტარული სახელმწიფოა, მაგრამ არა სამართლებრივი ანუ არა ისეთი, როგორც განსაზღვრებისამებრ უნდა იყოს. მოკლედ რომ ვთქვათ, *სოციალური ინსტიტუციონალიზაცია არ არის სამართლებრივი ინსტიტუციონალიზაცია*. გარდა ამისა, საზოგადოებრივი საშიშროების ცნება აქ ტექნიკურ სტაბილურობასაც მოკლებულია, ვინაიდან საზოგადოება არ არის განუყოფელი ერთეული და სპეციალურ შემადგენლობათა მაგალითზე ის მის სეგმენტებს ვერ აღიქვამს.<sup>2</sup>

აღსანიშნავია, რომ ორსაფეხურიანი სისტემატიკა უმართლობის ცნებას არ იცნობს, რომელიც, თავის მხრივ, საკმაოდ ვრცლად და აქტიურად გამოიყენებოდა რევოლუციამდე რუსულ დოგმატიკაში<sup>3</sup>. უმართლობაში იმჟამად მოიაზრებოდა მხო-

<sup>1</sup> განსახილველი ცნებისადმი, როგორც ცნობილია, მეტად საგულისხმო, ჩემის აზრით, სრულიად სამართლიანი შენიშვნები ჰქონდა *წერეთელს* (იხ. *წერეთელი/ტყეშელაძე*, მოძღვრება დანაშაულზე, თბ., 1969, გვ. 37 მ); ექსტრემალური გაბედულობით (მოცემულ მომენტში „ტირანიის“ გამოვლინებაზე) *Ц. Беккария*, О преступлениях и наказаниях, СПб., 1878, გვ. 41 მ; ცნების კარდინალური რევიზია საფრთხისა და ზიანის დიფერენცირების თვალსაზრისით სოციალურობისა და ინდივიდუალურობის დიფერენცირების ჭრილში: *კუტალია*, ბრალი, გვ. 356 მმ.

<sup>2</sup> ამავე დროს, ქმედების საშიშროების შესახებ დისკუსიაზე უპირატესად, რომელსაც რა ხანია მხოლოდ აბსტრაქტული შედეგები სდევს თან, სუბიექტის საშიშროების ცნებაა საჭირობოროტო (ორიგინალური მახვილებით სუბიექტით დაფუძნებული სისხლის სამართლის მიუღებლობაზე იხ. იგივე *Arndt Sinnet al. (Hg.)*, Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, ა.ა., გვ. 65 მმ), კერძოდ კი, რეციდივის პრობლემასთან მიმართებაში (თუმც საკითხი დაისვა და გადაწყდა კიდევ შავით თეთრზე *კუტალია*, ბრალი, passim).

<sup>3</sup> იხ. *Г. А. Левицкий*, Русские и западноевропейские учёные XIX и начала XX вв. об уголовном законе, преступлении и наказании, Хрестоматия, СПб., 2004, გვ. 152 მმ; ასე მაგალითად, *С. П. Мокринский*, Наказание, его цели и предположения, 4.1-3, М., 1902-1905, გვ. 538: „დანაშაულის სიმძიმე განისაზღვრება არა მხოლოდ ბრალის თვისებითა და სიმძიმით, არამედ ნამოქმედარის ობიექტური ღირებულებითაც, რომელსაც აყალიბებს არა სარგებელი, რომელსაც იღებს ინდივიდი ნორმის დარღვევით, არამედ დარღვევით გამოწვეული საზოგადოებრივი ზიანი“ (იხ. აგრეთვე დასჯადობისადმი, როგორც დანაშაულის მთავარი განმასხვავებელი ნიშნისადმი, *А. А. Жижиленко*, Наказание. Его понятие и

ლოდ და მხოლოდ ობიექტური ქცევა<sup>1</sup>, იმჟამად და დღესაც ის, როგორც წესი, ბრალისაგან გამიჯნული კონსტრუქციაა. ამიტომაც, ვერც გაბატონებული სამართლებრივი ტრადიციების თვალსაზრისით, და ვერც აქსიოლოგიურად ანგნოსეოლოგიურად უმართლობა დანაშაულის ორსაფეხურიან სისტემაში ვერც დანაშაულის შემადგენლობას მოიცავდა და ვერც მასში მოთავსდებოდა. ვერ მოიცავდა იმდენად, რამდენადაც დანაშაულის შემადგენლობაში ინტეგრირებული იყო ბრალი, ხოლო ვერ მოთავსდებოდა (მის ობიექტურ მხარეში) იმდენად, რამდენადაც დანაშაულის შემადგენლობა არ მოიცავდა მართლწინააღმდეგობას. რა თქმა უნდა, უმართლობა ზოგან მართლწინააღმდეგობის ეკვივალენტურ ცნებადაც მოიაზრება, მაგრამ, მიუხედავად ამისა, მას იქ არც ამ გაგებით დაუმკვიდრებია ოდესმე ადგილი.

---

отличие от других правоохранительных средств, Петроградъ, 1914, გვ. 5, შდრ.: *Н. С. Таганцевъ*, Уголовное уложение 22 марта 1903 г., СПб., 1904, გვ. 3), *Э. Я. Немировский*, Основные начала уголовного права, Одесса, 1917, გვ. 158, იქვე, გვ. 155 დანაშაულისადმი, როგორც „სამართლებრივად დაცული ინტერესის ან სამართლებრივი სიკეთის“ ხელყოფისადმი; იხ. იმავდროულად სისხლის სამართლის სოციოლოგიური სკოლის ინტერვენციისადმი *Ф. Э. Ферри*, Уголовная социология, Ч. I-II, СПб., 1910-1912, Часть I, გვ. 122, რომლის მიხედვითაც „დანაშაული ბიოლოგიურ და საზოგადოებრივ ფაქტორთა კომბინირებული ეკვივალენტურობა“, იქვე, გვ. 70, იხ. განსხვავება, ინდივიდისა და საზოგადოების ურთიერთობის თვალსაზრისით, ატავისტურ („ეგოისტურ“) და ევოლუციურ („ალტრუისტულ“) დანაშაულობებს შორის. სხვა მხრივ, განსახილველ კონტექსტში აქტუალური თვალსაზრისით, *Р. Гарро*, Современные задачи уголовной репрессии, Киев, 1902, გვ. 19 მიხედვით, „დანაშაული არის მოვლენა არა ანთროპოლოგიური, - ეს არის მოვლენა წმინდა სოციალური ხასიათისა (...)\", რაც სრული თავისთავადობაა; დანაშაულისადმი, როგორც *malum in se*-სადმი, *Л. Е. Владимиров*, Уголовный законодатель как воспитатель народа, М., 1903, გვ. 108; ამავე დროს, სოციოლოგიური ასპექტის კრიტიკას არც შემდეგ ნომინალზმამდე უნდა მივყავდეთ: „(დანაშაული) იმიტომ კი არ იქნება (უმართლობა), რომ ის საშიში ან საზიანოა, არამედ იმიტომ, რომ ის გადახრაა საერთო ცხოვრების კანონებიდან“ (*ნეკლიუდოვის* დასახ. ნაშრომი, გვ. 3); არსებითად იმავე ვითარებასთან გვაქვს საქმე გამოჩენილი რუსი კრიმინალისტის *ტაგანცევის* თვალთახედვაშიც: „დანაშაულებრივი ქმედება, თუმც მოიცავს თავის უშუალო ობიექტად კონკრეტულ სიკეთეს, მაგრამ არ ამოიწურება თავისი არსით ზიანსა და საფრთხეში, რომლებიც მიმართულია ამ სიკეთისადმი, არამედ უპირატესად მდგომარეობს წინააღმდეგობაში, რომელსაც ის სახელმწიფოში სამართლის ბატონობას უწევს“ (დასახ. ქრესტომატია, *ibid.*; ვრცლად *ტაგანცევის* სისხლისსამართლებრივი კონცეფციისადმი იხ. *მისი* Курс русского уголовного права, СПб., 1874). არა, დავეთანხმები რა *ბეკარას* ზემომოტანილ თვალთახედვას, და სისხლის სამართლის საჯაროობა აქ რა მოსატანია? იხ. აქტუალური სპექტრი სამართლებრივფილოსოფიურ რაკურსში *Г. Ф. Шершеневич*, История философии права, СПб., 1907.

<sup>1</sup> *Н. И. Неклюдов*, Уголовное право, СПб., 1875, გვ. 3 მ.: «... უმართლობა... შეიძლება მდგომარეობდეს მხოლოდ გარეგან... მოქმედებაში. აზრებისა და მრწამსის სფერო სინდისის, გონებისა და ლოგიკის სიბრტყეს განეკუთვნება და ამ სფეროდან გადაცდომა შეიძლება განიხილებოდეს არა როგორც უმართლობა, არამედ როგორც ქმედება, რომელიც ეწინააღმდეგება ლოგიკის, სინდისისა და გონების კანონებს». საგულისხმოა, რომ აქ გამოყენებულია ტერმინი «Неправда», იმავე ნაშრომის მე-3, მე-10 გვ. და *passim* - «Безправие». სხვა ნაშრომების უმრავლესობაში (მაგ., *ლისტის* თარგმანშიც *Ф. Лист*, Задачи уголовного права, СПб., 1895, გვ. 205 და *passim*) - ისევე როგორც თანამედროვე გაბატონებულ მოძღვრებაში - პირველი ტერმინი გამოიყენება. (უფრო) ზუსტია, რა თქმა უნდა, მეორე. „Unrecht“ სინამდვილეში არის არა „უმართლობა“, არამედ უ-სა-მართლობა. როგორც ჩანს, ქართული ვერსიაც რუსული ვარიანტიდან მომდინარეობს.

იდეოლოგიური ვერტიკალიზმი რომ გვერდს უვლის მის მიერვე აღიარებული მატერიალურსამართლებრივი ცნებებისა და კატეგორიების კორელაციურ ჰარმონიულობას,<sup>1</sup> ისევე როგორც არაფრად რაცხს პროცესუალურ<sup>2</sup> ვერტიკალიზმს,<sup>3</sup> გასაგებია (თუმცბრალის ფსიქოლოგიური მოდელი, რომელსაც მოცემული სისტემა ეყრდნობა<sup>4</sup>, იერარქიულად ბრალსა და მართლწინააღმდეგობას შორის მნიშვნელოვანი ლავირების შესაძლებლობასაც ტოვებს<sup>5</sup> - ის აბსტრაჰირებულია აკრძალვიდან გამომდინარე მოვალეობისაგან). მაგრამ ხშირ შემთხვევაში საქმე ეხება შინაგან წინააღმდეგობრიობას. ასე მაგალითად, ის ვერ უზრუნველყოფს გამამართლებელ გარემოებათა ადეკვატურ განლაგებას. აუცილებელი მოგერიება, როგორც მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოება, რომელიც საზოგადოებრივად სასარგებლო ქცევად მიიჩნევა - რამეთუ, გაბატონებული მოძღვრების მიხედვით, „გამოწვეული ზიანის კომპენსირება ხდება ქცევის საპირისპირო, საზოგადოებრივად სასარგებლო შედეგებით“ -, დანაშაულის შემადგენლობის ფარგლებს სცილდება და, ამდენად, ირკვევა ქმედების უკვე გარკვეული საზოგადოებრივი საშიშროების პირობებში. რასაკვირველია, ამ დისონანსურობის გაუვალობა დამატებით განმარტებას არ საჭიროებს.

არსებობს თუ არა მოცემული პრობლემატიკის ფარგლებში პრაგმატული დასკვნის შესაძლებლობაც? დიახ, არსებობს. ფორმალური მხარე: ვფიქრობ, „საზოგადოებრივად სასარგებლო“ უნდა ჩანაცვლდეს ტერმინით „სამართლებრივად სასარგებლო“, ვინაიდან კონკრეტული ქცევა და მისი შედეგები შეიძლება იყოს საზოგადოებრივად სასარგებლო (მაგალითად, ზნეობრივად, ეთიკურად, რელიგიურად), მაგრამ არ იყოს სამართლებრივად სასარგებლო და პირიქით. სხვა სიტყვებით, საზოგადოებრივად სასარგებლო, იმავე აუცილებელი მოგერიების მაგალითზე რომ ვთქვათ, ზოგჯერ იქნებ სწორედ მეორე ლოყის მიშვერაა, რის გამოც უმჯობესია პოზიტიურმა სამართალმა საკუთარი, ვიწრო და შეზღუდული სახელითვე იმეტყველოს.

<sup>1</sup> *В. С. Прохоров*, Уголовное право, Общая часть, М., 1969.

<sup>2</sup> იხ. აქტუალური ეპოქის მატერიალური სისხლის სამართლის პროცესუალური თავისებურებებისადმი *Г. Ткешелидзе*, Судебная практика и уголовный закон, Тбилиси, 1975.

<sup>3</sup> *В. Н. Кудрявцев*, Общая теория квалификации преступлений, М., 1972.

<sup>4</sup> *Б. С. Утевский*, Вина в советском уголовном праве, М., 1950; *Б. Хорнабужели*, Психологическая сторона вины, Тбилиси, 1981, რომელმაც - პირველმა - პირდაპირი განზრახვის ტრადიციული ცნების წინააღმდეგობრივი შინაარსი ინტელექტუალური მომენტის პრიორიტეტებით დასძლია; შედარებით კონტექსტში *Н. В. Лясс*, Проблемы вины и уголовной ответственности в современных буржуазных теориях, Ленинград, 1947; შდრ. *წერეთელი*, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტთა მოძღვრება ბრალზე და მისი კრიტიკა, „საბჭოთა სამართალი“, თბ., 1974, №6; გაუფრთხილებლობის თავისებურებებისადმი *В. Г. Макашвили*, Уголовная ответственность за неосторожность, М., 1957.

<sup>5</sup> შდრ. *М. Угрехелидзе*, Диалектика объективного и субъективного в трудах *Т. В. Церетели*; Уг.-правовые исследования, Тбилиси, 1987.



არსებითი მხარე: სასურველია სისხლის სამართალი ფლობდეს *სამართლებრივი სასარგებლოობის კოეფიციენტის* ცნებას. ასე მაგალითად, იმჟამინდელი და თანამედროვე კანონმდებლობის მიხედვით, უკანონოდ შენახული ცეცხლსასროლი იარაღით მოგერიებული თავდასხმა მოცემული შემადგენლობისთვის სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას არ გამოიციხავს, ე. ი. აუცილებელი მოგერიებისთვის პირი, ცხადია, პასუხს არ აგებს, მაგრამ ცეცხლსასროლი იარაღის უნებრათვო შენახვისთვის ისჯება. სასარგებლოობის კოეფიციენტის გამოყენების შემთხვევაში მოცემული ხარვეზი ადვილად შეიძლება აღმოიფხვრას, იმავე - შებრუნებული - მიზეზით, რა მიზეზითაც დანაშაულზე ხელის აღების დროს „ოქროს ხიდია“ მოუშლელი. იქნება ეს უკიდურესი აუცილებლობა ორივე თეორიული გაგებით, მართლზომიერი რისკი თუ სხვა, ხსენებული კოეფიციენტის ცნება თვითგამომდინარეა თანამედროვე სისხლის სამართლის სპეციფიკური ბუნებიდან.

დაბოლოს, რა დროსაც უახლესი კონტინენტური სამართალი - *sit venia verbo* - ჟონგლირებს სუბტილური სოციოლოგიური და ფილოსოფიური ნიუანსებით, ფორმალური ლოგიკისა და სოციალური ფსიქოლოგიის დართვითა თუ გამორიცხვით, ჩნდება დანაშაულის ცნება, რომელიც ორიოდე პროცესუალურ დეტალზე დაყრდნობით ლიდერობს სივრცესა და დროში: დანაშაული „სასამართლოს მიერ სისხლის სამართლის კანონის მატერიალურ ან (? – ლ.-გ. კ.) პროცესუალურ სამართალთან შესაბამისობაში აღიარებული დარღვევაა, როდესაც სასამართლო მიზანშეწონილად მიიჩნევს შეუფარდოს დამრღვევს პასუხისმგებლობის სპეციფიკური ზომები, რომლებიც დასაშვებია მხოლოდ პირის დამნაშავედ აღიარების პირობებში“<sup>1</sup>. თეორიულად ბევრგან, მაგრამ შედეგების მიხედვით განგრძობადობის თეორია, რომლის შექმნასაც მე ერთი ათეული წელი სრულად შევალე, *კაშინის* ამ თვალთახედვას ერთადერთი ნაბიჯით უსწრებს: აღსრულებული სასჯელის სისტემატიკური ინტეგრალურობით. ჩვენ ზემოწარმოდგენილ კონსტრუქციასთან მიმართებაში შესაძლოა მოგვაგონდეს აბსოლუტური სასჯელის მიუღებლობა ან ვისაუბროთ მატერიალური სამართლის პროცესუალიზაციის საფრთხეზე და სხვა, მაგრამ გარდამტეხი პროგრესი ნებისმიერ შემთხვევაში სახეზეა, წმინდა თეორიული. რაც შეეხება თანამედროვე მატერიალური სისხლის სამართლის პრაგმატული განვითარების სტრატეგიას, მისი გასაღები სხვა სიბრტყეზე მოიძიება. არა მეტი ფილოსოფია, როგორც ამას გაბატონებული რუსული სისხლის სამართლის მოძღვრება ესწრაფვის, არც მეტი სოციოლოგია, რისკენაც, თავის მხრივ, დასავლური სისხლისსამართლებრივი დოქტრინა ილტვის, არამედ უფრო მეტი კრიმინოლოგია.

<sup>1</sup> *კაშინის* დასახ. ნაშრომი, გვ. 87.

## II

## პროცესუალური ვერტიკალიზმი

## 1. სათავე

ქმედება, *ლისტის* მიხედვით, არის „გარესამყაროში ცვლილების ადამიანური ნებიდან გამომდინარე გამოწვევა (ანუ შედეგი)“<sup>1</sup>. შედეგის გამოწვევის ადამიანური ნებიდან გამომდინარეობა აქ გაიგივებულია „ნებელობით ანუ ნებისმიერ სხეულებრივ მოძრაობასთან“, რაც ეკვივალენტურია „*სხეულის სხეულებრივ მოძრაობასთან*“, სხვა სიტყვებით, წარმოდგენილია როგორც „*კუნთებისწარმოდგენებით განსაზღვრული, მამოძრავებელი ნერვების ინერვირებით გამოწვეული კონტრაქცია*“<sup>2</sup>. ამის შესაბამისად, ქმედების ცნება ყალიბდება ორი შემადგენელი ნაწილისაგან: სხეულებრივი მოძრაობისა და შედეგისაგან, „ორთავე დაკავშირებული ერთმანეთთან მიზეზ-შედეგობრივი ურთიერთობით“<sup>3</sup>. ნატურალისტურად განმსაზღვრელ ასპექტში კი ეს ნიშნავს, რომ „ნებისმიერი სხეულებრივი მოძრაობის გარეშე ქმედება და მასთან ერთად დანაშაული წარმოუდგენელია“<sup>4</sup>.

ნების ლისტისეული ცნება, ამასთანავე, ცალსახად მოწმობს, რომ აქ ობიექტურ და სუბიექტურ სიბრტყეებს შორის განსხვავება არც უნდა იკვეთებოდეს: „ნებელობით“ = „სხეულებრივი“. ნება ანუ „ნებისმიერობა“ განასახიერებს მხოლოდ იმ „ფიზიკურ აქტს“, რომლითაც უშუალოდ აღიგზნება მოტორული ნერვები“<sup>5</sup>. მაგრამ „ქცევის ყველა ნებელობითი სახის კაუზალურ პროცესებად გარდასახვა ვერ მოიცავს ნამდვილი ნებელობითი ქმედებების არსს, რომლებიც სისხლისსამართლებრივ ქმედებათა მთავარ კონტინგენტს შეადგენს. რა თქმა უნდა, ნება ‘როგორც მიზეზი’ კვლავაც განასხვავებს ქმედებას უბრალო ბუნებრივი პროცესებისაგან, მაგრამ ქმედების სპეციფიკურად ადამიანური მახასიათებელი არ მდგომარეობს ნების მიზეზობრიობაში, რადგან მიზეზობრივად ბუნების ძალებიც მოქმედებს (...)“<sup>6</sup>. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, საქმე ეხება ნეგატიურ რეკურსს აბსტრაქტულ ნებაზე, რომელიც ქმედების ცნებას, როგორც ასეთი, ქცევის არანებისმიერი სახეებისაგან კი მიჯნავს, მაგრამ ამის მიღმა არაფერს გვიმხელს ავტოცენტრირებულ მიზეზობრივ მიმდინარეობაზე.

<sup>1</sup> *Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl., 1892, გვ. 128.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 3. Aufl., 1978, გვ. 174.

თუმც ის, რომ ბრალით დაფუძნებულ სისხლის სამართალში „ქმედების მიზეზობრიობის განმარტება“<sup>1</sup> ნების „განმარტების“ გარეშე ყოველთვის მხოლოდ ფრაგმენტარულ წარმოდგენას გვიქმნის იმაზე, თუ რომელ<sup>2</sup> „ქმედებასთან“ გვაქვს საქმე, მოწმობს იმას, რომ ქმედების კაუზალური ცნება იმთავითვე დამოკიდებულია აგებულებით-ტექნიკურ რელატივირებებზე. ვინაიდან მიზეზობრიობის, როგორც ამოსავალი ორიენტირის, მიღმა, ვთქვათ, ნატურალისტური მახვილის განვრცობის ან გადატანის თვალსაზრისით, ქმედების მოცემული კონსტრუქციისთვის განსაზღვრებისამებრ არ რჩება ადგილი. ამისდა კვალად, ლისტის ქმედების ცნებაში უარყოფს ნების ყოველგვარ სუბსტანციურობას და აქ არ ვლინდება არც განზრახვა და არც გაუფრთხილებლობა<sup>3</sup>, რომლებიც, როგორც ფსიქოლოგიზმები, განსახილველ შემთხვევაში ბრალს, როგორც „ქმედების გარეგანი მნიშვნელობისადმი უბრალო დამოკიდებულებას“<sup>4</sup>, აფუძნებს<sup>5</sup>.

„ნებელობითი მიზეზობრიობისა“ და „ნების შინაარსის“<sup>6</sup> ანუ ქმედების „ობიექტური“ მხარისა და ქმედების „სუბიექტური“ ელემენტების<sup>7</sup> ეს დაყოფა, თავის მხრივ, არაფერს მატებს თეორიულ შემეცნებას იმის თაობაზე, თუ რა არის დანა-

<sup>1</sup> *Beling*, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, in: *ders.*, Sammelband, 1931, გვ. 2.

<sup>2</sup> *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, გვ. 12 მ.

<sup>3</sup> იხ. *Liszt*, Lehrbuch, 5. Aufl., გვ. 171.

<sup>4</sup> *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 141, 180 და passim; სხვა მხრივ, საქმე ეხება იგ., Unschuld, Schuld und Schuldstufen. Im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1910, გვ. 6 მ გასაკიცხაობის თემატიკებას, სახელდობრ, „ფსიქიკური სიმცდარის“ გაგებით; იხ. აგრეთვე განზრახვისა და გაუფრთხილებლობისადმი როგორც „ბრალის საფეხურებისადმი“ (vs. „უბრალო ბრალის ფორმები“) *ibid.*, გვ. 60; შდრ. *Baumann*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1961, გვ. 292 f; „ბრალის სახეებზე“ (ამჯერად, მართალია, vs. „ბრალის ელემენტები“) შემოფარგვლით *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, გვ. 232 მმ; შდრ. *Hirschberg*, Schuld begriff und adäquate Kausalität. Eine Untersuchung über das Zurechnungsproblem, 1928, გვ. 76 მ; *Reichwein*, Über die Schuld im Strafrecht. Ein Versuch ihre immanenten Grundprinzipien darzustellen, 1943, გვ. 36 მმ.

<sup>5</sup> *Radbruch*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: FG Frank, ტ. I, 1930, გვ. 167 მ. იხ., ამასთანავე, ბრალთან როგორც „დამდგარი შედეგისთვის პასუხისმგებლობასთან“ მიმართებაში *Liszt*, Lehrbuch, 5. Aufl., გვ. 171; ბრალის როგორც „პასუხისმგებლობის საფუძვლის“ ლისტისეულ კონცეპტუალიზებასთან მიმართებაში კრიტიკულად ბრალეული და შედეგობრივი პასუხისმგებლობის დიფერენცირების პერსპექტივიდან *Frank*, Kommentar über das Großherzoglich Hessische StGB, Teil I, 1842, passim; შდრ. „დაუსჯელ ბრალთან“ დამოკიდებულებაში *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, ტ. II, 1965, გვ. 276; სხვაგვარად იგ., Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, 1877, გვ. 4 მ, კერძოდ, იმ ასპექტში, რომელშიც ლისტის სასჯელის თეორია თავის მზერას ბრალიდან (ბრალეული პასუხისმგებლობიდან) პრევენციაზე მიმართავს.

<sup>6</sup> *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie, in: *ders.*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, გვ. 94.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, in: *ders.*, Abhandlungen, გვ. 120; თუმც არა ყოველი თვალსაზრისით, ასე ვთქვათ, იდენტურად: იხ. *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 64, 180; შდრ. *Thierfelder*, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, 1932, გვ. 39 მმ.

შაული, არამედ ამით საქმე ეხება მარტოოდენ იმას, თუ სად შეიძლება მოთავსდეს დანაშაულის სისტემაში ნატურალისტური შედეგი, განზრახვა ან გაუფრთხილებლობა და ა. შ. წმინდა სუბსტანციურად, ამგვარად, არც არაფრის დათმობას აქვს ადგილი, და ქმედების კაუზალური მოძღვრება, ისევე როგორც ბრალის ფსიქოლოგიური მოძღვრება, განუწყვეტლივ ცდილობს საკუთარი თავის სუბსტანციურად გამართულ მოდელირებას. თუ რამდენად ხერხდება ეს, ჯერ კიდევ სულაც არ არის გადამწყვეტი საკითხი, არამედ გადამწყვეტია ამჯერად სწორედ ის, ამასობაში თეორიულს პრიორიტეტულობა შეუქცევადად ხომ არ შეეწირა დიდაქტიკას. ნატურალისტური თავისებურებების კონსტელაცია, ამასთანავე, მორიგი სრულიად მეორეხარისხოვანი მომენტი. ლისტის თვალთახედვა, რომ „უპირატესი წონა დამნაშავის შინაგან განწყობაზე უნდა მოდიოდეს, ვიდრე დანაშაულის გარეგან შედეგზე“<sup>1</sup>, განსახილველ კონტექსტში, უდავოდ, ძირეულ დისონანს მოწმობს, რამეთუ დელიქტური ქცევის აქედან გამომდინარე პერსპექტივა ქმედების კაუზალური ცნების დედაზრთან ძნელად თუ მოიყვანება შესაბამისობაში; როგორც ვიხილავთ, ჯერ კიდევ *ბელინგი* ამჩნევს მოცემულ არათანაზომიერებას, კერძოდ, კაუზალიზმის თვალსაწიერიდან, მაგრამ ამით პრობლემის აქტუალურ ასპექტში არაფერი იცვლება: დიდაქტიკაზე გადადიან, სადაც თეორია წყდება და ამა თუ იმ სახის ნატურალიზმებში მოხერხდება თუ არა სისხლისსამართლებრივი თეორიის კრისტალიზება, არის ის *punctum saliens*-ი, რომელზედაც დამოკიდებულია პასუხი ზემოთ მინიშნებულ კონტექსტში.

ასევე „უფერულად“ აღიქმება ნების ცნება<sup>2</sup> როგორც ქმედების ელემენტი, ისევე როგორც ქმედების „გარეგანი“ მხარე<sup>3</sup>, *ბელინგთანაც*. ასე მაგალითად, „იმის დასადგენად, რომ სახეზეა ქმედება, საკმარისი უნდა იყოს ცალკეულ შემთხვევაში იმის კონსტატირება, რომ სუბიექტში მოცემული იყო *ნებით საერთოდ დაუფლებული სხეულებრივი მოძრაობა ან უძრაობა*“<sup>4</sup>, რაც, სხვათა შორის, გაუფრთხილებლობის ჯეროვანი დასაბუთებისთვის განურინებლად მიიჩნევა<sup>5</sup>. თუმც აქ, სხვა მხრივ, საქმე ეხება არა მხოლოდ იმას, რომ თვით ქმედების ცნებაში თავიდან იქნეს

<sup>1</sup> *Liszt*, Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen?, in: *ders.*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, ტ. 2, 1970, გვ. 377; შდრ. *ლისტის* თვალთახედვა *ახენზახის* თეორიასთან: *Donna*, Schuldfrage und Prävention, in: GS Zipf, 1999, გვ. 208 მ.

<sup>2</sup> *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 197, 201.

<sup>3</sup> იხ. *ibid.*, გვ. 13 მ, 113; ტრადიციულდოგმატურ კრიტიკასთან მიმართებაში *Schweikert*, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957, გვ. 16.

<sup>4</sup> *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 11; ანუ „რაც (...) ნებელობის საგანს წარმოადგენდა, საამისოდ სულერთია“ (*ders.*, Grundzüge des Deutschen Strafrechts, 1902, 2. Aufl., გვ. 38).

<sup>5</sup> *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 11 მ; იხ. კრიტიკა: *Baumann*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1961, გვ. 351 (თუმც გარკვეულწილად *ბაუმანი* კაუზალიზმის მიმდევარი რჩება).

აცილებული ნების შინაარსის ყოველგვარი კონკრეტიზება, არამედ ასევე უმნიშვნელოა ისიც, თუ რომელ შედეგთან გვაქვს საქმე<sup>1</sup>, მაგრამ ამოსავალ წერტილს კვლავაც მიზეზობრიობა ჰქვია, რომლის სისტემატიკური წვდომა უმართლობის სფეროთი შემოიფარგლება.

ამრიგად, ქმედების ნატურალისტური ფორმულა ამკვიდრებს უფრო მეტს, ვიდრე ეს ქმედების ბრალისაგან მხოლოდ ფორმალური „მოწყვეტა“ და ამით მიზნად ისახავს *ჰეგელიანელთა* ქმედების ცნების არსებით ჩანაცვლებას<sup>2</sup>. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, მიზეზობრიობაზე დაყრდნობით კონკრეტიზებული უმართლობა მოიცავს ჯერაც „*უშინაარსო*“<sup>3</sup> ქცევას, და იმაზე, აღიქვამს თუ არა სისხლისსამართლებრივი შერაცხვა ქმედების სუბიექტს, საერთოდ, როგორც პიროვნებას<sup>4</sup>, ქმედების კაუზალური ცნება, შესაბამისად, უნდა სდუმდეს. *რადბრუხთან* ვხვდებით მტკიცებას, რომ „მხოლოდ ამჟამად განხორციელდა თანმიმდევრულად მიზეზობრიობის კონტექსტის ბრალის კონტექსტისაგან, imputacio facti-ს imputacio juris-ისაგან, გამიჯვნა, არა მხოლოდ სხეულებრივ მოძრაობამდე, არამედ ნებელობამდე“<sup>5</sup>. მაგრამ რაში მდგომარეობს აქ დანაშაულის ობიექტურ და სუბიექტურ მხარეთა გახლეჩის არსებითი მიზეზი?

დელიქტის აგებულების თვალსაზრისით, *ბელინგის* მიხედვით, „დანაშაულის გარეგან და შინაგან მხარეებად დაყოფას“ მივყავართ დანაშაულთა ელემენტების „დაჯგუფებამდე“<sup>6</sup>, რა დროსაც „მართებული კავშირის პოსტულატის“<sup>7</sup> შესაბამისად „ისინი იმგვარად უნდა კორესპონდირებდნენ ერთმანეთთან, რომ ერთი მთლიანის ორ ნახევრად წარმოგვიდგინენ“<sup>8</sup>. ამგვარად „დაჯგუფებული“ და „მართებულად ურთიერთდაკავშირებული“ დანაშაულის ელემენტები აქ შესაძლებელია „ლოგიკურად განლაგდეს“<sup>9</sup> ისე, რომ გამოიკვეთოს - დანაშაულის კვალიფიკაციის სიბრტყეზე მიღებული<sup>10</sup> - ხარისხობრივი განსხვავებები დანაშაულის ობიექტურ მხარესა და სუბიექტურ ელემენტებს შორის, ვინაიდან „სამართალი გარეგანის მოწესრიგებაა საზოგადოებრივ ყოფიერებაში და შინაგანს მხოლოდ შუალობითად გარეგანთან კავ-

<sup>1</sup> *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 13.

<sup>2</sup> უფრო დაწვრილებით *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, გვ. 7.

<sup>3</sup> *Beling*, Die Lehre vom Tatbestand, 1930, გვ. 5; *ოგ.*, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 197, 201.

<sup>4</sup> *Otto*, Kausalität und Zurechnung, in: FS E. A. Wolff, 1998, გვ. 395.

<sup>5</sup> *Radbruch*, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904, გვ. 130 მ; *იბ.* *რადბრუხის* ნებელობის ცნებისადმი *ibid.*, გვ. 132 მმ.

<sup>6</sup> *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 76.

<sup>7</sup> *Ibid.*, გვ. 61.

<sup>8</sup> *Ibid.*, გვ. 81; *ოგ.*, Grundzüge, 11. Aufl., გვ. 140 მ.

<sup>9</sup> *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 52, 77 მ და *passim*.

<sup>10</sup> *იბ.* *Beling*, Die Lehre vom Tatbestand, გვ. 21.

შირში ითვალისწინებს“<sup>1</sup>. გვაქვს თუ არა საქმე მხოლოდ გარეგანთან, რომელსაც სამართალი საზოგადოებრივად მნიშვნელოვანის სფეროში უშუალოდ აწესრიგებს თუ მაინც „მთლიანის“ თანაბარი „ნახევრები“ წარმოდგენილი, ამის დაკონკრეტება ამ ადგილას შესაძლოა არც იყოს განსაკუთრებული დაინტერესების საგანი. რამეთუ მხოლოდ „შედეგის გამოწვევაზე“ ან ასევე შიშველ ფსიქიკურ ფაქტებზე დაყრდნობით, რომლებიც ნაგულისხმევია წარმოდგენილ კონტექსტში, პრობლემის გადაჭრა ვერ მიიღწევა, არამედ კაუზალისტურ პოსტულირებასთან მიმართებაში მოსატანი კითხვა უნდა მდგომარეობდეს სწორედ იმაში, თუ რატომ უნდა მოიპოვებოდეს საზოგადოებრივად მნიშვნელოვანი გარეგანი ან შინაგანი ყოველგვარი სახის ნატურალიზმებში საერთოდ. ირიბად გაქლერებული ამბიცია, - მეტადრე თუ მივიღებთ მხედველობაში, რომ საქმე ეხება სისხლის სამართლის იმჟამინდელი სოციოლოგიური სკოლის დამფუძნებლის ქმედების მოძღვრებას(!), - თითქოს ქმედების კაუზალური ცნება არ იყოს საზოგადოებრივი კონტექსტისაგან მოწყვეტილი კონსტრუქცია, არამედ სწორედ „საზოგადოებრივად“ გადამწყვეტ „გარეგანს“ აწინაურებდეს, იქნებოდა, მაშასადამე, სხვა არაფერი თუ არა უშუალო მეტაბაზისი, რამეთუ ბუნება და საზოგადოება ერთი და იგივე არ არის და სამართალი, თავის მხრივ, ფსიქოფიზიკურს არ აწესრიგებს.

რაც შეეხება კაუზალიზმიდან გამომდინარე შედეგებს, მათ უკვე ქმედების ფინალური მოძღვრება ნათელყოფს, რის თანახმადაც „ქმედების ღირებულება და უკუღირებულება ამგვარად განისაზღვრება და განიზომება მხოლოდ და მხოლოდ შედეგის მიხედვით, რომელსაც ის იწვევს. ქმედების ნატურალისტურ მოძღვრებას აუცილებლობით მივყავართ შედეგით დაფუძნებულ სისხლის სამართლამდე. ის შეუძლებელს ქმნის ქმედების ‘პერსონალური’ მომენტების (ნებელობის მიმართულება, განწყობა, სახასიათო პოზიცია, მოვალეობრივი სტატუსი - ანუ სუბიექტის ყველა (პერსონალური) მომენტი, - რომლითაც გარეგანი ქმედებაა სულდგმული და ხორცშესხმული) უმართლობის ცნებაში რაციონალურ ინტეგრირებას“<sup>2</sup>. ამავე დროს, *მეცგერის*<sup>3</sup> თუმც კაუზალიზმთან შეუთავსებელი „დანაშაულის შემადგენლობის

<sup>1</sup>Ibid., გვ. 22; შდრ. *Schumacher*, Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Eine Auseinandersetzung mit modernen Schuldgedanken, 1927, გვ. 59.

<sup>2</sup>*Welzel*, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 3. Aufl., 1944, გვ. 36; უწინარეს ყოვლისა, აქ *ლოისტი* i. a. *კალოს*, *ლილიენტალისა* და *გოლდშმიდტის* მიერ 1909 წლის გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის წინასწარი პროექტის წინააღმდეგ შემუშავებულ კანონპროექტში კატეგორიულად უპირისპირდება ყოველგვარ შედეგობრივ პასუხისმგებლობას; შდრ. *Radbruch*, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902, გვ. 64 მმ; იხ. ამავე კონტექსტში *Nehlep*, Die Erfolgshaftung im Reichsstrafgesetzbuch und in den Entwürfen, 1927, გვ. 49.

<sup>3</sup> იხ. *Mezger*, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in: FS Traeger, 1926, გვ. 195, 198, 206 მ; იგ., Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1950, გვ. 248.

სუბიექტური ელემენტებიც“ პრინციპულ ტრანსფორმაციას არ ნიშნავს; უპირატესად ისინი ისედაც წმინდა კლასიფიკატორულ თვალსაზრისს ეფუძნება<sup>1</sup>. სხვა სიტყვებით, ქმედების კაუზალურ მოძღვრებას აქ არავინ თმობს. მაგრამ, სხვა მხრივ, უმართლობის სისტემაში პერიოდულად წარმომდგარ სუბიექტურ კომპონენტებზე „წინმსწრები მითითება“ მოწმობდა იმას, რომ მისი განვითარების შესაძლებლობები არსებითად ამოწურულიყო, უწინარეს ყოვლისა, დანაშაულის ობიექტურ და სუბიექტურ მხარეებთან მიმართებაში. დიდაქტიკურ მეტამორფოზებს, მართალია, ძალუძთ, რაც შეეხება უკვე მოცემულ სისხლის სამართლის პროგრამაში კონკრეტულ კორელაციებს, მრავლის მეტად თუ ნაკლებად ინტენსიური სტიმულირება, მაგრამ ისინი ცნებას არასოდეს სძენენ თვით პროგრამის მასტიმულირებელ ან სულაც გარდამსახველ კონცეფციას, რადგან ეს დიდაქტიკურის ანუ აგებულებით-ტექნიკურის საზღვრებს სწორედ რომ სცილდება. უფრო მეტიც: მტკნარ პოზიტივიზმზე აღმატებული თვალთახედვის განვითარება არ ხერხდება თვით ფინალიზმის გამოყენებითაც ანუ მისი კონტურულად ბევრად უფრო მდიდარი, „პერსონალური“ უმართლობის გათვალისწინებით.

ქმედების კაუზალური მოძღვრება, თამამად შეიძლება აღინიშნოს, თავისდათავად ანუ ხელოვნური დანართების გარეშე ვერ აკმაყოფილებს ჯერ კიდევ *ლოენინგის*<sup>2</sup> პოსტულატს იმის შესახებ, რომ ქმედების ცნებაში ვერასოდეს მოიაზრება მხოლოდ პოზიტიური ქცევა<sup>3</sup>. მაგრამ უმოქმედობის დასაბუთების კაუზალისტური მცდე-

<sup>1</sup> გამოწვლილვით *ibid.*, გვ. 80 მმ; უმართლობის სუბიექტური ელემენტების შესახებ მოძღვრების დიდაქტიკური სარფიანობა, რაზედაც მას, მაშასადამე, შეიძლებოდა ჰქონოდა ერთადერთი პრეტენზია, თუმც, ამასთანავე, სულაც არ განიხილებოდა როგორც უდავო, კერძოდ კი, როგორც *მეცგერისეულ* არგუმენტაციასთან მიმართებაში, ისე მის დამფუძნებელთა, *ჰეგელერისა* და *მ. ე. მეიერის*, თვალთახედვასთან მიმართებაშიც: იხ. *Engisch*, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik an der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, in: FS Rittler, 1957, გვ. 169; *Horn*, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, 1962, გვ. 91.

<sup>2</sup> *R. Loening*, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1885, გვ. 12.

<sup>3</sup> იხ. *Radbruch*, Handlungsbegriff, გვ. 131. უმოქმედობის *ლოსტისეული* ცნების „მიზეზობრივი ხასიათის“ კრიტიკისადმი: *Hardwig*, Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, 1957, გვ. 78; შდრ. *Schönke/Schröder*, StGB, 19. Aufl., § 13/61; *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung, 1965, გვ. 35. იხ. *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, გვ. 142; *Hardwig*, Zurechnung, გვ. 77. ამავე დროს, მაგალითად, *Radbruch*, Handlungsbegriff, გვ. 141 შემოიფარგლება ქმედების ობიექტური შესაძლებლობით, როგორც, სხვათ შორის, *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, გვ. 170. იხ. ფსიქოფიზიკური შესაძლებლობის თემატიკებისადმი *Traeger*, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, 1913, გვ. 8; შდრ. *Mezger*, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1950, გვ. 132 მ. *Liszt*, Lehrbuch, 2. Aufl., 1884, გვ. 116. *Liszt*, Lehrbuch, 5. Aufl., გვ. 138. უფრო ახლოს *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, გვ. 126. *ლოსტისეული* „ნორმატიული“ საწყისის გამომდინარეობისადმი სამართლებრივი მოვალეობის თეორიიდან *Arm. Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, გვ. 50 მ. იხ. ტრადიციულდოგმატური ანალოგიები და განსხვავებები: *Binding*, Normen, ტ. II, გვ. 117; *K. Wolff*, Verbotenes Verhalten, 1923, გვ. 143; *Kelsen*, Hauptprobleme der Strafrechtslehre, 2. Aufl., 1923, გვ. 72; *Allfeld*, Lehrbuch des Deutschen

ლობები, დანაშაულის აგებულების თვალსაზრისით, ჩვენთვის ნაკლებად აქტუალურია, არამედ უპირატეს ყურადღებას აქ მცდელობის პრობლემა იპყრობს. უფრო ზუსტად, შედეგის პრობლემა მცდელობის ცნებასთან მიმართებაში და ამ მხრივ შედეგის არარსებობის გამო დანაშაულის შემადგენლობის მოუცემლობა. *ლისტის* მიხედვით, როგორც ცნობილია, „მხოლოდ ქმედება და შედეგი ერთობლივად ქმნის ქმედებას“<sup>1</sup>, ე. ი. „იმოქმედა სუბიექტმა იქ, სად და რა დროსაც მან შედეგი გამოიწვია“<sup>2</sup>, რაც თუმცაღა მცდელობას, როგორც ქმედებას, და მის დასჯადობას<sup>3</sup> ცალსახად გამორიცხავს<sup>4</sup>. ასე მაგალითად, *ლისტის* მორიგი მტკიცება, რომ „არ არსებობს სხეულებრივი მოძრაობა რამეგვარი, თუნდაც უხილავი და გარდამავალი შედეგის გარეშე“<sup>5</sup>, არ ტოვებს შედეგსა და საფრთხეს შორის კონცეპტუალური დიფერენცირების შესაძლებლობებს. თუმც (ობიექტური) საფრთხის პრობლემა არ ვრცელდება მცდელობის მთელ ცნებაზე, უწინარეს ყოვლისა, უვარგის მცდელობაზე<sup>6</sup>, მაგრამ აქტუალურ ასპექტში დადებითად არაფერს ცვლის, რამეთუ აქ *სისხლისსამართლებრივად* არც (ნატურალისტური) შედეგი და არც (ობიექტური) საფრთხე ვლინდება. ასე მაგალითად, *ბელინგის* მიხედვით, „ადამიანის ყოველ ქცევას, ცხადია, ძალუმს ათასგვარი მიზეზობრივი ჯაჭვების წარმოქმნა; თუმც ეს დასჯადი ქცევი დანაშაულის შემადგენლობის შესაბამის შედეგებამდე როდი მიგვიყვანს“<sup>7</sup>. შესაბა-

---

Strafrechts, AT, 9. Aufl., 1934, გვ. 113; *Engisch*, Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg, 1950, გვ. 37; *Arm. Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, გვ. 6. „ქმედებისადმი როგორც სისტემის მთავარი ცნებისადმი უმოქმედობის ფორმალური დაქვემდებარების“ თაობაზე *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, გვ. 142; შდრ. *Radbruch*, Handlungsbegriff, გვ. 140 მ.

<sup>1</sup> *Liszt*, Lehrbuch, 5. Aufl., გვ. 135.

<sup>2</sup> *Ibid.*, გვ. 136 მ.

<sup>3</sup> შდრ. *Hold-Ferneck*, Der Versuch. Eine rechtsphilosophische Betrachtung zum Deutschen Strafgesetzentwurf, 1922, გვ. 12 მ; ამასთანავე, მცდელობის დროს შედეგის პრობლემის ტრადიციულდოგმატურად ორიგინალური გადაჭრის თვალსაზრისით *M. E. Mayer*, Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Eine rechtsphilosophische Untersuchung, 1967, გვ. 124 მმ.

<sup>4</sup> იხ. მცდელობისა და მომზადების *ლისტისეული* დიფერენცირების (მისსავე დანაშაულის შემადგენლობის თეორიის ფარგლებში) ანუ მცდელობის ობიექტური თეორიების ერთ-ერთი მთავარი სახის კრიტიკული ანალიზი: *Lumpe*, Das Maß der Willensbetätigung im Versuchsstrafrecht, 1938, გვ. 25 მ (შდრ. *ბელინგის* დანაშაულის შემადგენლობის თეორია: *ივ.*, Die Lehre vom Tatbestand, გვ. 7; იხ. მოცემულ ჭრილში აგრეთვე *Isenschmid*, Die Bestrafung des Versuchsund ihre rechtsphilosophische Begründung, 1943, გვ. 29 მ), ისევე როგორც *ლისტის* თვალთახედვის კრიტიკა დანაშაულზე ხელის ადებასთან მიმართებაში: *Hippel*, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre, 1966, გვ. 50.

<sup>5</sup> *Liszt*, Lehrbuch, 5. Aufl., გვ. 130.

<sup>6</sup> იხ. *Fiedler*, Vorhaben und Versuch im Strafrecht, 1967, გვ. 99 მმ შდრ. *A. Bamberg*, Versuch beim Unterlassungsdelikt, 1978, გვ. 121; მცდელობის სუბიექტურ თეორიაში საფრთხის ცნების უარყოფისადმი *Fischer*, Das unvollendete Verbrechen im deutschen und französischen Recht, 1970, გვ. 12 მ; შდრ. *Germann*, Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, 1914, გვ. 14 მ, 26; იხ. ასევე „აბსოლუტური უვარგისობის“ *ლისტისეული* პრინციპისადმი, როგორც მცდელობის დაუსჯელობის პრინციპისადმი *ibid.*, გვ. 38 მ.

<sup>7</sup> *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 204.



მისად, ის ხსენებულ თვალთახედვას უკავშირებს „მძიმე შეცდომას“, „თითქოს მიზეზობრიობა განიფინებოდეს მთლიან სისხლის სამართალზე, თითქოს არ არსებობდეს არაკაუზალური შემადგენლობები (...)“<sup>1</sup>. მიუხედავად ამისა, საბოლოო ჯამში *ბელინგი* მცდელობასთან დამოკიდებულებაში (ისევე როგორც [დასჯად] წამქეზებლობით და დამხმარე ქმედებებთან ანუ „დელიქტის არათვითკმარ ტიპებთან“<sup>2</sup> მიმართებაში) „დანაშაულის შემადგენლობის მოუცემლობიდან“ ამოდის<sup>3</sup>, რის გამოც ის („რათა ეს ‘გამოვლინების ფორმის შესაბამისი’ ქმედებებიც მოცულ იქნას“) შემდეგ გამოსავალს გვთავაზობს: „ნაცვლად ‘დანაშაულის შემადგენლობის შესაბამისობისა’ დანაშაულის ნიშნად ‘დანაშაულის შემადგენლობაზე მიმართულობა’ უნდა სახელდებოდეს“<sup>4</sup>. ხოლო რაც შეეხება, თავის მხრივ, „დანაშაულის შემადგენლობის მოუცემლობის“ შესახებ მოძღვრებას<sup>5</sup>, მის მთავარ წარმომადგენლად ჩვეულებრივ დონაა მიჩნეული<sup>6</sup>, მაგრამ ის უმთავრესად სწორედ *ლისტ-ბელინგისეული* დანაშაულის ცნებიდან გამომდინარე „მცდელობის ობიექტური თეორიებიდან“ იღებს სათავეს<sup>7</sup>, რა დროსაც დონა თავის მცდელობის ცნებას „მცდელობის შერეულ“ ანუ „სუბიექტურ-ობიექტურ“ თეორიაზე აფუძნებს<sup>8</sup>.

ამავე დროს, *ლისტი* და *ბელინგი* მიზეზობრიობის პრობლემასთან მიმართებაში სხვა მხრივაც ძირეულად ურთიერთგანსხვავებულ შეხედულებებს ავითარებენ. რა

<sup>1</sup> Ibid., გვ. 30; უფრო ახლოს ibid., გვ. 14, 31, 210 მ, 217; მაგრამ იხ. დანაშაულის შემადგენლობის შესაბამისობაში მიზეზობრიობის *ბელინგისეული* შეტანის უარყოფისადმი საერთოდ *Tarnowski*, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927, გვ. 75 მ.

<sup>2</sup> შდრ. მცდელობის ცნების მიმართ „არათვითკმარი დანაშაულის შემადგენლობის“ ცნებასთან *Sauer-mann*, Der Versuch als „delictum sui generis“, 1927, გვ. 10 მმ.

<sup>3</sup> *Beling*, Die Lehre vom Tatbestand, გვ. 7 მ, 17 მმ.

<sup>4</sup> Ibid., გვ. 18; იგ., Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930, გვ. 24, 28, 56 მმ; დაწვრილებით დანაშაულისა და მცდელობის ცნების *ბელინგისეულ* კორელაციაზე *Class*, Grenzen des Tatbestandes. Versuch eines Abrisses der Tatbestandstheorie, 1. [einzig] Teil: Die Lehre vom Tatbestand, 1977, გვ. 59 მმ.

<sup>5</sup> იხ. *Schönke/Schröder*, StGB, Vor. § 22/19 მ; *Natorp*, Der Mangel am Tatbestand und seine Strafbarkeit, 1921, გვ. 9 მმ; *Schmid*, Über Feuerbachs Lehre vom „Mangel am Tatbestand“, in: GS Schröder, 1978, გვ. 20 და passim. კრიტიკულად განსაკუთრებით *Gemmingen*, Die Rechtswidrigkeit des Versuchs, 1932, გვ. 114; ‘დანაშაულის შემადგენლობის მოუცემლობისაგან’ აბსტრაქირებისთვის, მაგალითად, *Finger*, Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, in: FS Binding, ტ. I, გვ. 305 მ), ისევე როგორც ზალმის მეცადინეობა, დასაბუთოს მცდელობა როგორც „საეჭვოდ - დანაშაულის შემადგენლობის შესაბამისი“ ქცევა (იგ., Das versuchte Verbrechen. Studien zum Rechtsguts- und Verbrechensbegriff, 1957, გვ. 50).

<sup>6</sup> იხ. *Fischer*, Das unvollendete Verbrechen, გვ. 11.

<sup>7</sup> Ibid.; შდრ. *Lehmann*, Die Bestrafung des Versuchs nach deutschem und amerikanischem Recht, 1962, გვ. 48; შდრ. მცდელობის პრობლემის სისტემატიკური ასპექტი დანაშაულის ტრადიციული სამნიშნა ცნების მიღმა *ბაუმგარტენთან*, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Kriminalistische Studie, 1888.

<sup>8</sup> იხ. *Ger-mann*, Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, გვ. 45.

დროსაც *ლისტიურის*<sup>1</sup> მიერ დაფუძნებული ეკვივალენტურობის თეორიით ხელმძღვანელობს<sup>2</sup>, *ბელინგთან* ის ექსპლიციტურად უარიყოფა<sup>3</sup>. ის თავის დანაშაულის მოძღვრებაში ადეკვატურობის თეორიიდან ამოდის, მაგრამ განავითარებს მას იმგვარად, რომ ეს მოძღვრება, როგორც მიზეზობრიობის შესახებ მოძღვრება, საერთოდ, უარიყოფა<sup>4</sup>. თუმც, უწინარეს ყოვლისა, სხვა საკითხია, რომ სისხლის სამართალში მართლაც არ არსებობს ქმედება განსაზღვრული ნორმატიულ-ლოგიკური „ეფექტის“ გარეშე, მაგრამ ეს იმაზედა მიუთითებს, რომ ნატურალისტურ-ფაქტობრივად სისხლისსამართლებრივი სინამდვილე ვერ იქნება ექსპლიკაბელური.

## 2. სისტემა

ის, რომ ქმედების კაუზალური ცნება უმართლობის „მასშტაბად“, რომ არაფერი ვთქვათ დანაშაულის სისტემაზე მთლიანად, ვერ იქნება ქმედუნარიანი<sup>5</sup>, ყოველივე ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, აშკარაა. ის არა მხოლოდ ფუნდამენტური სისხლისსამართლებრივი ცნებების დასაბუთებისას მოიკოჭლებს და ამით ვერ ავლენს სამართლებრივად კონვერტირებად ხარისხს<sup>6</sup>, არამედ ის მოიცავს ჯერ კიდევ მეტისმეტად მცირე მარცვალს ქმედების შესახებ ზოგადად<sup>7</sup>. ამასთანავე, კაუზალური „ქმედება“ უმთავრესად წარმოდგენილია როგორც „არსებითი სახელი“, ხოლო დანაშაული ყოველი („მომდევნო“) ნიშანი უბრალოდ როგორც „მასზე მიმართული ატრიბუტი“<sup>8</sup>, თუმც მხოლოდ *რადბრუხის* კრიტიკამდე<sup>9</sup>, მაგრამ თავდაპირ-

<sup>1</sup> *Buri*, Über Kausalität und deren Verantwortung, 1873, passim.

<sup>2</sup> იხ. *Gmür*, Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1958, გვ. 39; *Mandelartz*, Zur Lehre vom Kausalzusammenhang im geltenden und kommenden Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Kausalitätsirrtums, 1938, გვ. 11; შდრ, „უკუქცევის აკრძალვის“ შესახებ *ფრანკისეული* მოძღვრება: *Schönke/Schröder*, StGB, Vor. 13/79; თუმც იხ. ასევე *ბურის* ეკვივალენტურობის თეორიის *ლისტისეული* დასაბუთების კრიტიკისადმი *Reinach*, Über den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht, 1905, გვ. 17 მმ, ისევე როგორც *ლისტისეული* თვალთახედვის განვითარებაზე ე. წ. „ობიექტური აპოსტერიორული პროგნოზის თვალსაზრისის“ შესახებ ადეკვატურობის თეორიაში *Radbruch*, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, გვ. 40.

<sup>3</sup> იხ. *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, გვ. 39.

<sup>4</sup> *Bürgi*, Die Lehre von der adäquaten Verursachung und ihre Bedeutung in der schweizerischen Rechtsprechung, 1927, გვ. 72; მიზეზის პრობლემისადმი თანამედროვე სისხლის სამართალში *Puppe*, Strafrecht AT im Spiegel der Rechtsordnung, ტ. I, Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, 2002, გვ. 69 მმ.

<sup>5</sup> შდრ. *Arth. Kaufmann*: Schuld und Strafe, გვ. 41; Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1961, გვ. 183.

<sup>6</sup> უფრო ახლოს *Arm. Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, გვ. 25.

<sup>7</sup> შდრ. *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, გვ. 135.

<sup>8</sup> *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 20 მ; შდრ. *Liszt*, Lehrbuch, 5. Aufl., გვ. 19 მ.

<sup>9</sup> *Radbruch*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, a. a. O., გვ. 162.

ველად ისიც იმავე მიმართებიდან ამოდიოდა<sup>1</sup>. როგორც ქმედების ფინალური, ისე სოციალური მოძღვრება აწინაურებს, თავის მხრივ, ქმედების ცნების სისტემატიკურ ქმედუნარიანობას, თუმც მნელად თუ შევძლებთ ვამტკიცოთ, რომ მათ ოდესმე უცდიათ სისხლის სამართალში კაუზალიზმის მიერ ინიცირებული „დიდაქტიკიდან თეორიაზე მახვილის გადატანის“<sup>2</sup> უკუქცევა, არამედ ეს ამა თუ იმ სახით, მაგრამ ყოველთვის აქსიომატურად მხარდაჭერილი რჩებოდა.

ასე მაგალითად, ფინალიზმის მიერ კაუზალური მოძღვრების „უსუბსტრატო“ უმართლო ქმედების უმართლობის „პერსონალრი“ ცნებით, ისევე როგორც ბრალის ფსიქოლოგიური ცნების ბრალის წმინდა ნორმატიული მოძღვრებით ჩანაცვლებას აქვს ადგილი, რა დროსაც ქმედების სოციალური მოძღვრების ფარგლებში დანაშაულის სისტემაში ქმედების ცნების „მთავარი ფუნქციების“<sup>3</sup> შესახებ დღესაც გაბატონებული კონცეპტი ყალიბდება და მრავალი სხვა, მაგრამ რასაც ყველა ამ მოცემულ შემთხვევაში ცენტრალურ მასშტაბად ეხება საქმე, სულაც არ არის დანაშაულის ცნება, არამედ დანაშაულის აგებულება და ეს, თავის მხრივ, სათავეს იღებს არა ამჯერად ნახსენებ კონცეფციებში, არც თუნდაც დონას<sup>4</sup> მცდელობაში დანაშაულის სტრუქტურის რევიზიის თვალსაზრისით, არამედ უკავშირდება ქმედების კაუზალურ ცნებას.

ლისტის მტკიცება იმის თაობაზე, რომ „დანაშაულის ზოგადი ცნების ჩამოყალიბება უპირატესად მეცნიერების საზრუნავია და არა კანონმდებლისა“<sup>5</sup>, სრული ჭეშმარიტებაა. აქედან, კაუზალისტების მიხედვით, გამომდინარე დანაშაულის „სამსაფეხურიანი“<sup>6</sup> ცნების<sup>7</sup> ფარგლებში, რომელიც, როგორც ცნობილია, იმთავითვე იყოფა დანაშაულის შემადგენლობის შესაბამისობად, მართლწინააღმდეგობად და ბრალად<sup>8</sup>, და ეს კლასიკური სქემა დღესაც ანუ საუკუნის შემდგომაც თავის გარეგან

<sup>1</sup> Radbruch, Handlungsbegriff, გვ. 77 მ; იხ. აგრეთვე Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, გვ. 135.

<sup>2</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, გვ. 22.

<sup>3</sup> Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953, გვ. 7 მმ.

<sup>4</sup> Dohna, Der Aufbau der Verbrechenlehre, 1950, გვ. 22 მმ.

<sup>5</sup> Liszt, Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, ტ. 2, გვ. 115.

<sup>6</sup> მკაცრად რომ ვთქვათ, განსახილველი სამმაგი დაყოფა თავის სათავეს უკვე ლუდენთან იღებს (იხ. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, გვ. 137).

<sup>7</sup> Liszt, Lehrbuch, 5. Aufl., გვ. 119 მ.

<sup>8</sup> თუმც, ბელინგის მიხედვით, აქედან მხოლოდ „პოტენციური დანაშაული“ გამომდინარეობს, რომელსაც ემატება „განსაზღვრული სასჯელით მუქარის შესაბამისობა“ და „დასჯადობის პირობების მოცემულობა“ (Beling, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 7; იხ. უკანასკნელ ასპექტში Kantorowicz, Tat und Schuld, 1933, გვ. 228); ამავე დროს, „დელიქტის ტიპურობის“ ცნებაზე გადასვლით ის „სასჯელით მუქარის შესაბამისობას“, როგორც „სპეციალურ ნიშანს“ თმობს (Beling, Die Lehre vom Tatbestand, გვ. 19). იხ. მოდიფიცირების მცდელობისადმი, ასე ვთქვათ, დანაშაულის შემადგენლობაში „გამონაკლისი

გამოვლინებაში დელიქტის აგებულების გაბატონებული მოდელია, საქმე ნაკლებად ეხება იმას, თუ რა არის თვით ცნებაზე თეორიულად დამოკიდებული. უმთავრესი ყურადღება აქ ეთმობა, მაგალითად, როგორც ამას *ბელინგის* დანაშაულის მოძღვრებაში აქვს ადგილი, დანაშაულის ელემენტთა „მართებულ დაჯგუფებას“, „მართებულ განლაგებას“ და „მართებულ კავშირს“<sup>1</sup>, რა დროსაც *რადბრუხი* მათ ყოველგვარ განხილვას როგორც „ქმედების ცნების პარალელური ნიშნებისა“ პრინციპულად გამორიცხავს<sup>2</sup> და ამოდის დებულებიდან, რომ „ნიშანი, რომელიც მორიგ ნიშანთან მიმართებაში უნდა მოიაზრებოდეს, მხოლოდ ამ ნიშნის შემდგომ შეიძლება იქნეს მოაზრებული“<sup>3</sup>. თუ გულდასმით დავაკვირდით, ეს თეზისი, უწინარეს ყოვლისა, წარმოადგენს მონიტუმს დანაშაულის ნიშნებს შორის დუალისტური კორელაციის წინააღმდეგ *ბელინგის* მიხედვით: თუმც საქმე ეხება სწორედ „ვერტიკალურ განლაგებას“<sup>4</sup>, მაგრამ რაც იმავდროულად უმთავრესად ნაგულისხმევია, არის დიდაქტიკურად ფორსირებული „ვერტიკალიზება“ სხვაგვარად „ავტონომიურად“ იდენტიფიცირებადი ნიშნებისა<sup>5</sup>. სად და როგორ უნდა განლაგდეს, თავის მხრივ, დანაშაულის კონსტიტუციური ნიშნების ცალკეული კომპონენტები, როგორც ვიხილეთ, დანაშაულის ობიექტურ და სუბიექტურ მხარეთა ნატურალისტური დაყოფის ფარგლებში უმთავრესი პრობლემაა<sup>6</sup>. იგივე მახვილი მოდის გამამართლებელ და ბრალის გამომრიცხველ გარემოებათა მდგრადი კორელაციური კონსტრუქტის შემუშავებაზე<sup>7</sup>. თუ ამასობაში თეორია დელიქტის აგებულების დიდაქტიკასთან

---

ნორმების“ ინტეგრირებით *Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1930, გვ. 218; კრიტიკულად Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, a. a. O., გვ. 165.*

<sup>1</sup> *Beling, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 76 მმ.*

<sup>2</sup> *Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, a. a. O., გვ. 162.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Beling: Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 77 მდა passim; Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, a. a. O., გვ. 2 მ; Grundzüge des Strafrechts, 4. Aufl., 1912, გვ. 24 მმ.*

<sup>5</sup> *Beling, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 27, 141, 144 მმ და passim; იგ., Die Lehre vom Tatbestand, გვ. 2, 19; იგ., Unschuld, გვ. 45; იგ., Grundzüge, 11. Aufl., გვ. 13 მმ.*

<sup>6</sup> მაგრამ იხ. ამ ჭრილშიც *ლისტის* დუალისტური თვალთახედვა მართლწინააღმდეგობასთან მიმართებაში: *იგ., Lehrbuch, 5. Aufl., გვ. 177 მ, 182.* ამის მიხედვით, ერთის მხრივ, „ნეგატიური ჯერარსის“ ცოდნა განეკუთვნება განზრახვას, მაგრამ, მეორეს მხრივ, ის, საერთოდ, ანუ „როგორც მისი (განზრახვის) თანამდევნი რამაც“ უარიყოფა, რადგან „ასეთი მოთხოვნა (...) მოახდენდა მართლმსაჯულების, შეიძლება ითქვას, პარალიზებას, რა დროსაც ის სასამართლოს ყოველ ცალკეულ შემთხვევაში იმის მტკიცების ტვირთს დააკისრებდა, რომ სუბიექტი მის მიერ დარღვეულ დირექტივას იცნობდა“ (იხ., ამასთანავე, მართლწინააღმდეგობის შეგენზის მნიშვნელობისადმი ბრალის პრინციპის დასაბუთებისთვის *Jescheck, Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im Deutschen und Spanischen Recht, in: ders., Beiträge zum Strafrecht, 1998, გვ. 289 მ*); შდრ. *Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26. Aufl., გვ. 265; ტრადიციული გაგებით, განზრახვის თეორიის უფრო მკაცრი მიმდევრობა ბელინგთან, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 185; იგ., Unschuld, გვ. 45; თავისებურებებით, თუმც „ნებელობის მომენტთან“ კავშირში, *ibid., გვ. 193 მ.**

<sup>7</sup> *Liszt, Lehrbuch, 5. Aufl., გვ. 151 მმ; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 12 მ. აქ, ლისტის, სხვათა შორის, არ თმობს უკიდურესი აუცილებლობის „ერთიან“ ცნებას, რა დროსაც ის დიფერენცირების თეო-*

მიმართებაში უკან იხევს, ისმის კითხვა, ხომ არ შეიძლებოდა ეს აქ სხვაგვარადაც ყოფილიყო. მაგრამ სხვაგვარად ვერც იქნებოდა, რამეთუ განსახილველი პრიორიტეტის მიღმა ქმედების კაუზალური ცნება უადგილო კონსტრუქციაა.

ამავე დროს, ყოველივე ზემოაღნიშნული არ უნდა გავიგოთ ისე, თითქოს ქმედების კაუზალურ მოძღვრებაში არაფერი იყოს დანაშაულის ცნების თვალსაზრისით მონიშნული. დანაშაული, როგორც (სისტემურ-სპეციფიკურად ატრიბუირებული) „(ნებისმიერი) სახეცვლა მიზეზობრივი გარესამყაროსი“ არის კიდევაც ასეთი მონიშვნა. მაგრამ რადგან შეუძლებელია იქ ჰქონდეს ადგილი დანაშაულის ჩადენას, სადაც საქმე არ ეხება სამართლებრივ ურთიერთობას, და სამართლებრივი ურთიერთობა, თავის მხრივ, მიზეზობრივ გარესამყაროში არ მიმდინარეობს, კაუზალიზმის მზერა საბოლოო ჯამში მხოლოდ პოზიტიური სამართლისკენ მიიმართება. რაც „სისხლისსამართლებრივად რჩება“, არის „ქმედება“ როგორც „კლასიფიკატორული ცნება“ და „მოძღვრება დელიქტის ელემენტების შესახებ“<sup>1</sup>. უწინარეს ყოვლისა, ისინი, რადბრუხის მიხედვით, უკვე ბელინგის დანაშაულის მოძღვრებაში „ყველა სასჯელის მიზნიდანაა წარმოებადი“<sup>2</sup>. მაგრამ სტრუქტურულ-ტექნიკური ფუნქციონალიზმის ფარგლებში, რომელიც იქ წარმოდგენილია, დანაშაულის სისტემა განასახიერებს ნატურალიზმების სისტემას<sup>3</sup>: წმინდა გარეგანი ურთიერთობებით პროფილირებული უმართლობა და ფსიქოლოგიური ბრალი ქმედების კაუზალური ცნებით სათავეში, რომელიც, მამასადამე, პოზიტივისტურ აბსტრაქციაში უნდა იქნეს

---

რის (იხ. ტრადიციული სახისადმი *Siebert, Notstand und Putativnotstand*, 1931, გვ. 23, 31 მ; უფრო ღრმად *Köhler, Der Notstand im künftigen Strafrecht*, 1926, გვ. 49) პრინციპულად უარყოფს, კერძოდ, უკიდურესი აუცილებლობის მისატყვებელ ბუნებას ანუ უკიდურეს აუცილებლობას, როგორც ბრალის გამომრიცხველ პერსონალურ გარემობას (იხ. *Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem*, 1913, გვ. 7 მ), სისხლის სამართლის პოლიტიკის თვალსაზრისით, დაუშვებლად რაცხს (*Liszt, Die Forderungen der Kriminalpolitik, a. a. O.*, გვ. 114). სხვა მხრივ, *ლისტი* დაბეჯითებით ამოდის იქიდან, რომ უკიდურესი აუცილებლობის პირობებში მოქმედი „სამართალს ახორციელებს“ (*ibid.*), არამედ, *მის* თანახმად, უკიდურესი აუცილებლობის მომცველი ქმედება „არც მართლობრივია და არც მართლსაწინააღმდეგო“ (*Liszt, Lehrbuch, 5. Aufl.*, გვ. 151; *a. A. Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 26. Aufl.*, გვ. 186; იხ. მოცემულ კონტექსტში აგრეთვე *Henkel, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigen Recht*, 1931, გვ. 35), რა დროსაც *ის* კრიტიკულად გამოჰყოფს, რომ უკიდურესი აუცილებლობა იმჟამინდელი გერმანული სისხლის სამართლის მიხედვით, ისევე როგორც ახლობლისთვის აუცილებელი დახმარება, სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისთვის საფრთხით შემოიფარგლება (*Liszt, Die Forderungen der Kriminalpolitik, a. a. O.*, გვ. 114; შდრ. *Weber, Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*, 1925, გვ. 6; უფრო სიღრმისეულად უკანასკნელ კონტექსტში *Karding, Die Notpflicht oder Grenzen des strafbefreienden Notstandes*, 1933, გვ. 40 მ; იხ. მოცემული მომენტის შენარჩუნება *ბროგლიოს-თან*, *Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform*, 1927, გვ. 74 მ). იხ. ასევე უნარიანობისა და უუნარობის *ფროიდენტალისეული* ცნებისადმი ზემოხსენებულ კონტექსტში *Liszt-Schmidt, Lehrbuch*, 26. Aufl., გვ. 226, 283 მმ.

<sup>1</sup> *Jakobs: Handlungsbegriff*, გვ. 21; *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, გვ. 17.

<sup>2</sup> *Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, a. a. O.*, გვ. 163.

<sup>3</sup> იხ. აგრეთვე *Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, 1912, გვ. 17 მმდა passim.

ინტეგრირებული<sup>1</sup>. სხვას არაფერს ეხება არსებითად საქმე ნორმისა და სასჯელის ცნებებთან მიმართებაშიც: „ქცევის წარმმართველი“ ნორმა და ასევე *ინსტრუმენტალურად* გაგებული ანუ პრევენციულად მოჭრილი სასჯელი<sup>2</sup> სწორედ რომ ნატურალიზმებია, რომლებიც თავიანთ ადრესატებს აღიქვამენ როგორც ფსიქო-ფიზიკურ სისტემებს და, ამ გაგებით, დელიქტს როგორც ინდივიდუუმის არტეფაქტს.

ხოლო რადგან ქმედების კაუზალური ცნების ფარგლებში დანაშაულის ცნების ჩამოყალიბება არ მიიღწევა, განსახილველი კონცეფციის არსებითი მოქმედების სფეროც ნათელია. ის, რომ ამით სახეზეა არა თეორია, არამედ მხოლოდ სისხლისსამართლებრივად მნიშვნელოვანი ქცევის დიდაქტიკა, რომელსაც ქმედების ნატურალისტური ცნება ემსახურება, აქ არც თავისდათავად არის მთავარი მომენტი, არამედ ის, რომ სისხლის სამართლის პროგრამა, რომლის ლაიტმოტივს კაუზალიზმი წარმოადგენს, თეორიულის პრიორიტეტულობას დიდაქტიკურის ანუ კლასიფიკატორულის პრიორიტეტულობით ანაცვლებს. საერთო მნიშვნელს ნატურალისტური „ქმედების“ სისტემატიკური კონკრეცია ჰქვია, რის მიხედვითაც ქმედების კაუზალური მოძღვრების მთავარი თავი, ქმედების დანაშაულად კვალიფიცირების დიდაქტიკის თვალსაზრისით, დანაშაულის სისტემის „პრაქტიკაბელური“ სტრუქტურის ძიებაში ამოიწურება<sup>3</sup>.

### 3. ადაპტაცია

#### (*ჰეგლურიდან ლეშამდე*)

დანაშაულის კლასიკურ სისტემაში დასაბამიდან დღემდე განხორციელებული სტრუქტურული ცვლილებები რვა ძირითად ეტაპად შეიძლება დავყოთ. ეს ცვლილებები ეხება როგორც უმართლობის, ისე ბრალის სფეროს. ამასთანავე, მათი უმ-

<sup>1</sup> იხ., ამასთანავე, „საზოგადოებრივი საშიშროებისა“ და „კულტურის საწინააღმდეგობისადმი“, როგორც „მეტასამართლებრივი მომენტებისადმი“ *Beling, Die Lehre vom Verbrechen*, გვ. 32 მმ; იგ., *Grundzüge*, 11. Aufl., გვ. 13.

<sup>2</sup> *ლისტისეული* რელატიური სასჯელის თეორიისადმი *Schmidt, Die Reform des Strafrechts im Rückblick auf Berliner Impulse in der Geschichte der modernen Kriminalpolitik*, 1956, გვ. 8.

<sup>3</sup> იხ. განსახილველ კონტექსტში „დანაშაულის თეორიული“ და „პრაქტიკული ცნების“ დიფერენცირებისადმი, „რაციონალური დისპოზიციის ფორმულის“ თვალსაზრისით, *Beling, Die Lehre vom Tatbestand*, გვ. 20 მ; შდრ. *Liszt, Die Zukunft des Strafrechts*, in: *ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, ტ. 2, გვ. 4, რის შესაბამისადაც „ჩვენ აღვიქვამთ დანაშაულს როგორც მოვლენას, როგორც ყოფიერების გამოვლინებას და ამით ვუპირისპირდებით ყველა მათ, რომელთათვის დანაშაული სხვა არაფერია, თუ არა ცნებითი აბსტრაქცია (...)“; უფრო ღრმად იგ., *Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung*, 1898, in: *ibid.*, გვ. 231 მ; იხ., ამასთანავე, „წესისა-და-გამორიცხვის-პრინციპისადმი“ *Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlin, 1903, გვ. 62; კრიტიკულად მოცემული პრინციპის *ფრანკისეული* რევიზიისადმი *Beling, Die Lehre vom Verbrechen*, გვ. 37 მმ.

რავლესობა გაბატონებულად ან, შესაბამისად, მეტნაკლებად დამკვიდრებულად შეიძლება ჩაითვალოს, რასაც ვერ ვიტყვით შერაცხადობის<sup>1</sup> დანაშაულის შემადგენლობამდე მოთავსებაზე, ერთის მხრივ, და სისტემის ოთხნიშნა კონსტრუქციად მიჩნევაზე, მეორეს მხრივ. შევეხოთ მოკლედ რვავე ეტაპობრივ ცვლილებას, რომელთაგან არც ერთი იერარქიულობის პრინციპთან წინააღმდეგობაში არ მოდის, არამედ სწორედ ამ პრინციპის სახელით ხორციელდება. საქმე გვაქვს მეტწილად რაფინირებულ ევოლუციასთან, რომლის ერთადერთი ნაკლი, თუ შეიძლება ასე ითქვას, ხანგრძლივობაა.

ა. პირველივე წინააღმდეგობა, რომელსაც დანაშაულის კაუზალური ცნება აწყდება, გულ-ზრახვითი ანუ მიზნით დაფუძნებული დელიქტებია და არა მხოლოდ. იქნებოდა ეს ბირთვული შემადგენლობები თუ არაბირთვული, პრობლემა სამურად უნდა გადაჭრილიყო. კაუზალურად ქურდობის უმართლობა ან გასაღების მიზნით ყალბი ფულის დამზადების უმართლობა არ არსებობს, რადგან სომატური დანაშაულის შემადგენლობა ან მართლწინააღმდეგობა საამისოდ აუცილებელ სუბიექტურ კომპონენტებს ვერ იტევს. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, უმართლობის ცნება აქ მართლ-ზომიერ და მართლსაწინააღმდეგო ქმედებებს შორის განმასხვავებელ ზღვარს ან საერთოდ ვერ ავლენს ან ვერ აღწერს, თუ კონკრეტულად რომელი დასჯადი ქმედების კვალიფიკაცია მიმდინარეობს. აქედან გამომდინარე, *ჰეგლერს* და *მ. ე. მეიერს* უმართლობაში შემოაქვთ ხსენებული პრობლემატური სუბიექტური ელემენტები, რაც უმართლობის სუბიექტური ელემენტების შესახებ მოძღვრებად არის ცნობილი და რასაც შემდგომ აქტიურად განავრცობს *მეცგერი*.<sup>2</sup> ეს, ცხადია, უმართლობის კონსტიტუციური ნიშნები არ არის, არამედ მხოლოდ პერიოდული მახასიათებლები.

იმავედროულად უმართლობის სუბიექტური ელემენტების შესახებ მოძღვრების ნაყოფიერება არც მთლად უდავო გახლდათ, კერძოდ, როგორც *მეცგერის*, ისე *ჰეგლერისა* და *მ. ე. მეიერის* არგუმენტაციასთან მიმართებაში<sup>3</sup>. ჩვენ ამჯერად, მართალია, ნაკლებად გვაინტერესებს ექიმის მიერ პაციენტის პალპირების მაგალითი, როგორც

<sup>1</sup>რა ხანია ქართულ თეორიასა და პრაქტიკაში გამოიყენება ტერმინი „შერაცხუნარიანობა“, რაც გულახდელი გერმანიზაციის ნაყოფია. თეორიაში პარალელური გამოყენების საწინააღმდეგო არაფერი მაქვს. რაც შეეხება პრაქტიკას, ის იძულებითი რუსიფიკაციის ან ნებაყოფლობითი გერმანიზაციის საჯირითო მოედანს რატომ უნდა წარმოადგენდეს?

<sup>2</sup>*Mezger*, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in: FS Traeger, 1926, გვ. 195, 198, 206 მ; იგ., *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., 1950, გვ. 80 მმ, 248.

<sup>3</sup> იხ. *Engisch*, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik an der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, in: FS Rittler, 1957, გვ. 169; *Horn*, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, 1962, გვ. 91; იხ. აგრეთვე მეცგერის თვალთახედვის კონცეპტუალური კრიტიკა *Jescheck*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, in: FS Schmidt, 1961, გვ. 145; მდრ. *Arm. Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, 1954, გვ. 83

ასეთი, - განსახილველ ჭრილში ცილობის კლასიკური საგანი, არამედ დანაშაულის იერარქიული მოდელის *სისტემური ხარვეზი* ნებისმიერ მაგალითზე. თავის ძირითად „არგუმენტად ე. მეცგერი ასახელებს შემდეგს: ‘ყალბი ფულის დამზადება, გარყვნილი მოქმედება, რწმენითი ფიცი და სხვა ატარებს თუ არა მართლსაწინააღმდეგო ხასიათს, ეს უთუოდ არის დამოკიდებული არა მხოლოდ მოქმედების გარეგნ სახეზე, არამედ დანაშავის შინაგან განწყობაზეც’<sup>1</sup> (...) განვიხილოთ ე. მეცგერის ეს მოსაზრება ყალბი ფულის დამზადების მაგალითზე. ყალბი ფულის დამზადება, როგორც ასეთი, ნებადართულია, რადგან სისხლის სამართლის კანონით არ იკრძალება; აკრძალულია მხოლოდ მისი დამზადება შემდგომი გასაღების მიზნით. რამდენადაც ამ მოქმედებათა გარეგანი გამოვლინება აბსოლუტურად ემთხვევა ერთიმეორეს, ობიექტური კრიტერიუმის მიხედვით მათი ურთერთგანსხვავება შეუძლებელია. ასეთ შემთხვევაში მართლწინააღმდეგობა, თუ მის წინამძღვრებად წარმოვიდგინეთ მხოლოდ ობიექტური ელემენტები, ერთდროულად ვერ იქნება ერთ-ერთი ზემოხსენებული ქმედებისთვის უცხო და მეორე მათგანსთვის დამახასიათებელი ნიშანი. ამიტომაც მეორე მაგალითში (ყალბი ფულის დამზადება გასაღების მიზნით) მართლწინააღმდეგობის აღიარება მხოლოდ ობიექტურ მხარეზე დაყრდნობით გვაიძულებს ვცნოთ მართლსაწინააღმდეგოდ პირველი მოქმედებაც, რაც დაუშვებელია: ნებადართულობა და მართლწინააღმდეგობა როგორც აკრძალულობა პრინციპულად ურთიერთგამორიცხება (...) ასე ან დაახლოებით ასე გააანალიზებდა მოცემულ დანაშაულებრივ ქმედებას ე. მეცგერი. მაგრამ ეს საკითხის ცალმხრივად გაშუქებაა. *თუ ქმედება დანაშაულებრივია, ის არ შეიძლება იყოს სუბიექტურად აკრძალული და ობიექტურად ნებადართული* (...) როდესაც დანაშავე ამზადებს ყალბ ფულს მისი გასაღების მიზნით, არამართლობიერია არა მხოლოდ ეს მიზანი, არამედ თვით დამზადებაც, ვინაიდან სისხლის სამართლის ნორმა კრძალავს მათ კომპლექსურად, სისტემურად და არა სეპარატულად, არა პარტიკულარულად<sup>2</sup>. რაც ჩვენთვის განსახილველ კონტექსტში მთავარია: დანაშაულის იერარქიულ სისტემას, განსხვავებით ჰეტერარქიულისაგან<sup>3</sup>, ამის გამოხატვის უნარი და შესაძლებლობა არ შესწევს, რადგან ასეთ შემთხვევაში იერარქიულობა კარგავს ყოველგვარ აზრს, ის ბრმაა აკრძალვის ზემოაღნიშნულ კომპლექსურობასთან მიმართებაში. ხოლო თუ ვინმეს მიაჩნია, რომ აკრძალვის საგანი შეიძლება იყოს მხოლოდ, მაგალითად, მიზანი, ანაც პირიქით, მხოლოდ, მაგალითად, გასროლა, ის, შე-

<sup>1</sup> *Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, გვ. 206 მ.

<sup>2</sup> *ლ.-გ. კუტალია*, ბრალი სისხლის სამართალში, თბ., 2000, გვ. 503 მ.

<sup>3</sup> რომლის ჩამოყალიბების თარიღად მიიჩნევა 2002-2007 წლები (*L.-G. Kutalia, Das heterarchische Verbrechenssystem*, OPUS Uni Würzburg, 2007), მაგრამ რომელიც არსებითად წარმოდგენილია უკვე აქაც: *ლ.-გ. კუტალია*, ბრალი სისხლის სამართალში, თბ., 2000, *passim*, ობიექტური და სუბიექტური სფეროების ურყევი ეკვივალენტურობის სახით.



საბამისად, სუბიექტივისტია ანაც ობიექტივისტი. უნებურად, რა თქმა უნდა, თორემ ღიად არც გერმანული სისხლის სამართალი აღიარებს წმინდა სუბიექტივიზმსა თუ წმინდა ობიექტივიზმს და არც იგივე უნგრული<sup>1</sup>.

**ბ.** თუ პირველი ცვლილება პოზიტივისტური წნეხით იყო გამოწვეული, მორიგი ტრანსფორმაციის შემთხვევაში უფრო თეორიულ ცდუნებასთან გვაქვს საქმე: დონა<sup>2</sup> შლის *ფრანკის* ბრალის „კომპლექსურ“ ცნებას, რა დროსაც მას ბრალის ცნებიდან შეფასების ობიექტი (განზრახვა და გაუფრთხილებლობა) გამოაქვს. მოდით, მეტი სიცხადისთვის სიტყვა დავუთმოთ *თინათინ წერეთელს*: „ფინალური თეორიის წარმომადგენლებს დონას დამსახურებად მიაჩნიათ ის, რომ მან მკვეთრად გამოჰყო განზრახვა და გაუფრთხილებლობა შეფასებითი მსჯელობისაგან, მაგრამ მისი მოძღვრების ნაკლად განიხილავენ იმის დაუსაბუთებლობას, თუ რა ადგილი უჭირავს ბრალის ცნებიდან გამოყოფილ ფსიქიკურ დამოკიდებულებას დანაშაულის სისტემაში“<sup>3</sup>. და იქვე ეკლატანტურად: „(...) დონა დანაშაულის ცნებას ორ მკაფიოდ განსხვავებულ ნაწილად ჰყოფს: შეფასების ობიექტად და ობიექტის შეფასებად. შეფასების ობიექტს, ა. დონას აზრით, მიეკუთვნება ობიექტური შემადგენლობა (მოქმედება და უმოქმედობა) და სუბიექტური შემადგენლობა (განზრახვა და გაუფრთხილებლობა). ობიექტის შეფასებას კი, ერთი მხრივ, მართლწინააღმდეგობა, ხოლო, მეორე მხრივ - ბრალი. ბრალზე მსჯელობის, ისევე, როგორც მართლწინააღმდეგობის დადგენის დროს, საქმე გვაქვს შეფასების შედეგთან, ოღონდ მართლწინააღმდეგობაზე მსჯელობის დროს ვაფასებთ ობიექტურ შემადგენლობას, ხოლო ბრალის დადგენისას - სუბიექტურ შემადგენლობას“<sup>4</sup>. მართალია, ამით დონა უმართლობის სუბიექტურ ელემენტთა შესახებ ზემოხსენებულ მოძღვრებას სულაც არ ემხრობა, არამედ პირიქით, მას მართლწინააღმდეგობის შესახებ მსჯელობის საგნად მხოლოდ ობიექტური კომპონენტები ესახება, მაგრამ აქ მხოლოდ ქაოტურ გაგრძელებასთან როდი გვაქვს საქმე, არამედ ნამდვილი სისტემური, როგორც სტრუქტურული, ისე მეტასტრუქტურული, ქაოსის სათავესთან, თანამდევნი წინსვლის გვერდიგვერდ.

**გ.** ჯერ ერთი, ფინალისტები მყისვე გარდაქმნიან დონას ბრალის წმინდა შეფასებით ცნებას „ნების მოვალეობის საწინააღმდეგოდ განსაზღვრიდან“<sup>5</sup> „გაკიცხვად“<sup>1</sup>;

<sup>1</sup> Arndt Sinnel al. (Hg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, in: ZEIS, 2011, ტ. 1, გვ. 171.

<sup>2</sup> Dohna, Verbrechenslehre, გვ. 22, 28, 38 მ, 42.

<sup>3</sup> თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტთა მოძღვრება ბრალზე, გვ. 10.

<sup>4</sup> იქვე, გვ. 9.

<sup>5</sup> Dohna, Verbrechenslehre, გვ. 38 და passim.

მეორეც, დანაშაულის შემადგენლობაში ინტეგრაციის მიზნით „უთავშესაფროდ დარჩენილი“ ბოროტი განზრახვა ასევე მყისვე გარდაიქმნება ბუნებრივ განზრახვად,<sup>2</sup> dolus malus-ი სისტემიდან ქრება<sup>3</sup>. ამ უკანასკნელი ცნების გარეშე რომ ქმედების დანაშაულად კვალიფიკაციის პროცესი მორიგ გადაულახავ წინააღმდეგობებს აწყდება, ამას გერმანული დოგმატიკა მხოლოდ მოგვიანებით აღიარებს. რაც შეეხება დადებით ასპექტებს ანუ დანაშაულის სისტემის პოზიტივისტური ევოლუციის დინამიკას, აქ ჩვენ უმთავრესად ფინალიზმის ერთ-ერთი მწვავე კრიტიკოსის *როქსინის*<sup>4</sup> თვალთახედვას გამოვყოფდით: „ის, რომ განზრახი მკვლელობა სრულიად სხვა უმართლობას განასახიერებს, ვიდრე გაუფრთხილებლობითი მკვლელობა, ვლინდება მხოლოდ, თუ მკვლელის ფინალურობისა და განზრახვის დანაშაულის შემადგენლობაში ინტეგრირებას აქვს ადგილი. ამას ვერ დაუპირისპირდება მოსაზრება, თითქოს საბოლოო ჯამში სულერთი იყოს, განზრახი და გაუფრთხილებლობითი მკვლელობის გამიჯვნას უმართლობის პრობლემად განვიხილავთ თუ ბრალის პრობლემად. რადგან მცდელობის უმართლობა სუბიექტის ფინალური ზრახვის გაუთვალისწინებლად დანაშაულის შემადგენლობაში საერთოდ ვერ თავსდება“

<sup>1</sup> *Welzel*: Um die finale Handlungslehre, გვ. 24; Das neue Bild des Strafrechtssystems, გვ. 39; *Busch*, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, გვ. 11; *Maurach*, Deutsches Strafrecht AT, გვ. 365; a. A. *Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, გვ. 38 მ (იხ. *ibid.* მისივე ბრალის შემადგენლობის ცნება).

<sup>2</sup> იხ. აგრეთვე ფინალურ სისტემაში უმართლობისა და ბრალის ურთიერთობისადმი როგორც ქმედებისა და განწყობის უკუღიარებულებათა კორელაციისადმი *გალასის* მიხედვით *ibid.*, გვ. 2, 4.

<sup>3</sup> რაც შეეხება გაუფრთხილებლობას, რომელიც სისტემატიკურად იქვე, უმართლობაში ბუნებრივი განზრახვის ალტერნატიულად თავსდება, მასთან დაუსრულებელ ჭიდილს *ველცელი* ერთი პირობა ფინალიზმის უარყოფამდეც მიჰყავს. ის თავისი „ბიოკიბერნეტიკული თვალთახედვის“ ფარგლებში მთავარი აქცენტის გადატანას ცდილობს ქმედებაზე როგორც „ფსიქიკურად მართვად ქცევაზე“, რის თანახმადაც „მართვა მიზნის შესაბამისად თუმცე ხდება ქმედების *უმთავრეს* შემთხვევას, მაგრამ არა ერთადერთს: მიზანი (სამართლებრივად) შეიძლება იყოს სრულიად უმნიშვნელო, რა დროსაც თვით მართვა და წარმართვა სამართლებრივად მუდამ მნიშვნელოვანია, კერძოდ, როდესაც ის არაადეკვატურადაც და დაუდევრადაც ხორციელდება: გაუფრთხილებელი ქმედების დროს. ამიტომ - იქნებ - უმჯობესი იქნებოდა, მე რომ, ნაცვლად ‘ფინალურისა’, ‘კიბერნეტიკულ’ ქმედებაზე მესაუბრა, ე. ი. ქმედებაზე როგორც *ნებით მართულ და წარმართულ მიმდინარეობაზე*. მაშინ ასეთი მოძღვრება ენობრივად თანაბრად მოიცავდა როგორც განზრახ, ისე გაუფრთხილებლობით ქმედებას და გამოჰყოფდა ორივე შემთხვევაში სამართლებრივად რელევანტურს, სახელდობრ, *მართვას*“ (*Welzel*, Zur Dogmatik im Strafrecht, in: FS *Maurach*, Karlsruhe, 1972, გვ. 7 მ). თუმცე ამას *ველცელი* იქვე უარყოფს: *ibid.*, გვ. 8 მმ; იგ., Strafrecht, 11. Aufl., გვ. 37, 131; შდრ. *Jakobs*, Handlungsbegriff, გვ. 26). ეს - ბიოკიბერნეტიკული - თვალთახედვა, ცხადია, ერთხმად მიჩნეულია როგორც ფინალიზმის ფიასკო. აღსანიშნავია, რომ იმ დროისთვის *ველცელი* უკვე მძიმედ ავადმყოფობდა და მთელი ეს გადახრაც, ვფიქრობ, სრულიად სამართლიანად ამ ავადმყოფობას მიეწერება.

<sup>4</sup> *Roxin*, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in: *ders.*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, გვ. 73, 75, 82 და passim (კრიტიკულად *Welzel*, Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, გვ. 345 მმ); შდრ. დოგმატურად აქტუალურ ასპექტებში *Kahlo*, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns, 2001, გვ. 16; *Hohmann*, Personalität und strafrechtliche Zurechnung. Die Konstitution des strafrechtlichen Handlungsbegriffs auf der Grundlage der Hegelschen Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1993, გვ. 258 მ.

ბა<sup>1</sup>. თუმც უმართლობას არ ძალუძს არც განზრახვისა და არც გაუფრთხილებლობის ამოწურვა; *ორივე* შემთხვევაში შესაძლოა ვისაუბროთ მხოლოდ შუალობით გადაწყვეტებზე და კერძოდ, გაუფრთხილებლობას ეს უფრო ინტენსიურად ეხება, ვიდრე განზრახვას. სხვა მხრივ, ძნელად თუ შევძლებთ იმის პოსტულირებას, თითქოს ფინალიზმი მცდელობასთან მიმართებაში, სახელდობრ, დანაშაულის შემადგენლობის დონეზე<sup>2</sup>, არაფერს ტოვებდეს საცილოს. თუ მზერას ხსენებული სეგმენტური მომენტიდან შედეგის განხორციელებისათვის „შედგომისა“ და აქედან გამომდინარე „აღსრულების დაწყებისაკენ“ მივმართავთ, თვალსაჩინოა, რომ ეს არ არის სუბიექტურ-ფინალურად კონკრეტიზებადი სპეციფიკა<sup>3</sup>.

**დ.** *ბუბნოვის* კონცეფციაში განსაკუთრებული კრიტიკის საგნად იკვეთება ქმედების სოციალური ცნება როგორც „ქმედების ზოგადი ცნება“ „მის აბსტრაქტულობასთან“ ანუ „კონკრეტული შინაარსის მოუცემლობასთან“ დამოკიდებულებაში<sup>4</sup>. თუ, უფრო ზუსტად, „ქმედების სოციალური ცნება მოცულობითი ზოგადობის ჭრილში გაიგება, ის მოწმობს ზოგადად, რომ სისხლისსამართლებრივი შეფასების სფეროში მნიშვნელოვანია მხოლოდ ადამიანური ‘ქმედება’, ე. ი. სოციალურად მნიშვნელოვანი ქცევა, ‘სოციალური აზრობრიობით დატვირთული ქცევის სახეები, როგორც ამას სოციალური ყოფის გამოცდილება გვმოდვრავს’, რითაც ის მოკლებულია *სისტემატიკურ* ღირებულებას“<sup>5</sup>. ამისდა კვალად, აქ საქმე ეხება ქმედების სოციალურ ცნებასთან მიმართებაში არა „წინარესამართლებრივი სახის ძირეულ სისტემატიკურ ცნებას (სტრუქტურულ ელემენტს)“, არამედ „სოციალურად მნიშვნელოვანი ქცევა ამჯერად სისხლისსამართლებრივად მნიშვნელოვან ანუ დანაშაულის შემადგენლობის შესაბამის ქცევასთან არის ეკვივალენტური“<sup>6</sup>. უწინარეს ყოვლისა, ამით *ბუბნოვის* თვალთახედვა ქმედების სოციალურ მოძღვრებაში განყენებულად კონტურირებული „სისხლისსამართლებრივი რელევანტურობის“ კონკრეტიზებას ესწრაფვის, რაც, სისტემატიკური თვალსაზრისით, უეჭველად, შეიძლება წარმოვიდგინოთ როგორც აუცილებელი ატრიბუირება. ასე მაგალითად, აშკარაა, რომ „მოქმედებით ჩადენილი დელიქტების შემთხვევაში არა ქმედებას საერთოდ ქმედების ზო-

<sup>1</sup> *Roxin*, Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik, in: FS Lampe, 2003, გვ. 426; შდრ. *Schweikert*, Die Wandlungen der Tatbestandslehre, გვ. 107 და passim; *Langer*, Gesetzesanwendung und Straftataufbau, in: GS Meurer, 2002, გვ. 26 მ; *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, გვ. 153.

<sup>2</sup> იხ. *Welzel*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, გვ. 26.

<sup>3</sup> უფრო ღრმად *Arth. Kaufmann*, Schuld und Strafe, გვ. 64 მ.

<sup>4</sup> *Eckhart von Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, Heidelberg, 1966, გვ. 151.

<sup>5</sup> *Ibid.*, გვ. 152.

<sup>6</sup> *Ibid.*

გადი ცნების გაგებით, არამედ მხოლოდ შესაბამის დანაშაულის შემადგენლობაში აღწერილ კონკრეტულ ქმედებას შეიძლება ენიჭებოდეს თვითკმარი სტრუქტურული ფუნქცია<sup>1</sup>. თუმცადა აქ მთავარია არა სისტემატიკური რელევანტურობა, როგორც ასეთი, რადგან ის, ამგვარად წარმოდგენილი, ინვარიანტული არ არის, როგორც ნებისმიერ სხვა პრობლემასთან მიმართებაში მეტად თუ ნაკლებად დიდაქტიკური ნაყოფიერების პერსპექტივიდან და ამით, მაშასადამე, როგორც მთლიანად დიდაქტიკა, მეორეხარისხოვანი დაინტერესების საგანია; გადამწყვეტი, ამის საპირისპიროდ, შეიძლება იყოს მხოლოდ თეორიული სიბრტყე, რომლის საფუძველზეც ზემოაღნიშნული სისხლისსამართლებრივი რელევანტურობის კონკრეტიზება წარმოებს. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, თუ მიზნად არ არის დასახული საზოგადოების შესახებ კონცეფციის თვისებრივად ახლებური განსაზღვრა, საქმე ეხება სწორედ მხოლოდ სისტემატიკურ სიგნიფიკანტურობას, როგორც ასეთს.

უნდა აღინიშნოს, რომ *ბუზნოფის* თვალთახედვა წარმოადგენს კიდევ მცდელობას განსახილველ ჭრილში ქმედების ცნებისათვის რელევანტური კონტექსტის კვალიტატური რეორიენტირებისა: „სამართლის, სამართლებრივი ღირებულებების სამყარო სოციალური თანაცხოვრების სამყაროა. სოციალური ასპექტი წარმოადგენს სამართლებრივი ასპექტის ბირთვულ სფეროს. ამიტომაც სისხლისსამართლებრივად რელევანტური (დანაშაულის შემადგენლობის შესაბამისი) ქცევა სოციალურად მნიშვნელოვანი ქცევის გამოვლინების ფორმაა. სოციალური რელევანტურობის ცნება განეკუთვნება სამართლებრივი შეფასებითი მსჯელობებიდან წარმომდგარ, სოციალური მნიშვნელობის შინაარსზე ორიენტირებულ დანაშაულის შემადგენლობებს. მაშასადამე, ქმედების სოციალური ცნება, მკაცრი გაგებით, დანაშაულის შემადგენლობის შესაბამის ანუ დანაშაულის შემადგენლობაში აღწერილ კონკრეტულ ქმედებაზეა მიმართული“<sup>2</sup>. ვგონებ, სისტემატიკური გარდატეხის არსი ნათელია. დავაკვირდეთ შედეგებს.

ქმედება აქ უკვე არ წარმოადგენს დანაშაულის შემადგენლობისაგან დამოუკიდებელ კონსტრუქციას, ის არ არის ზოგადი ცნება, არამედ სისხლისსამართლებრივი, მაგრამ არასრულყოფილად სისხლისსამართლებრივი - დანაშაულის შემადგენლობის სფეროთი შემოგარსული. ხოლო უფრო მეტზე ანუ *ჰეგელიანურ* ან *ბინდინგისეულ* ქმედების ცნებაზე *ბუზნოფი*, როგორც ცნობილია, უარს აცხადებს იმ მოტივით, რომ ასეთ შემთხვევაში ქმედება ისევე მოკლებული იქნებოდა „სისტემატიკურ ღირებულებას“, როგორც შემადგენლობამდე მდებარე ქმედების ზოგადი

<sup>1</sup> Ibid., გვ. 154.

<sup>2</sup> Ibid., გვ. 152.

ცნების შემთხვევაში<sup>1</sup>. ეს პარალელი უსაგნოა. შემადგენლობამდე მდებარე ქმედება (რაოდენ აბსტრაქტულიც არ უნდა იყოს ის) დანაშაულის კონსტიტუციური ნიშნების ატრიბუირების ობიექტია და ამიტომ ის არამცთუ არ არის მოკლებული სისტემატიკურ ღირებულებას, არამედ *ყოველთვის* ცენტრალური სისტემატიკური ღირებულების ცნებაა. დანაშაულისა და სისხლისსამართლებრივი ქმედების იგივეობის შემთხვევაში კი უკვე დანაშაულის ცნებით შესაძლებელია გადმოიცეს ყოველივე, რაც ქმედების ცნებით გადმოიცემა. *ბუზნოვიაშ* „სისტემატიკური ღირებულების“ მოუცემლობას გულისხმობს. ჩემდათავად, ამის საპირისპიროდ, მსურს შევნიშნო, რომ 1. ქმედება გასართობი სისტემატიკური ხელსაწყო არ არის და 2. დანაშაული ქმედებაა, როგორადაც არ უნდა გავიგოთ ეს უკანასკნელი ცნება. სხვა მხრივ, ფორმალურსამართლებრივი - Tat - და (ზოგადი, წინარესამართლებრივი, მაგრამ „ნატურალიზებული“) მატერიალურსამართლებრივი - ქმედება - ცნებების ნომინალური სინონიმურობიდან მათ სრულ ტექნიკურ პარალელურობასა და სუბსტანციურ იდენტურობაზე გადასვლა გულახდილი აღიარებაა იმისა, რომ დანაშაულის სამნიშნა ცნება, თავისი არსით, *დანაშაულის ფორმალური ანუ პროცესუალური ცნებაა*.<sup>2</sup>

ე. ფინალიზმის ჩამოყალიბების შედეგად დანაშაულის სისტემაში მალევე ვღებულობთ ორი პრინციპულად ურთიერთგამომრიცხავი თეორიის მწვავე დაპირისპირებას: განზრახვის თეორიისა და ბრალის თეორიისა. პირველის მიხედვით, უმართლობის შეგნება განზრახვის ცნებისაგან განუყოფელი კომპონენტია, რასაც ფინალიზმის ბუნებრივი განზრახვის ცნება, ცხადია, ვერ იტევს და რის წინაპირობასაც, თავის მხრივ, სწორედ ბოროტი განზრახვა წარმოადგენს. ბრალის თეორიის მიხედვით კი, უმართლობის შეგნება ბრალის სფეროს განეკუთვნება და ამით დანაშაულის სისტემის აგებულებით-ტექნიკური ასპექტი ფინალიზმის პირობებში კრიტიკულ წინააღმდეგობრიობას, სულ მცირე, თავს არიდებს. უნდა შეინიშნოს, რომ ბრალის თეორიის ფინალური ვერსია<sup>3</sup> საწყის მონაკვეთში საკმაოდ დამაჯერებლადაც უმკლავდება განზრახვის თეორიას<sup>4</sup>, კერძოდ, განზრახვის თეორიის განზრახვის ფინალურ ცნებასთან შეუთავსებლობის თვალსაზრისით, რასაც ვერ

<sup>1</sup> Ibid.

<sup>2</sup> იხ., ამასთანავე, დანაშაულის თეორიაში პროცესუალურ ასპექტებთან ერთად კონსტიტუციური სამართლის დებულებების (უფრო) ინტენსიური თემატიკების საკითხისადმი *Esiquio Manuel Sánchez Herrera*, La teoría del delito en un sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio, Revista Derecho Penal №: 7, abr.-jun./2004, passim.

<sup>3</sup> დაწვრილებით *Schewe*, Bewußtsein und Vorsatz, 1967, გვ. 22 მმ.

<sup>4</sup> *Binding*: Normen, ტ. III, 1965, გვ. 139; Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919, გვ. 132; კრიტიკულად განზრახვისა და ბრალის თეორიებს შორის დისკუსიის საგნისადმი *Arth. Kaufmann*, Schuld und Strafe, გვ. 144.

ვიტყვი უმართლობის ვირტუალური შეგნების სისტემატიკური ადგილის განსაზღვრაზე<sup>1</sup>. მაგრამ სწორედ პირველ ასპექტთან მიმართებაშიც საბოლოო ჯამში ფინალიზმის არგუმენტაცია - გასაგები მიზეზების გამო - არ და ვერ სცილდება პრობლემატიკის ზედაპირს, თუმც ეს ვერც დილემას აყენებს დღის წესრიგში: ფინალიზმის ბუნებრივი განზრახვა ან განზრახვის თეორია, რამეთუ, ერთის მხრივ, ფინალიზმის პერსონალური უმართლობა ძნელად თუ უარიყოფოდა, ხოლო, მეორეს მხრივ, განზრახვის თეორიის უარყოფის შემთხვევაში,<sup>2</sup> ტექნიკურ სირთულეებზე რომ არაფერი ვთქვათ, განზრახვის სისხლისსამართლებრივი ცნების უარყოფასთან გვექნებოდა საქმე (რომელიც, მართალია, ისედაც უარყოფილი იყო (!), მაგრამ მისი ინტეგრალურობის უარყოფა - თეორიულად დაუმტკიცარი). კომპრომისული გამოსავალი, რომელზედაც დოგმატიკა დღემდე შეჯერებულია, *გალასის*<sup>3</sup> თვალთახედვას უკავშირდება, კერძოდ, ბრალის სფეროში ბრუნდება *dolus malus*-ი, რომელიც უმართლობის შეგნებას მოიცავს, ხოლო უმართლობის სფეროში ფინალიზმის ბუნებრივი განზრახვა ხელუხლებელი რჩება. უნდა გამოიყოს, რომ ამ „ნეოკლასიკური“ ფინალიზმის ფარგლებში განვითარებულმა *გალასისეულმა განზრახვის ორმაგმა ფუნქციამ* სისტემის მდგრადობის შენარჩუნება შესძლო.

<sup>1</sup> შდრ. *Jakobs*, Strafrecht AT, 17/10 მმ; *Roxin*, Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik, in: FS Ernst-Joachim Lampe, Berlin, 2003, გვ. 425.

<sup>2</sup> ამავე დროს, არა სპეკულაციური აქცენტების გარეშე, ზოგან მიჩნეულია, რომ განზრახვის თეორია, თავის მხრივ, ბრალის პრინციპთან შეუთავსებელ *error iuris nocet* პრინციპზე დაყრდნობით წარმოიქმნა (იხ., მაგ., *Jakobs*, Schuldprinzip, გვ. 15 მმ) და დღეს ის, როგორც ასეთი, საკმაო ხანია „დაძლეულია“ როგორც გაბატონებულ (გერმანულ) მოძღვრებაში, ისე მართლმსაჯულებაში. თუმც დღესავით ნათელი აქ არაფერია. შედარებისთვის: აცილებადი იურიდიული შეცდომის დროს განზრახვის თეორია სისხლისსამართლებრივად მნიშვნელოვან ქცევას გაუფრთხილებლობად გარდაქმნის, მსგავსად ფაქტობრივი შეცდომის სისხლისსამართლებრივი შედეგისა, ხოლო ბრალის თეორია (იმავე იურიდიული შეცდომის პირობებში) განზრახვის მოცემულობიდან ამოდის, ე. ი. უმართლობის შეგნების არმქონე სუბიექტი განზრახი დანაშაულის სუბიექტად გვევლინება! რასაკვირველია, უკანასკნელ შემთხვევაში განზრახვის ფინალური ანუ უკიდურესად ფსიქოლოგიზებული მოდელი იგულისხმება, მაგრამ საიდან ასეთი პრინციპულობა სისხლის სამართალში არასისხლისსამართლებრივი ცნების სასარგებლოდ? უფრო მეტიც: ეს ყოველივე *error iuris nocet*-ის ანუ საპირისპირო უკიდურესობის გულმოდგინე უარყოფის ფონზე. მაშასადამე, განა მხოლოდ საბჭოთა იდეოლოგია თავნებობდა სისხლის სამართალში, ბურჟუაზიული იდეოლოგიაც განაგრძობს მიკერძოებას. მიუხედავად იმისა, რომ განზრახვის ორმაგი ფუნქციის დამკვიდრებიდან განზრახვისა და უმართლობის შეგნების ურთიერთგანცალკევების ტექნიკური აუცილებლობა გაქარწყლდა, ისინი კვლავაც ურთიერთგანცალკევებული რჩება და ამის ძირითად წყაროდ სწორედ სისხლის სამართლის პოლიტიკა სახელდება (იხ. *Lackner/Kühl*, StGB, § 15/33). აქ საუბარია მეთოდოლოგიაზე, თორემ ამას წერს ავტორი, რომელსაც (1998) სისხლის სამართალში შექმნილი აქვს *ნორმის ცოდნის მოვალეობის ცნება* (*Kutalia*, Handlungslehre, 2011, გვ. 117 მ) და ნორმის უცოდინრობას პასუხისმგებლობის დამამძიმებელ გარემოებად აცხადებს (*ლ-გ კულტალია*, ბრალი სისხლის სამართალში, გვ. 255 მმ, 840 და passim).

<sup>3</sup> იხ. *Jescheck*, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik, in: *ders.*, Beiträge zum Strafrecht, გვ. 14 მ.

ვ. თანდათან დანაშაულის სამნიშნა ცნებასთან სხვადასხვა სახით იწყებს მისადაგებას დანაშაულის *ჰეგელიანური* ცნება (*იაკობსი*,<sup>1</sup> *ლეში*,<sup>2</sup> *კუტალია*<sup>3</sup>) ანუ დანაშაულის მოდელი, სწორედ რომლის უარყოფის ნიადაგზეც ეს პირველი კონსტრუქცია თავის დროზე ჩამოყალიბდა. ამჯერად მეტად თუ ნაკლებად აბსტრაქტულ ქმედებას - დანაშაულის შემადგენლობამდე მდებარე თუ ამ შემადგენლობამდე განვრცობილ ცნებას ქმედების სისხლისსამართლებრივი შინაარსით მაქსიმალურად დატვირთული ცნება უპირისპირდება, რომელიც პირველ ორ *ავტორთან* ბრალამდეა გაწვდენილი, ხოლო ჩემთან თვით სასჯელის სიბრტყემდე. მოკლედ, სისხლისსამართლებრივი ქმედება არის *დანაშაული*, როგორც არ უნდა გაიგებოდეს ეს უკანასკნელი ცნება. ყურადღების ფოკუსირება ხდება *ძირითად კვალზე*. სისხლის სამართალი, როგორც ცნობილია, ორკვალიანი სისტემაა: უმართლობას მოსდევს წმინდა პრევენცია, ბრალს - სასჯელი. რა თქმა უნდა, მართლზომიერი ქცევაც ქმედებაა და სისხლის სამართალში ჩვეულებრივ ამ სახის ქმედებებსაც აქვს ადგილი. მაგალითად, მე არასოდეს მომსვლია აზრად უარმეყო აუცილებელი მოგერიება როგორც ქმედება. უფრო მეტიც, *აუცილებელი მოგერიებით ისევე ხორციელდება სისხლის სამართალი, როგორც სასჯელის აღსრულებით*. ამიტომ ქმედების ეს სახე არც არავითარ თეორულ დათმობებს მოითხოვს: აუცილებელი მომგერიებელი სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტია და მოქმედებს როგორც სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტი, ახორციელებს რა სისხლის სამართლის კანონით მინიჭებულ უფლებას<sup>4</sup>. სხვა მხრივ, ვერც შეურაცხადის მიერ განხორციელებულ უმართლობას ჩამოვართმევდი ქმედების თვისებას. ძირითადი კვალის თვალსაწიერედან ორივე ქცევა არასრულყოფილი ქმედებაა, მაგრამ სისხლის სამართალში არც მხოლოდ ექსკლუზიური ორიენტირი არსებობს და არც მხოლოდ ის ორი კვალი. ჩვენს წინაშე ზოგადად *სამი ტიპის ქმედებაა: მართლზომიერი, პრევენციაზე ორიენტირებული და სასჯელზე ორიენტირებული*. თუ (შეურაცხადი) სუბიექტი სისხლისსამართლებრივად ვერ აგირებს (ვერ მოქმედებს), სისხლის სამართალი ლოგიკურად ვერ რეაგირებს (ვერ ზემოქმედებს [მასზე]), რაც სინამდვილეს არ შეესაბამება. და ამით ჩვენ, ჩვენდა უნებურად, კონცეპტუალურ გარდატეხას ვუახლოვდებით. შეურაცხადი რომ *სისხლისსამართლებრივად ქმედუუნარო* იყოს, მის მიმართ მისივე უმართლობის გამო სისხლის სამართალი პრევენციულ

<sup>1</sup> G. Jakobs: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Auflage, Berlin, New York, 1991; Der strafrechtliche Handlungsbegriff, München, 1992.

<sup>2</sup> H. H. Lesch, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999.

<sup>3</sup> L.-G. Kutalia, Handlungslehre. Strafrechtliche Konzeption, Göttingen, 2011.

<sup>4</sup> განსახილველი მომენტი პირდაპირ აღიარებას ჰპოვებს - უფრო მასშტაბური გაგებითაც - ქმედების ფუნქციონალურ მოძღვრებაში Kutalia, Handlungslehre, გვ. 178 მ.

ღონისძიებებს ვერ გამოიყენებდა. ეს უმართლობაც *სისხლისსამართლებრივი* ქმედებაა და ეს პრევენციული ღონისძიებებიც *სისხლისსამართლებრივი*, სისხლის სამართლის მიერ გამოყენებული რეაქციაა. აქედან გამომდინარე, ჩვენს წინაშეა დილემა: ფუძისეულად გადავხედოთ სისხლის სამართლის სუბიექტის ცნებას ანუ უარვყოთ ის დღეს არსებული სახით ანაც შევქმნათ და ვალიაროთ შეურაცხადის *შეზღუდული სისხლისსამართლებრივი ქმედუნარიანობის ცნება* და ვცნოთ ის *სისხლის სამართლის სუბიექტად შეზღუდული გაგებით*. მე უკანასკნელი შესაძლებლობისკენ ვიხრები, რადგან სისხლისსამართლებრივი რეალობა გვკარნახობს: შეურაცხადიც სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტია და არის სუბიექტი შეზღუდული გაგებით, რომელსაც არ ეკისრება მოვალეობები, მაგრამ რომელიც აღჭურვილია უფლებებით, მათ შორის მის მიმართ გამოყენებადი პრევენციის ფარგლებში.

**ზ.** დანაშაულის *ჰეგელიანური* ცნების აღიარებისთანავე *ლემში* დანაშაულის სისტემაში ერთობ რეზონანსულ ტერმინოლოგიურ და სტრუქტურულ ცვლილებებს ახორციელებს. აქ მხოლოდ ქმედებისა და დანაშაულის იდენტურობას როდი ეხება საქმე. *მასთან* არა მხოლოდ არაბრალეული უმართლობა არ ქმნის ქმედებას, არამედ არც თვით არაბრალეული უმართლობაა უმართლობა,<sup>1</sup> რომელიც, თავის მხრივ, ბრალის წინამძღვარს კი არ წარმოადგენს, არამედ იგივე ბრალია, რის შედეგადაც *ლემთან* ქმედება, უმართლობა, ბრალი და დანაშაული სინონიმებია<sup>2</sup>. ამავე დროს, ის სტრუქტურულადაც უფრო შორს მიიწევს, ვიდრე ერთი შეხედვით შეიძლება წარმოვიდგინოთ, კერძოდ კი, შერაცხადობას აქცევს დანაშაულის სისტემის სათავეში როგორც „ობიექტური შერაცხვის პირველ მომენტს“<sup>3</sup>. თუმცა დანაშაულის *ცნებისთვის* (ისევე როგორც მასთან გათანაბრებული „სისხლისსამართლებრივი უმართლობისთვის“<sup>4</sup>) ეს მნიშვნელოვნად არაფერს ცვლის და ამ გაგებით, მე თეორიულად აქტუალურ ჭრილში *ლემის* მომსყიდველი მცდელობის მისაღებად ვერავითარ ბარიერს ვერ ვხედავ. მაგრამ არც საპირისპირო თვალსაზრისია წინააღმდეგობებით აღსავსე, კერძოდ, იმგვარად, რომ ამით თვალი აგვერიდებინა „სუბიექტის პიროვნებისათვის“ ანუ „სუბიექტურობის ხარისხისათვის“<sup>5</sup>. რამეთუ შერაცხად და შეურაცხად სუბიექტთა შორის პრინციპული განსხვავება ხომ მხოლოდ ნორმატი-

<sup>1</sup> შდრ. *Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro*, ADPCP, ტ. LIX, 2006, გვ. 173, რომელიც არაბრალეული უმართლობის გამორიცხვის იდეას, მართალია, არ ემხრობა, მაგრამ ეხება პრობლემას პარალელურ ჭრილში.

<sup>2</sup> *Lesch*, Verbrechenbegriff, passim.

<sup>3</sup> *Ibid.*, გვ. 221 მმ.

<sup>4</sup> იხ. აგრეთვე „სისხლისსამართლებრივი უმართლობის“ „ცირკულარული სტრუქტურისადმი“ *ibid.*, გვ. 220 მ.

<sup>5</sup> *Ibid.*, გვ. 210 მ, 221 მმ და passim.



ული მოლოდინების სიბრტყეს ეხება,<sup>1</sup> ხოლო ინსტიტუციონალიზებული შესაძლებლობების სიბრტყეზე ერთადერთ განსხვავებას, ვთქვათ, მეურვეობის გაგებით<sup>2</sup> მხოლოდ *ფორმალური* შეზღუდვები ქმნის. ამასთანავე, უწინარეს ყოვლისა, საქმე შეიძლება შეეხებოდეს უფრო ნაკლებსაც, ვიდრე ეს *ბაუმანის* გადაჭრითი რეკურსია სისხლის სამართალში სანქციების სისტემის ზემოხსენებულ ორკვალთანობაზე (სასჯელი/პრევენცია), რომელსაც *ლეში*, თავის მხრივ, „ჭეშმარიტად სისხლისსამართლებრივ“ კვალად და „ჭეშმარიტად პოლიციურსამართლებრივ“ კვალად ჰყოფს<sup>3</sup>. ამას მე, მართალია, (კვლავაც) ვეთანხმები<sup>4</sup>, მაგრამ შედეგებთან მიმართებაში მსურს აღვნიშნო, რომ დღეს სისხლის სამართალი სამოქალაქო სამართლის ნორჩი ყლორტი როდია, როგორც ადრეულ რომაულ სამართალში, არამედ განვითარებული სისტემა და გულახდილად რომ ვაღიაროთ, ეს მეცნიერება ამდენ ფილოსოფიას ვერ უძლებს. დაბოლოს, აღსანიშნავია, რომ შეურაცხადობის ამგვარი ტრანსლოცირების წინააღმდეგ მთავარი არგუმენტი *შიუნემანს* მოაქვს, რომლის თანახმადაც შეურაცხადობა როგორც „ამოსავალი სისტემატიკური ცნება“ „ქმედებით დაფუძნებული სისხლის სამართლის სისტემაში“ ვერ ჰპოვებს განვითარებას, ანუ „სუბსტრატული ადეკვატურობის პრინციპის“ ჭრილში<sup>5</sup>.

თ. დაბოლოს, გამოვყოფდით *იეშეკ/ვაიგენდის* (სახელმძღვანელო)<sup>6</sup> ინიციატივას დანაშაულის *ლისტიკული* ცნება იწოდებოდეს არა სამ-, არამედ ოთხნიშნა ცნებად, რა დროსაც არავითარ სტრუქტურულ ცვლილებასთან არ გვაქვს საქმე, არამედ, უბრალოდ, ქმედება გამოიყოფა როგორც დანაშაულის ცნების მეოთხე ანუ პირველი ნიშანი. დიახ, განსახილველ სქემაში ქმედებაც საფეხურია. მაგრამ აქ ამოსავალ წერტილად კვლავაც მხოლოდ პროცესუალური ასპექტი ფიგურირებს, არსებითად კი ამით, ერთის მხრივ, ატრიბუირების სქემის არსზე მიიტანება იერიში და, მეორეს მხრივ, ქმედების ისედაც დაკნინებული თეორიული მნიშვნელობა მით უფრო კნინდება<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> სხვაგვარად *P. González-Rivero*, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektszuständen*, გვ. 130, რომელიც „ნორმატიული მოლოდინის გაწვილებიდან“ როგორც „უმართლობის საგნიდან“ (უმართლობისა და ბრალის ტრადიციული დიფერენცირების ფარგლებში) ამოდის.

<sup>2</sup> იხ. *Jakobs*, *Schuldprinzip*, გვ. 30 მ.

<sup>3</sup> *Lesch*, *Verbrechensbegriff*, გვ. 225 მმ.

<sup>4</sup> იხ. *Kutalia*, *Handlungslehre*, გვ. 133.

<sup>5</sup> *Schünemann*, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, გვ. 30.

<sup>6</sup> *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch Allgemeiner Teil*, 2017, გვ. 198.

<sup>7</sup> ამავე ჩამონათვალის კონტექსტში იხ. აგრეთვე თანამდევნი სტრუქტურული სპეციფიკა უკიდურესი აუცილებლობის ორმაგი სისტემატიკური მდებარეობის სახით (გამართლება/მიტევება) ამ *ავტორისთვის* ჩვეული უადრესად დამაფიქრებელი არგუმენტების სპექტრით *მერაბ ტურავა*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, 8-ე გამოცემა, თბ., 2010, გვ. 243 მმ.

## III

## პოლიცენტრიზმი

## 1. ავტოცენტრირებული „ქმედება“

ჰეგელიანელებისა და ბინდინგის „ერთიანი ქმედების“ ველცელსეული კრიტიკის თვალსაწიერიდან „ერთიანი ქმედების მოძღვრების ნაკლი არც იმდენად სავალალო იქნებოდა, ის ნაწილები, რომლებადაც ქმედება განიყო, ერთად აღებული ნამდვილ ქმედებას რომ წარმოადგენდეს. მაგრამ სწორედ აქ მდებარეობს მთავარი შეცდომა: ნაწილები, რომლებადაც ქმედება დანაწევრდა, არ არის მართებული, დანაწევრების სახეა მცდარი, - მაგრამ სიმცდარე ის არ არის, საერთოდ რომ იქნა 'დანაწევრებული'. რამეთუ სუბსტანციური მომენტების იდეური დაყოფის გარეშე, - დავარქმევთ მათ 'მხარეებს', 'მომენტებს' თუ 'ელემენტებს', ტერმინოლოგია აქ არაფერს წყვეტს, - ამ იდეური დაყოფის გარეშე შემეცნების საგანი დისკურსიული ადამიანური შემეცნებისთვის, საერთოდ, შეუძლებელია“<sup>1</sup>. თუმცა თუ ქმედების ცნება ზოგადად დანაშაულის მთელს სისტემაზე ვრცელდება, მაშინ ქმედება ისედაც მხოლოდ იმდენად შეიძლება იყოს „ერთიანი“, რამდენადაც დანაშაულის ცნება, მაგრამ არა როგორც დანაშაულის „შემდგომი“ ნიშნებისთვის აბსტრაქტული მისადაგების ობიექტი, როგორც ამას ჰეგელიანური სკოლის ქმედების ცნების ნატურალისტური კონცეფციებით ჩანაცვლებიდან დღემდე კვლავაც უპირატესად ვხვდებით. თავის მხრივ, „ქმედების“ სწორედ ეს უკანასკნელი „ერთიანობა“ არ გამოირჩევა არავითარ შემთხვევაში თეორიული ნაყოფიერებით, არამედ მომართულია დანაშაულის სისტემის ისეთ სტრუქტურირებაზე, რომელიც მხოლოდ ქმედების დანაშაულად ფორმალური კვალიფიცირების ფარგლებშია გამოყენებადი.

დანაშაულის სისტემაში, რომელიც სისტემურსპეციფიკურად პროოფილირებულ მზერას გვთავაზობს ქმედების ცნების მატერიალურობაზე, შესაძლებელია, ამის საპირისპიროდ, მხოლოდ ქმედების უმართლობისა და ბრალის თვალსაზრისით რელევანტური კომპონენტებიდან ამოვდიოდეთ<sup>2</sup>: *სისხლისსამართლებრივი ქმედება დანაშაულის ცნების თვალსაზრისით აქტუალურ „მოლიანობაში“ არც დანაშაულის შემადგენლობის შესაბამისია ან მართლსაწინააღმდეგო და არც ბრალეული. ყოველ საპირისპირო შემთხვევაში საქმე გვაქვს, სულ მცირე, პლეონაზმებთან. მიუ-*

<sup>1</sup> Welzel, Studien zum System des Strafrechts, გვ. 120.

<sup>2</sup> რა დროსაც, სხვათა შორის, დოგმატურად ჯერ კიდევ რა დროიდან ჩვეული დიფერენცირება უმართლობისა და ბრალის თვალსაზრისით რელევანტურ ინტელექტუალურ-ნებელობით ელემენტებს შორის (იხ. Lackner/Kühl, StGB, 15/34), კომპლემენტირებული შიშველი „გარეგანი“ მახასიათებლებით უმართლობის სიბრტყეზე, ჭეშმარიტად თეორიულად არაფრის მეტყველია.

ხედავად იმისა, რომ არ არსებობს ბრალი ქმედების უმართლობის თვალსაზრისით მნიშვნელოვანი მომენტების გარეშე, ის ვერასოდეს გადმოგვცემს ქმედების ცნების სრულყოფილ სპეციფიკას, რაც განსახილველ ჭრილში აქტუალური გაგებით თანაბრად ეხება უმართლობის სისტემატიკური ქსოვილის მიმართებას ცნების მომდევნო ფრაგმენტებთან, კერძოდ კი, ორთავე ასპექტში, რამეთუ ცალკე აღებული უმართლობა მხოლოდ *in abstracto* აღიქმება როგორც დანაშაულის სისტემის შემადგენელი ნაწილი. სადაც „მთლიან“ სისხლისსამართლებრივად მნიშვნელოვან ქცევას, როგორც ქმედებას, ძალუმს იყოს ბრალეული, უწინარეს ყოვლისა, ადგილი აქვს ბრალის მატერიალურად განმსაზღვრელი სიბრტყის, უბრალოდ, ნეგატივირებას, რადგან ქმედება სისხლის სამართალში ქცევის „სეგმენტური“ მოდელებით ვერ შემოიფარგლება; მაგრამ სტრუქტურულად ავტოცენტრირებული ქცევა იმავე მიზეზით ვერც უმართლობის შესაბამისი იქნება, რა დროსაც ის ამ სიბრტყეზე, როგორც ასეთიც, ისედაც განუშლელი რჩება<sup>1</sup>.

ამრიგად, ბრალეულად ან უმართლობის შესაბამისად, მკაცრი გაგებით, შეიძლება აღვიქვათ სისხლისსამართლებრივი ქმედების სწორედ მხოლოდ *სათანადო კომპონენტები*, ძნელად კი, ამის საპირისპიროდ, თვით სისხლისსამართლებრივი ქმედება. თვალთახედვას, რომლის მიხედვითაც სისტემატიკურად მნიშვნელოვანი ქცევის სტრუქტურული იდენტურობა არ კორესპონდირებს მის მეტასუბსიდიარულ ქმედების ცნებიდან გამომდინარე სახესთან, როგორც ვიხილავთ, ბრალსა და დანაშაულს შორის ფუნქციონალურ კონკურენციამდე მივყავართ.

## 2. ვერტიკალურობის პრინციპი

დანაშაულის ტრადიციული სამნიშნა სისტემის დამფუძნებლის *ლისტის* მიხედვით, „დანაშაული გვისახავს ამოცანას, კონკრეტული დანაშაულის შემადგენლობის მიმართ კონკრეტული სამართლებრივი ნორმა გამოვიყენოთ“<sup>2</sup> და შემდგომ: „ეს ამოცანა ბუნებრივად იყოფა სამ ნაწილად. თავდაპირველად დანაშაულის შემადგენლობა უნდა დავადგინოთ (...) შემდგომ უნდა მოვიძიოთ გამოსაყენებელი სამართლებრივი ნორმა და განვმარტოთ (...) დაბოლოს, მესამე ნაწილი ტექნიკურ-იურიდიული ამოცანისა მდგომარეობს სამართლებრივი ნორმის გამოყენებაში დანაშაულის შემადგენლობის მიმართ, დანაშაულის შემადგენლობის სუბსუმირებაში კანონისადმი, დასკვნაში (...): ‘ბრალდებულს მიუძღვის ბრალი’ (...)<sup>3</sup>. მაგრამ ძნელია არ

<sup>1</sup> შდრ. *Jakobs*: Strafrecht AT, 6/2; Handlungsbegriff, გვ. 34.

<sup>2</sup> *Liszt*, Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung, a. a. O., გვ. 231.

<sup>3</sup> *Ibid.*; *ოგ.*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl., გვ. 119 მ.

შევამჩნიოთ, რომ ამგვარად დანაშაულის ცნება, საერთოდ, მხოლოდ წმინდა ფორმალურ ცნებად შეიძლება განიხილებოდეს: თუ, ერთის მხრივ, დანაშაული გვისახავს ამოცანას, „კონკრეტული დანაშაულის შემადგენლობის მიმართ კონკრეტული სამართლებრივი ნორმა გამოვიყენოთ“, ხოლო, მეორეს მხრივ, „სამართლებრივი ნორმის გამოყენება დანაშაულის შემადგენლობის მიმართ“ ბრალის სფეროს ნიშნია<sup>1</sup>, მაშინ დანაშაულის ცნება ფუნქციონალურად კოლიდირებს ბრალის ცნებასთან და ამით კარგავს ყოველგვარ თვისებრივად სპეციფიცირებად ღირებულებას. თავის მხრივ, ეს სულაც არ გახლავთ მეთოდოლოგიური გადაცდომა ამ კონკრეტულ შემთხვევაში, არამედ ყოველი ნატურალისტურად ან იმავე ზომით კვაზისოციალურად აბსტრაქტიფიცირებულ „ქმედებაზე“<sup>2</sup> დაფუძნებული დელიქტის ყოველი ცნების<sup>3</sup> ინტეგრალური მახასიათებელი, რაც იმის მომასწავებელია, რომ „ქმედებით“, როგორც დანაშაულის სისტემის სტრუქტურული ელემენტით, მისი გრადატიმული განხილვა უკვე ამოსავალ წერტილშია კოდირებული. - დანაშაულის შემადგენლობის შესაბამისობას, მართლწინააღმდეგობას და ბრალს როგორც დანაშაულის სისტემის „საფეხურებს“<sup>4</sup>, ანუ როგორც „ვერტიკალურად“ განლაგებულ დანაშაულის ნიშნებს<sup>5</sup> მივყავართ იქამდე, რომ „დანაშაულის საფეხური“ ბრალი მართლაც ავლენს თვით დანაშაულის ცნებასთან ფუნქციონალურ კონკურენციას: რადგან ბრალი თავის წინაპირობად უმართლობას მოიცავს, მოცემული სქემით, რომელიც დანაშაულის თანამედროვე მოძღვრებასაც ედება საფუძვლად, ყოველი ბრალეული „ქმედება“ დანაშაულია<sup>6</sup>, ე. ი. დანაშაული უკვე კარგავს სასჯელის

<sup>1</sup> ცნობისთვის: Tat მატერიალურსამართლებრივი ქმედების პროცესუალური სინონიმია (გამოწვლილვით *Arndt Sinn, Walter Gropp, Ferenc Nagy (Hg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*, in: ZEIS, 2011, ტ. 1, გვ. 100 მმ), მაგრამ მე, ჩვეულებრივ, ვიყენებ ტერმინს დანაშაულის შემადგენლობა, ნაცვლად ქმედების შემადგენლობისა, განსხვავებით დღეს უკვე არაერთი სხვა ავტორისა (შდრ. *წერეთელი*, თანამედროვე ბურჟუაზიელ კრიმინალისტთა მოძღვრება ბრალზე, გვ. 12). ვფიქრობ, არსებითად მცდარად - გაუვალი სისტემატიკური წინააღმდეგობრიობის ფონზე - ვერც ერთი ინტერპრეტაცია ვერ მიიჩნევა, მაგრამ ეს უკანასკნელი ატრიბუირების პრინციპს ხელყოფს. ეს რაც შეეხება ქმედების „ზოგად“ ცნებებზე აგებულ დანაშაულის სისტემებს. ხოლო *ჰეგელიანური* სისტემით, დანაშაულისა და ქმედების შემადგენლობის ცნებებს შორის განსხვავება არ არსებობს.

<sup>2</sup> მაგრამ იხ., მაგალითად, *Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, გვ. 154.

<sup>3</sup> შდრ. *Kahlo*, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, გვ. 18 მმ.

<sup>4</sup> ეს „სამსაფეხურიანობა“, მართალია, უმართლობის სიბრტყესთან მიმართებაში თვით სისტემატიკურად, სულ მცირე, პირობითია (იხ. *Jakobs*, Strafrecht AT, 6/59).

<sup>5</sup> *Beling*: Die Lehre vom Verbrechen, გვ. 76 მმდა passim; Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, a. a. O., გვ. 2 მ; Grundzüge des Strafrechts, 4. Aufl., გვ. 24 მმ; Die Lehre vom Tatbestand, გვ. 11 და passim; *Radbruch*, Handlungsbegriff, გვ. 71.

<sup>6</sup> იხ. *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, გვ. 222.

დამაფუძნებელ ფუნქციას, რომელიც შეიძლება თვისებრივად განგვესხვავებინა ბრალის იმავე ფუნქციისაგან<sup>1</sup>.

ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, დანაშაულის და ბრალის ცნებები განეკუთვნება იდენტურ „ფუნქციონალურ“ სიბრტყეს, რაც, თავის მხრივ, განსახილველი ნიშნების დანაშაულის ცნებასთან თეორიულად გამართულ ურთიერთობას მკაფიოდ გამორიცხავს<sup>2</sup>: დანაშაული, როგორც ყველა ფუნქციონალურად მნიშვნელოვანი მომენტის სისტემა, აქ ფიგურირებს მხოლოდ როგორც *წმინდა დიდაქტიკური კონსტრუქტი*. მაგრამ რის გადაფასებაც, უწინარეს ყოვლისა, არის სასურველი, ეს სისტემატიკურად რელევანტური ქცევის უკვე საწყისში წინააღმდეგობრივი კვაზისტაბილური სტრუქტურაა. დანაშაულის და ბრალის ცნებათა ფუნქციონალური დიფერენცირება, სხვა სიტყვებით, ფერხდება უკვე იმის გამო, რომ დანაშაულის ნიშნები ქმედების არც ერთ ცნებაში მის ტოპოგენურ კომპონენტებთან არ კორელირებს, არამედ, წმინდა გარეგნულად, აგებულებით-ტექნიკურად ორიენტირებულ აბსტრაქტულ „ქმედებაზე“ აიგება. ვერტიკალურობის პრინციპს, რომელიც იქ ძირითად ტენდენციად არის პოსტულირებული<sup>3</sup>, დანაშაულის კვალიფიკაციის სფეროში ძნელად თუ მოვისაკლისებთ. მაგრამ „ტექნიკურ-იურიდიული“ უნარიანობის ტესტი და თეორიულობის პრიზმა არ არის იდენტური მნიშვნელები. თუ, ამის საწინააღმდეგოდ, საქმე ეხება უმართლობასა და ბრალს ქმედების ცნების ფარგლებში, იკვეთება, სხვათა შორის, დანაშაულსა და ბრალს შორის ფუნქციონალური ურ-

<sup>1</sup> თუ *ბელინგი* ბრალის მართლწინააღმდეგობისაგან დამოუკიდებელი დადგენადობის შეუძლებლობას - თუმცა ჯერ კიდევ არამც და არამც არა ჭეშმარიტად ფუნქციონალურად აღქმულ დანაშაულის სისტემაში (იხ. *Lesch*, Verbrechensbegriff, გვ. 182; შდრ. *Lampe*, Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems, in: FS Roxin, გვ. 45 მმ) - იმით ასაბუთებს, რომ წინააღმდეგ შემთხვევაში „ბრალის ცნების წამოყენება საკმარისი“ და „მასში ყოველივე მართლწინააღმდეგობის თვალსაზრისით გასათვალისწინებელი მოცული იქნებოდა“, (*Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, S. 141), თუმცა ის ამით ამხელს კიდევ განსახილველ დისონანსურობას, მაგრამ საკითხს არსებითად სხვაგვარად წყვეტს, რა დროსაც, ნაცვლად ქმედების ცნების სისხლისსამართლებრივად მნიშვნელოვანი სპეციფიციტებისა, ვერტიკალურობის პრინციპის „ფორმალიზების“ სასარგებლოდ აკეთებს არჩევანს (*ibid.*, გვ. 25, 41, 78 und passim; იგ.: Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., გვ. 140 მ; Unschuld, გვ. 86). მაგრამ რა რის შემდგომ უნდა იყოს დადგენადი, სწორედ მხოლოდ დიდაქტიკური საკითხია და ეს დანაშაულის სისტემის თეორიას განაპირა კუთხეშიც კი არ ეხება.

<sup>2</sup> ამასთანავე, დანაშაულის სისტემის ჭეშმარიტად თეორიული სტრუქტურირებისთვის უმნიშვნელოა, იცვლება თუ არა სასჯელის შეფარდებასთან მიმართებაში დანაშაულის ნიშნების ასეთი ფუნქციონალური კონსტელაცია (*Lackner*, StGB, § 46/23), რამეთუ დანაშაულის სისტემატიკური ფუნქცია სასჯელის სახისა და ზომის განსაზღვრით ვერ შემოიფარგლება (უფრო ღრმად საკითხისადმი მთლიანობაში *Frisch*, Unrecht und Schuld, a. a. O., გვ. 238).

<sup>3</sup> რომ დავაზუსტოთ, „ქმედების აგებულებით-ტექნიკური ცნებით“ როგორც „დელიქტის დიდაქტიკურად სასარგებლო საწყისი საფეხურით“: *Jakobs*, Handlungsbegriff, გვ. 13, სადაც ის თუმცა (კრიტიკული) განხილვის არაორაზროვანი საგანია, მაგრამ განსახილველი ცნებით ინიციირებული თვით იერარქიული *modus procedendi*, მხოლოდ როგორც დიდაქტიკურად განმსაზღვრელი ფორმულა, შეუცნობელი რჩება.

თიერთობის კონკრეტიზების შესაძლებლობა, სახელდობრ, ცნებისა და ცნების კონსტიტუციური ნიშნის მეტადიდაქტიკური დიფერენცირების შედეგად, რა დროსაც სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა შეიძლება დაეფუძნოს მხოლოდ ქმედებას მთლიანობაში.

### 3. ჰეტერარქიულის სიბრტყე

ის, რომ სისტემატიკურად ვერც უმართლობის შესაბამისი და ვერც ბრალეული „ქმედება“ იარსებებს, არამედ მხოლოდ ქმედების უმართლობის შესაბამისი და ბრალეული შემადგენელი ნაწილები, გვიძხვლს, მაშასადამე, ქმედების სისხლისსამართლებრივი ცნების სპეციფიკურ ამოცანას, რომელიც *დანაშაულს* თავის კომპლექსურობაში აყალიბებს როგორც პასუხისმგებლობის *გენერიულ* საფუძველს სისხლის სამართალში. ვერტიკალურად განლაგებული დანაშაულის ნიშნების თვალსაწიერი აგებულებით-ტექნიკური ფუნქციონალიზმის თვალსაწიერია და დანაშაულის ცნების ფუნქციაზე ინსტიტუციონალურად კომპეტენტური ინტერაქციის ფარგლებში, უფრო სწორედ, სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ზოგადი განგრძობადობის პერსპექტივიდან ის, მიუხედავად ყოველგვარი მეცადინეობისა, არაფრის მეტყველია. რაც, ამის საპირისპიროდ, ჭეშმარიტად ფუნქციონალური კონცეფციიდან გამომდინარეობს, არის მხოლოდ და მხოლოდ *დანაშაულის ჰეტერარქიული ანუ პოლიცენტრიული სისტემა*, რომელიც იქ ისხამს მხოლოდ ხორცს, სადაც საქმე გვაქვს ქმედების ცნების ინტერაქციონისტულ - *რადგან* სახეზე ინსტიტუციონალურად კომპეტენტური ინტერაქციაა (= სამართლებრივი ურთიერთობა): ინტერპერსონალურ - განსაზღვრასთან. დანაშაულის ასეთი სისტემა, მაგალითად, ქმედების როგორც სტრუქტურული ელემენტის პირობებში იმთავითვე დაუმტკიცარი იქნებოდა, ვთქვათ, მაშინაც, უმართლობაზე ბრალის ყოველგვარი დამოკიდებულება რომ უარგვეყო, ვინაიდან ის თავის აბსტრაქტულობაში სისტემის სპეციფიკურ მახასიათებლად მუტირებს, რომლის აგებულებით-ტექნიკურ ფუნქციებს ძალუძს სისტემის ფარგლებში, მის მთლიანობაში, პარიტეტული ურთიერთობების ყოველგვარი შესაძლებლობის მხოლოდ გამორიცხვა<sup>1</sup>.

მაშასადამე, საქმე ეხება, უწინარეს ყოვლისა, იმას, რომ მიმართულების განმსაზღვრელია დანაშაულის არა ელემენტები, არამედ ცნება და გარკვეული გარდამავალი გადაწყვეტები იმავე დიფერენცირების ჭრილში შეიძლებოდა მიგველო უკვე

<sup>1</sup> იხ. *Maihofer*, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, გვ. 7 მმ; შდრ. *C. Roxin*, Strafrecht AT I, 8/50 მ, 53 მმ, 66.

აკობსის ქმედების ნორმატიული მოძღვრებიდან<sup>1</sup>, თუმც იქ ისინი არ მოიპოვება. არაბრალეული უმართლობის შემთხვევაში, ამისდა კვალად, არ არის მოცემული არა მხოლოდ ქმედება, არამედ უკვე ამის გამო ნებისმიერ შემთხვევაში - ანუ როგორც ინტერაქციონისტულად, ისე ცალმხრივად-„კომუნიკაციურად“<sup>2</sup> - არ მოიცემა თვით უმართლობის სრულყოფილი სახე, რამეთუ ის ქმედების მიღმა ანუ დანაშაულის ცნების მიღმა ფიგურირებს, რომელზედაც დიდაქტიკიდან თეორიაზე პოსტულირებული გადასვლის ჭრილში ძირითადი მახვილის გადატანის მცდელობას აქვს ადგილი. *აკობსის* თეზისს უმართლობასთან მიმართებაში, თითქოს საქმე ეხებოდეს უბრალო „დროებითობას“<sup>3</sup> როგორც მისი გამოვლინების ერთადერთ შესაძლო სახეს, საფუძვლად სწორედ ვერტიკალურობის პრინციპი უდევს და ამრიგად, წარმოადგენს აგებულებით-ტექნიკური ფუნქციონალიზმის გადმონაშთს სისხლის-სამართლებრივად რელევანტური ქცევის თეორიის ფარგლებში. ვითარდება თუ არა უმართლობის მნიშვნელობა, როგორც არაბრალეული უმართლობისა, დანაშაულის მთლიანი სისტემის მომცველი ქმედების ცნების მიღმა ან თუნდაც ბრალთან კავშირში „ქმედების“ როგორც „დამხმარე ცნების“ ფარგლებს მიღმა, განსახილველ კონტექსტში სულერთია. საყოველთაოდ ჩვეული რეკურსი დანაშაულზე როგორც „ბრალეულ ქმედებაზე“, სადაც ეს აგებულებით-ტექნიკური კომპლექსიის საზღვრებს სცილდება, თავის მხრივ, მხოლოდ შემდგომი შემთხვევაა იმავე გადმონაშთისა, რადგან ბრალი, როგორც უკვე გამოვყავით, ვერ მოიაზრება როგორც სისხლისსამართლებრივად რელევანტური მთლიანი ქცევის ვარიაცია.

მაგრამ, უპირველეს ყოვლისა, დანაშაული რაც არის, განისაზღვრება, მაშასადამე, არც დანაშაულის აგებულების შესახებ მოძღვრების თეორიულად განმსაზღვრელის მონაკვეთამდე გადაწვდენილი „საკუთარი“ წესების შესაბამისად, არამედ სწორედ პირიქით, დანაშაულის მოძღვრებაზე როგორც *ქმედების მოძღვრებაზე* დამოკიდებულია მის ელემენტთა არსებითი სახეც. თუმც დანაშაულის ჰეტერარქიული სისტემა არასოდეს გამომდინარეობს ცალმხრივად-„კომუნიკაციურად“ დაფუძნებული ქმედების ცნებიდან, რომელიც სისხლისსამართლებრივად გამონაკლისების განზომილებით შემოიფარგლება. უმართლობის ყოველი ზემოაღნიშნული „კომპლექსურობა“ თუმც არყევს გრადატიმური თვალთახედვის ბუნდოვან

<sup>1</sup> იხ. აგრეთვე *P. González-Rivero*, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektszuständen*, გვ. 130, თუმც რა დროსაც, როგორც აღინიშნა, უმართლობის საგანი და ბრალის საგანი, ორთავე ჯერ კიდევ ყოველგვარი კომპლექსურობის მიღმა, „გაკიცხვის“ საგანს უნდა წარმოშობდეს.

<sup>2</sup> რაც შეეხება განსხვავებებს მოცემულ კონტექსტში, ისინი არსებითად მდებარეობს, ასე ვთქვათ, არა კომუნიკაციურის სფეროში, ესე იგი კომუნიკაცია და სამართლებრივი ურთიერთობა ინტერაქციის გამოვლინების სინონიმურ ფორმებს არ წარმოადგენს.

<sup>3</sup> *Jakobs*, *Handlungsbegriff*, S. 44.

დიაპაზონს, მაგრამ ხსენებული პარიტეტული ურთიერთობები კრისტალიზდება არა იქ, სადაც ბრალის სრულყოფილი სახე არ მოითხოვს მსგავს სპეციფიციზმებს ქმედების ცნებაში თეორიულად ამომწურავი გაგებით, ე. ი. შეძლებისდაგვარად თანმიმდევრულად განვითარებული ქმედების ნორმატიული მოძღვრების მიხედვით და მის ფარგლებში შესაძლო ბრალის (ნორმატიული) ცნებით. ამდენად, იმ ჰიპოთეზაზე დაყრდნობით, რომ ქმედება არ განეკუთვნება ფორმალისტურ ურთიერთკავშირებს როგორც სისტემის სტრუქტურული ელემენტი, ისევე როგორც სრულყოფილი თეორიის ბირთვი, რომელიც ქმედების მოძღვრებამ უნდა წარმოადგინოს, არ შემოიფარგლება დელიქტით მოცული კომპონენტების რაოდენობით სუბლიმირებული სქემატიზმის გაგებით<sup>1</sup>, არ მიიღწევა საბოლოო გარკვეულობა, არამედ გადაწყვეტია, თუ რომელ ქმედების მოძღვრებას ანუ რომელ სრულყოფილ თეორიას ეხება საქმე ამ თვალსაზრისით.

ის ფაქტი, რომ დანაშაულის ჰეტერარქიული სისტემა მხოლოდ ქმედების ფუნქციონალური ცნების გზადაგზა იკვეთება, შესაბამისად, შეიძლება იყოს ყველაფერი სხვა, გარდა შემთხვევითობისა. ჭეშმარიტად ფუნქციონალურის სიბრტყე არის ინტერაქციის სიბრტყე და ქმედების სისხლისსამართლებრივი ცნება არ სრულდება მოცემულ ასპექტში მანამ, სანამ „ბრალეული ქცევის“ სასჯელის საგნად რეალიზება არ ხდება. ქმედების მიღმა, თეორიულად ამომწურავი გაგებით, ამ ვითარების შესაბამისად უმართლობასთან ერთად უკვე ბრალიც შესაძლოა მოვიპოვოთ სასჯელის აბსოლუტური თეორიის მიღმა, ანუ მისი სრული, ქმედების ცნებისათვის აქტუალური სახე ასევე ვერ განეკუთვნება, ამისდა კვალად, როგორც დეფინიტიური ერთეული ტავტოლოგიურის სფეროს. მაგრამ თუ ამ კონტექსტში დეფინიციური ბრალის შემთხვევაში მაინც გამონაკლისის სახით უნდა ვისაუბროთ ქმედებაზე<sup>2</sup>, რა დროსაც „უმართლო ქმედებით“, როგორც ასეთით, აქაც ვერაფერს გავხდებით, ეს მხოლოდ აქტუალური ნიშნულის დაღმა მდებარე განსხვავებებია. რადგან მიმართება დანაშაულის ცნებასთან მის თეორიულად გადამწყვეტ სრულყოფილებაში, სხვაგვარად, ვიდრე ქმედების ამა თუ იმ წინარეინტერაქციონისტულად კონციპირებული მოდელის მიხედვით, ორივეგან იდენტურია.

ქმედებისა და დანაშაულის კლასიფიკატორული კონსტრუქციების ყოველგვარი ფორმალურფუნქციონალური თვალსაზრისის ფარგლებს გაცილებული ჰეტერარქიული პანორამა, თავის მხრივ, აღარც გამორიცხავს *ლისტ-ბელინგ-რადბრუხისეულ*

<sup>1</sup> თუმცა როგორც ამას *იკობსთან* აქამდე Handlungsbegriff, გვ. 41 მმ, Strafrecht AT, 17/19, როგორც ჩანს, მაინც აქვს ადგილი.

<sup>2</sup> სახელდობრ, არავითარი ზომით დიდაქტიკურად ნაკარნახევი აბსტრაქტული დისტინქციის გაგებით, არამედ ინტერაქციონისტულად კონსტიტუირებული გამონაკლისის სახით.



ვერტიკალურობის პრინციპს; არამედ უკანასკნელ შემთხვევაში საქმე ეხება *დამხმარე* პრინციპს, რომელიც ვლინდება როგორც ქმედების დანაშაულად კვალიფიცირების დიდაქტიკური ატრიბუტი. ამრიგად, განმსაზღვრელი განსხვავება მდებარეობს არა სტრუქტურაში, არამედ ის მდებარეობს პერსპექტივაში, რომლიდანაც დანაშაულის სისტემა აღიქმება: პროცესუალურტექნიკურად თუ ჭეშმარიტად თეორიულად. რასაც, ამის მიხედვით, დანაშაულის ჰეტერარქიულ სისტემასთან მიმართებაში უმთავრესად ეხება საქმე, არც დანაშაულის ნიშნების ცალმხრივი დამოკიდებულების ურთიერთდამოკიდებულებად განვრცობაა, როგორც ასეთი, არამედ სწორედ მთავარი მახვილის დანაშაულის ელემენტებიდან ანუ დანაშაულის აგებულებიდან დანაშაულის ცნებაზე გადატანა - შესაძლო მხოლოდ *ინტერაქციონისტულად ჩამოყალიბებულ სისხლის სამართლის პროგრამაში*, რომელიც სისხლისსამართლებრივად რელევანტური ქცევის სრულყოფილ თეორიას სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ზოგადი განგრძობადობის ფარგლებში აქციისა და რეაქციის ურთიერთდამოკიდებულებიდან წარმოქმნის.

### დასკვნა

არაფერი მაქვს საწინააღმდეგო ისეთი საბაზისო პირობითობების მიმართ, როგორც სამართლებრივი სიკეთეა ან მართლწინააღმდეგობა თუ სხვა, მაგრამ ნება მიბოძეთ ვიკითხო: თუ დანაშაულის მთელს სისტემაში, იქნება ეს რუსული თუ გერმანული მოდელი, არსად ფიგურირებს არც უფლება და არც მოვალეობა, ვინ აშავებს ან ვინ სჯის? სინამდვილეში კი დანაშაულის სუბიექტი სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტია და დელიქტური ქცევის გამოვლინების ექსკლუზიური სფეროც სამართლებრივი ურთიერთობაა, *დარღვეული უფლებისა და დარღვეული მოვალეობის სახით*.

ამავე დროს, ჯერ ერთი, მატერიალურად მოვალეობის დარღვევა უფლების ხელყოფის არარსებობის პირობებში არაფერს ნიშნავს (მაგ., უვარგისი, არარეალური მცდელობა). მეორეც, პროცესუალურადაც ამოსავალი ეს უკანასკნელი მომენტია. მაგრამ მესამე და მთავარი, აქამდე უმახვილო მომენტი: მოვალეობის ადრესატს დეზავუირებული მოვალეობის გამო *სასჯელი ეფარდება*, ე. ი., სამართლებრივი გაგებით, მიეყენება „იგივე“ ზიანი, რა ზიანიც მან უფლების დარღვევით გამოიწვია. ამიტომაც მეტი სიფრთხილე გვმართებს! შესაბამისად, დანაშაულის სისტემაში ობიექტურ და სუბიექტურ ასპექტთა ანუ უფლების დარღვევისა და მოვალეობის დარღვევის არაეკვივალენტური აქცენტირების თეორიული დეტერმინანტი არ არსებობს.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>*pso facto, status quo ante*: Erfolgsstrafrecht →← Schuldstrafrecht; Tatstrafrecht →← Täterstrafrecht; **Sein**: Rechtsgutsverletzung →← Normwiderspruch; **Sollen**: Rechtsverletzung ↔ Pflichtverletzung.

Adam Makharadze\*, Lasha-Giorgi Kutalia\*, Omar Makharadze\*

## **Dolus Compositus in the Light of Continental Classicism**

### **Abstract**

On the one hand: As a result of penal reform (1999-2001) Georgian legislator redefined its concept of *dolus directus*, based on a view presented in own penal theory two decades ago. By reducing the concept to its intellectual component ([precise] knowledge of illicit effect) penal legislation introduced a new kind of guilty behaviour – *dolus directus intellectualis* as *dolus directus* of the second (?) degree (theoretical description). On the other hand: Through adding intellectual segment of *dolus indirectus* to the voluntative one of *dolus directus* here emerged a further kind of guilty behaviour, when person aspires an unlawful damage, but foresees it just as possible effect of his externalised intention – *dolus directus voluntatis* as *dolus directus* of the first degree (theoretical description). Authors prove that these legislative transformations do not meet basic requirements of classical continental guilt scheme and confront both innovations with a new version of *dolus compositus* (1998).

### **A**

### **Introduction**

- I. Conservative continental penal doctrine of Georgian criminal law differentiates between two kinds of intentional guilt: *dolus directus* and *dolus indirectus* (the latter one alternatively called *dolus eventualis*)<sup>1</sup>. They still represent here, in penal code (Art. 9) as well as in dogmatics<sup>2</sup>,

---

\* Shota Rustaveli Batumi State University, Dean of Law School, Georgia.

\* Eurasian Scientific Publishing House *Mary*, President, Georgia.

\* Shota Rustaveli Batumi State University, Professor, Georgia.

<sup>1</sup> Differing cognitively as well as voluntatively from postreformatory British purpose and intention (see critically just to voluntative nature of purpose R. A. Duff, *Codifying Criminal Fault: Conceptual Problems and Presuppositions*, in: *Criminal Law and Justice*, London, 1987, p. 94 ff).

<sup>2</sup> G. Nachkebia et al., *Criminal Law, General Part*, Tbilisi, 2016, p. 234 ff (GE).

forms of guilty behaviour<sup>1</sup>, as opposite e. g. to German criminal law that initially turned them into elements of guilt<sup>2</sup>, later by replacing *dolus malus* through *dolus naturalis* excluded them out of concept of guilt<sup>3</sup> and finally due to acknowledgement of double systematic function of intention restored *dolus (malus)* as guilt component<sup>4</sup>. In order to avoid any misleading parallels with regard to significant influence of German legal thought on our substantive criminal law<sup>5</sup> – with exception of criminal responsibility of legal entity that was newly introduced (2006), first of all, with a view to French penal theory and legislation – we would like to point out that in modern Georgian penal program concept of *dolus* is also divided into *dolus naturalis* (agent acting consciously and deliberately, but without legal awareness) as element of *corpus delicti* and *dolus malus* as form of guilt. At the same time, differences between traditional and modern understandings of *dolus directus*, strictly to say, are therefore not restricted to guilt sphere. However this systematically useful resp. necessary double function of *dolus* is within the frames of the present article no subject of a special consideration.

**II.** Let us have a fundamental look at structure and contents of the concept. The criminal intention generally and its both forms are divided into *intellectual* and *voluntative* parts – two major aspects that constitute not only *dolus*, but to the same extent *culpa*. However these aspects do not serve as equal common criteria in both cases. In case of *dolus* we have to deal with voluntative aspect(s) as with decisive formal criterion (excluding the alternativeness of *dolus eventualis*)<sup>6</sup>, in case of *culpa* once more prevails the same aspect. According to the classical understanding of *dolus directus*, practised in Georgian criminal law before the penal reform of 1990s, punishable intention included intellectually a precisely anticipated prohibited effect and voluntatively – the same effect as subject of criminal's wish (*ad litteram*). According to the same understanding intellectual segment of *dolus indirectus* consists of knowledge that the illicit effect eventually occurs and corresponds voluntatively with agent's indifferent relation to such result of his action. Over decades this constellation seemed technically efficient, until Georgian penal theory noticed that there are imputable actions in judicial practice with intellectual characteristics of *dolus directus* without its voluntative characteristics that were punished as ordinary *dolus directus* and later legislator himself admitted the existence of such intellectual eventuality that voluntatively constituted subject of agent's wish. In both cases Georgian criminal law preferred essentially the same solution methodology: It implicitly integrated into the

<sup>1</sup> Differently M. Turava, *Criminal Law, Outlines of General Part*, 8. Edition, Tbilisi, 2010, p. 125 (GE).

<sup>2</sup> L.-G. Kutalia, *Guilt in Criminal Law*, Tbilisi, 2000, p. 455 (GE).

<sup>3</sup> Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 1978, 15/100 f (DE).

<sup>4</sup> K. Lackner, *StGB, Kommentar*, 22. Aufl., München, 1997, § 15/31 ff (DE).

<sup>5</sup> Critically O. Gamkrelidze, *Concept of Penal Punishment*, [www.dgstz.de](http://www.dgstz.de), 2015, p. 7 f (GE).

<sup>6</sup> See Kutalia, *Guilt*, p. 758 f.

concept of *dolus directus* voluntative component of *dolus indirectus* and explicitly – an intellectual component that is common for *dolus indirectus* and self-expectation as form of *culpa*. The latter aspect is identical with intellectual-voluntative combination presented in §25 of reformed Russian penal code (1996) and there are close parallels in both aspects and even identity in the first aspect e. c. with §5 of Austrian penal code<sup>1</sup>, but without legislative definition of *dolus directus*.

- III.** The main problem is that the aforesaid solution methodology resulting in intellectually and voluntatively dualised concept of *dolus directus* does not properly meet some axiological or gnoseological, as well as purely technical or categorial requirements essential from the point of view of established scientific standards and classical or neoclassical traditions. Such semi-mechanical solutions can easily challenge the conceptual structure and the entire system of guilt sphere or any other systematical context, – a process not unusual for reformatory periods. We intend to tackle both sides of the problem concerned.

## B

### **Dolus Compositus vs. Dolus Directus Intellectualis**

- IV.** Law has its own specific reality and legal ontology sometimes differs from mere somatic or psychosomatic facts (e. c. in cases of causality, free will, juvenile “terrorism”, as well as in many other cases, inclusive all stages of criminal law). Due to classical scheme of will and knowledge, if a person clearly foresees an illicit effect of his action, but aspires something else, *dolus* can be given, scil. in both constitutive aspects – intellectually as well as voluntatively. However according to Georgian criminal law responsibility can never be based on *dolus* in general, but just on one of its concrete forms. In this particular case we have to deal with intellectual component of *dolus directus* (precise knowledge of the effect) and voluntative component of *dolus indirectus* (indifferent relation of the agent to the same effect), what in its turn obviously means that here neither *dolus directus* nor *dolus indirectus* can be proved. Grave judicial consequences of such legislative eclecticism are easy to imagine. Typical illustration: If someone sets to fire own insured house in order to receive insurance profit and is against free will aware that this act will with certainty kill his paralysed family member, court cannot find out murder, since both kinds of *dolus* are excluded. *Dolus directus* remains in any such action unprovable due to the circumstance that the death of victim was no subject of agent’s wish;

---

<sup>1</sup> See in this regard also a symbolic differentiation between *dolus directus specialis* and *dolus principalis* in [www.jusline.at](http://www.jusline.at), StGB, §5, 25.01.2017 (DE).

there is no sufficient space for *dolus indirectus* neither, for the death was foreseen with certainty. An intentional “crime” that beyond all doubt seems to be given – with a view to the proven *dolus* in general – is as a result of its unconcretisable structure no crime at all. Forced recognition of crime and making use of punishment explicitly contradicted under these circumstances with Art. 39 of Georgian Constitution that indirectly acknowledges *nullum crimen* and *nulla poena* principles. As legislation kept silent, years and even decades after the mentioned theoretical discovery, judiciary was compelled to find conditional formula in advantage of *ratio legis* aspect and used to claim that in case of precisely foreseen damage agent’s wish of the effect had a priori to be assumed as legally real. But this is no legal formula at least because of the following reason: Although in case of exculpable compulsion will is even directly levelled at legally unacceptable damage in order to escape the compulsion consequences, law sees there no legally relevant subject of wish, but admits that the result was compelled. In other words, criminal law evidently differentiates between desired and compelled effects. In case of autocompulsion, i. e. when delinquent against his wish murders in order to require insurance sum, there cannot be found any legally relevant psychological difference to support the reversal judicially practised at those times. As opposite to this, *introduction of concept of indirect wish* would be a legally correct solution formula.

- V. According to Khornabujeli “*dolus directus* (...) is categorical foresight of socially unacceptable, punishable effects (...), notwithstanding the fact, if the agent wishes them or not”<sup>1</sup>. – *An intellectual concept of dolus directus*. Just intellectual one, since voluntatively it is no more directly pointed at the unlawful effect and if even semantically it can be *dolus directus*, seems to us doubtful, because intention as intention is directed here to something else, not to the concrete punishable effect or even to a punishable effect at all. Anyway, it is certainly a judicially and even legislatively incontestable escape, but should penal theory indeed pay such a heavy price, namely by giving up a systematised correlation between voluntative and intellectual components as basic structuration criterion of guilt, in order to be able to overcome the penalised vacuum? The issue is just of technical nature and the theoretical system seems to be staunch enough to eliminate autonomously any similar gap. Furthermore, autonomous solution, as we will see, reveals that although Khornabujeli mitigates, he does not actually mitigate sufficiently.

---

<sup>1</sup> B. Khornabujeli, *Psychological Side of Guilt*, Tbilisi, 1981, p. 107 (RU), compare G. Nachkebia, *Problem of Psychological Argumentation of Logical Correlation between Guilt and Punishment*, in: *State and Law*, Tbilisi, 1990, p. 20-29 (GE).

**VI.** As to legislation, Georgian legislator preferred Khornabujeli's cognitive concept of *dolus directus* (1981) to Kutalia's concept of *dolus compositus* (1998)<sup>1</sup> in his new penal code (2001)<sup>2</sup>. Georgian criminal law followed subsequently in its theory German version of the entire concept regarding graduation technics<sup>3</sup>, with essentially same theoretical deviations as in case of the first, intellectually defined prototype. Thus, Georgian penal doctrine now differentiates between *dolus directus* of the first degree (precise knowledge as subject of conscious admission) and *dolus directus* of the second degree (precise knowledge as such)<sup>4</sup>. As a matter of fact, *dolus indirectus* also is and always was dualised, scil. voluntarily (conscious admission of eventual illicit effect or indifferent relation to it), but nevertheless modern Georgian criminal law does not differentiate between two voluntarily various degrees of *dolus indirectus*. Status quo of dogmatic reality, by the way, dictates logically just the opposite: If Georgian doctrine did not mechanically copy the German conception in the heat of reformatory passion, but scientifically elaborated the new standard, it has consequently to differentiate between two different degrees of *dolus indirectus*, too, namely *dolus indirectus* of the first degree (conscious admission of eventual illicit effect) and *dolus indirectus* of the second degree (indifferent relation to the eventual illicit effect). It once more clearly indicates that – due to unidentifiable reasons – there is a significant lack of systematical approach in modern Georgian criminal law regarding the problem of *dolus*. Besides, strictly to say, new Georgian concept of *dolus directus* comprises not double, but triple voluntativity, as it completely adopts voluntative side of *dolus indirectus*: Wish and conscious admission of legal damage or threat and indifferent relation to them. We are far from position that the legally unsplitable difference between wish and conscious admission is identically measurable as that one – if necessary at all – between conscious admission and indifferent relation, but it to no extent deescalates the theoretical collision in the above outlined context. Last but not least, *dolus indirectus* and self-expectation as one of two independent forms of culpa, as we already mentioned, are intellectually identical forms of guilt, they differ from each other merely in voluntative aspect (abstract expectation of avoiding unlawful consequences in case of self-expectation), so that, from a statistical point of view, as only form of guilt unique intellectually and voluntarily remains the other form of culpa – inattention (failed avoidance of not foreseen foreseeable effect).

---

<sup>1</sup> L.-G. Kutalia, *Dolus Compositus*, in: *Man and Constitution*, Review of Constitutional Court of Georgia, 1998, № 3, p. 50 ff(GE).

<sup>2</sup> Compare ÖStGB, §5/3 (DE).

<sup>3</sup> Only theoretical ones, while German penal code turns out to be in this context completely unspecified: DStGB, § 15 (DE).

<sup>4</sup> M. Turava, *Criminal Law*, 8. Edition, p. 128 f.

**VII.** As distinct from prior theoretical and subsequent legislative solutions *a) substantial aspect of dolus compositus* not only prevents destruction of functioning intellectual-voluntative scheme, but is a natural product of it. Absence of this conservative continental system leads usually to normative disorders, as it seems to be the case in Anglo-American doctrine or even in modern continental doctrine itself, e. c. in French criminal law regarding the concept of dolus (intention méchante, intention frauduleuse, intention de nuire, animus injuriandi etc.)<sup>1</sup> or in dogmatic labyrinths of German criminal law in form of extralegal dolus antecedens and dolus subsequens<sup>2</sup>, a modern understanding of dolus generalis<sup>3</sup> etc.; or as it was the case, as opposite to unspecified concept of dolus in Roman criminal law, regarding once more the concept of dolus within the frames of mediaeval subjectivism (dolus praemeditatus, dolus impetus, dolus directus, dolus indirectus, dolus generalis), as well as regarding ancient (Roman) concept of culpa (culpa lata [culpa lata ignaviae, culpa lata versutiae], culpa in concreto [diligentia, quam in suis], culpa levis).<sup>4</sup> At the same time, in Georgian criminal law the intellectual-voluntative system remains the prevalent paradigm in guilt sphere. More than that: One of founders of modern Georgian school of criminal law Giorgi Tkesheliadze intended to make visible this correlation even in the definition of guilt concept. According to Tkesheliadze's *intellectual-voluntative concept of guilt* (2001)<sup>5</sup> we have to deal with a legally relevant concretization of psychological aspect, namely he defines guilt as agent's *intellectual-voluntative relation to illicit effect*, instead of psychological relation generally. One can attribute to it a normative element (as it is usual in Georgian criminal law) or not (as it is usual in Russian criminal law), the specification itself is anyway precise. The major question in the present context however is the following one: What was such penal theory confronted with, that is as a result of by Khornabujeli detected gap? We might, first of all, suppose that such behaviour formally stands closer to dolus directus (due to cognitive identity) or to dolus indirectus (due to voluntative identity), but according to the indisputable fact under given conditions none of both guilt subforms is completely available. Secondly, as the action necessarily has to be criminalised and penalised, a only possible way to preserve the traditional system of intellectual-voluntative components points at emergence of dolus compositus as combination of intellectual component of dolus directus (precisely foreseen illicit effect) and voluntative component(s) of dolus indirectus (illicit effect as subject of conscious admission or indifferent relation). Finally, if

<sup>1</sup> Mentioning nothing about dolus principle: Code Pénal Français, Ed. Dalloz, 1994-1996, Art. 121-3 (FR), following R. Griffon, De l'intention en droit pénal, Paris, 1911, p. 20 (FR) who redirects the issue from penal legislation to penal theory (However differently already R. Legros, L'élément moral dans les infractions, Paris, 1952, p. 83 (FR).

<sup>2</sup> K. Lackner, StGB, Kommentar, 22. Aufl., § 15/9 (DE).

<sup>3</sup> Ibid., 15/11.

<sup>4</sup> See Kutalia, Guilt, p. 51 ff, 81 f and passim.

<sup>5</sup> Materials of PS, Department of Criminal Law, TSU, Spring 2001 (GE).

we prefer instead to integrate the voluntative aspect of *dolus indirectus* into the concept of *dolus directus* and as a result of it operate with triple voluntivity of *dolus directus* beside the double voluntivity of *dolus indirectus*, we have, at least, to restructure or disprove the essential system and there is no theoretical necessity of it from the point of view of classical continental penal doctrine.

- VIII.** The presented correlation is, on the other hand, everything else, but just purely formal, since on the other side of the same issue penal theory is confronted with the problem of punishment and its degree – subjects of the most sensitive definition in criminal law. When there are given 1) intellectual component of *dolus directus* and 2) voluntative component of *dolus indirectus*, it principally means that *the action must be punishable more intensively than dolus indirectus and less intensively than dolus directus*, as it is the case according to b) functional aspect of *dolus compositus*. But not according to Khornabujeli's formula resp. legislative formula, where in both cases the action is punishable as *dolus directus*. Although both solutions remove the wish from the subject of punishment, it mitigates responsibility only partially, for the action still remains punishable as *dolus directus* and the basic scientific requirements of theoretically predominant intellectual-voluntative system are not interdimensionally met. That is why a theoretically correct mitigation is not achievable beyond the concept of *dolus compositus*, which reflects the action in its specific size, scil. as lower than *dolus directus* and higher than *dolus indirectus*.

## C

### **Dolus Compositus vs. Dolus Directus Voluntatis**

- IX.** While through introducing intellectual concept of *dolus directus* Georgian legislator mitigates less than systematically possible, by stressing the voluntative aspect of *dolus directus* (Georgian variation of Austrian voluntative concept of *dolus directus*<sup>1</sup>) he aggravates more than systematically possible and from the point of view of mathematics of criminal law<sup>2</sup>, it is essentially the same consequence. If an agent categorically wishes an unlawful damage, but foresees only eventuality of its objectivation (bad shooter, defected gun, too long distance etc.), such action was punishable in Georgia before reformatory period as *dolus eventualis*. Imputing this behaviour to the agent as *dolus directus* were openly incompatible with penal legislation (absence of intellectual component of *dolus directus*), with respect to the ratio of a number of fundamental principles of criminal law (e. c. cogitationis poenam nemo patitur, prohibition of

---

<sup>1</sup> ÖStGB, §5/1 (DE).

<sup>2</sup> See L.-G. Kutalia, *Guilt in Criminal Law*, Online Version (Summary), 2008, University of Vienna, Phaidra, p. 876 (DE).



analogy; nothing to say this time about *nullum crimen* and *nulla poena* principles), i. e. it was technically impossible<sup>1</sup>. In a few words, judiciary was totally helpless<sup>2</sup> regarding the wish in actions with illicit effect foreseen as eventual. Courts usually did what they had to do: Judicial system ignored *pro reo* the factual wish in its the concrete form of guilt constituting ability, since it was not able to refer in this context to a legally relevant wish according to the given legislative reality. Of course, the mentioned factual voluntative relation as a rule aggravated criminal responsibility, but just within the frames of *dolus indirectus* resp. as secondary subjective element. Nevertheless judiciary faced in the first case much more uncomfortable difficulties, when it had to turn the factual wish into legal one in order to aggravate punishment, than in latter one, when courts had to ignore the factual wish in order to mitigate the penal reaction. Admittedly, in this aspect “voluntative” transformation seems dogmatically even more courageous than “intellectual” one. According to Kutalia’s central argument against the first concept of *dolus directus*, “wish can be penally relevant just within the frames of what agent concretely foresaw”<sup>3</sup>. As a result of it Kutalia formed his concept of *dolus compositus* with a single form of guilty behaviour, that is without subforms. Now we remove these dogmatic frames and suppose that the combination of voluntative component of *dolus directus* and intellectual component of *dolus indirectus* has no less right to existence than the constellation of intellectual component of *dolus directus* and voluntative component of *dolus indirectus*. However systematical scepticism relating both legislative approaches remains more than formal, with no clear prospect of consensus despite any conceptual compromises.

- X.** Better or worse, Georgian legislator in Art. 9/2 of the new penal code integrates into the concept of *dolus directus* intellectual component of *dolus indirectus*<sup>4</sup>, without splitting the concept formally into two different degrees in above-mentioned way. First of all, what is the actual correlation between structural voluntative and intellectual components of guilt in these legislative transformations: Are they functionally equal elements or is one of them of primary and the other one of secondary functional significance? In case of equality one of two legislatively newly discovered kinds of guilty behaviour, pacing the present legislative methodology, should belong to *dolus directus* and the other one to *dolus indirectus*, since as reorientation criteria are chosen qualitatively different components; in case of priority the result should

<sup>1</sup> Regarding irreversibility of the entire spectrum A. Makharadze, About Decision of Constitutional Court of Georgia on Retroactivity of Penal Code, in: *Часопис Київського Університету Права*, Ювілейний Випуск, Kiev, 2016/4, p. 398 ff (RU).

<sup>2</sup> Due to its more or less legislatively contemplative nature. See as opposite to it L.-G. Kutalia, Extraordinary Conclusions of Supreme Court, in: L.-G. Kutalia, *Lagma*, Jubilee Edition, 100 volumes, EASPH Mary, Georgia, 2018, vol. XXX (EN), Online under [www.nplg.gov.ge](http://www.nplg.gov.ge).

<sup>3</sup> Kutalia, *Guilt*, p. 763.

<sup>4</sup> Compare *ÖStGB*, §5/1 (DE), *УКРФст.* 25/2 (RU).

be the same because of the same reason, for those qualitatively different components initially belong to different forms of *dolus*. Integration of both new combinations into *dolus directus* resp. into the identical form of *dolus* means negation of any constitutive correlation between voluntative and intellectual aspects of guilt, that is it means negation of constitutive system in guilt sphere. To be more precise, the stereotyped intellectual-voluntative scheme seems to be just theoretically and didactically prevailing, but no more legislatively. Moreover, in a purely theoretical aspect, as distinguished from inductions from above-mentioned judicial practices, both models are aggravating models, since both of them solve the collision in favour of *dolus directus*.

**XI.** The main question that arises in this context affects the major motivation of both legislative approaches. What we already know, these motivations are not based on the constitutive differentiation system of guilt sphere. Besides, which concrete criterion does these parallel solutions make opposite to each other? The only dogmatically and/or systematically possible answer consists in the confrontation between subjectivism and objectivism, invisible at the first sight, because both, intellectual or voluntative elements, are completely subjective constituents of a completely subjective concept<sup>1</sup> – guilt. However profound look indicates a different reality. When an agent *wishes* a certain result of his action, the action is *subjectively* directed to the result (*mens rea* ≠ *actus reus*) and when an agent *expects with certainty* a certain result of his action, the action is *objectively* directed to the result (*mens rea* = *actus reus*). With respect to a wish is the action objectively not measurable, while in case of concrete expectation an objectively measurable orientation is clearly given. Thus, the answer to the undoubtedly crucial question, which model is conceptually closer to *dolus directus*, appears to be dual: Subjectively closer to *dolus directus* stands voluntatively shaped combination, objectively – cognitively shaped one.

**XII.** At the same time, a decisive formal criterion for differentiation between two different kinds of *dolus*, as well as of *culpa*, as we already mentioned, is voluntative aspect. Otherwise *dolus indirectus* were no adequate main definition (action is *voluntatively* [conscious admission of result or indifferent relation to it] *indirectly* oriented to the concretely relevant result), but we would have to refer to its only alternative definition in form of *dolus eventualis* (pointing at a result expected intellectually in its eventuality) as to the main definition. And this consequence speaks in favour of “voluntative” amendment. On the other hand, modern penal doctrine tends to measure actions primarily according to objective standards (inclusive e. c. its theorem of

---

<sup>1</sup> A. Makharadze, *Penal Responsibility for Aiding in Crime*, Tbilisi, 2006, p. 244 f (GE).

so-called objective imputation), what in its turn speaks in favour of “intellectual” variation. However if the modern criminal law manages to avoid equally subjectivist or objectivist attitudes, is a different problem. We would like to mention here just the heterarchic crime system, where the essential equality of subjective and objective standards is not only consequently proclaimed, but fulfilled<sup>1</sup>.

**XIII.** The principal common choice of Georgian legislator in a further, but not less vital aspect is obvious. Within the frames of a dilemma to maintain minimized the quantity of guilt subforms or to ignore the basic structural correlations of intellectual-voluntative system, he preferred the first option. Such choice is very comfortable with a view to the fact that it eliminates the gap as such and costs systematically no deep revision efforts, but mechanically regroups substantial elements. All the same, there is a much more rational solution in this context, too. Although neither voluntative nor intellectual aspect in their present form can serve as single main criterion for constitution and differentiation of guilt subforms, just because of technical reasons, both forms of *dolus* can functionally be based just on intellectual aspect and both forms of *culpa* can functionally be based just on voluntative aspect. It would not only maintain minimized the quantity of guilt subforms, but it would at the same time minimize the same subforms substantially, instead of maximizing the quantity of intellectual and voluntative components there in Austrian – though partially specified – way. Of course, we see no necessity of such systematically disintegrating rationalism, but it is to no more extent superfluous than systematically disintegrating Georgian (or Russian) legislative complementation of *dolus directus*.

**XIV.** *Dolus compositus* that in both cases naturally, purely descriptively results from the historically established structural specifics of the intellectual-voluntative scheme requires, as opposed to any other artificial solution attempts, no revolutionary decomposition of the intact system. It makes no difference, if we combine intellectual component of *dolus directus* with voluntative component(s) of *dolus indirectus* or vice versa, voluntative component of *dolus directus* will be combined with intellectual component of *dolus indirectus*, in both cases we have cognitively to deal with *dolus compositus*. This concept emerges autonomously, it is the option offered by the system itself. If we choose as starting point the correlation between legislative and judicial aspects before and after the present legislative transformations, the form of *dolus compositus* representing the first combination is of mitigating nature and that one corresponding with the latter innovation aggravates in its composition the penal responsibility given within the frames

---

<sup>1</sup> L.-G. Kutalia, *Handlungslehre. Strafrechtliche Konzeption*, Göttingen, 2011, p. 194 ff (DE).

of status quo ante – theoretically relative definitions, since genuinely theoretically *dolus compositus* neither aggravates nor mitigates penal responsibility, it is a intrasystematical neutral indicator. Therefore, we can define the initial *dolus compositus* (1998) as *dolus compositus of the first degree* (due to higher degree of punishability) and the present *dolus compositus* (2019) as *dolus compositus of the second degree* (due to lower degree of punishability): Eventual damage cannot cause same or lower degree of criminal responsibility than precisely foreseen damage, irrespective of the circumstance what it is voluntarily accompanied with – with wish or conscious admission resp. indifferent relation. This theoretical recommendation is generally addressed, of course, not only to newly reformed Georgian criminal law, but to any other continental penal doctrine with similar intellectual-voluntative traditions, inclusive German criminal law.

ადამ მახარაძე\*, ლაშა-გიორგი კუტალია\*, ომარ მახარაძე\*

## კომპოზიტური განზრახვა კონტინენტური კლასიციზმის ჭრილში

### ანოტაცია

ერთის მხრივ: სისხლისსამართლებრივი რეფორმის შედეგად (1999-2001) ქართველ-მა კანონმდებელმა შეცვალა პირდაპირი განზრახვის ცნება, საკუთარ დოგმატიკაში ორი ათეული წლის წინ წარმოდგენილ თვალთახედვაზე დაყრდნობით. ცნების ინტელექტუალურ კომპონენტზე დაყვანით (საზიანო შედეგის [ზუსტი] ცოდნა) სისხლისსამართლებრივმა კანონმდებლობამ ბრალეული ქცევის ახალი სახე წარმოადგინა - *dolus directus intellectualis*, როგორც მეორე (?) ხარისხის პირდაპირი განზრახვა (თეორიული დესკრიფცია). მეორეს მხრივ: ირიბი განზრახვის ინტელექტუალური სეგმენტის პირდაპირი განზრახვის ნებელობითი სეგმენტისთვის დართვით აქ ბრალეული ქცევის მორიგი ახალი სახე ყალიბდება, რა დროსაც პირი ესწრაფვის საზიანო შედეგს, მაგრამ ითვალისწინებს მას თავისი ექსტერნალიზებული განზრახვის მხოლოდ როგორც შესაძლო შედეგს - *dolus directus voluntatis*, როგორც პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვა (თეორიული დესკრიფცია). ავტორები ასაბუთებენ, რომ ეს საკანონმდებლო ცვლილებები არ პასუხობს ბრალის კლასიკურ-კონტინენტური სქემის მოთხოვნებს და ორივე ინოვაციას კომპოზიტური განზრახვის (*dolus compositus*, 1998) ახალ ვერსიას უპირისპირებენ.

---

\* ბათუმის შოთა რუსთაველის სახელობის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, იურიდიული და სოციალურ მეცნიერებათა ფაკულტეტის დეკანი, საქართველო.

\* ევრაზიული სამეცნიერო გამომცემლობა *მარიამი*, პრეზიდენტი, საქართველო.

\* ბათუმის შოთა რუსთაველის სახელობის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, იურიდიული და სოციალურ მეცნიერებათა ფაკულტეტი, პროფესორი, საქართველო.

## A

## შესავალი

ქართული სისხლის სამართლის კონსერვატიული კონტინენტური დოქტრინა განზრახი ბრალის ორ სახეს განასხვავებს: პირდაპირ და ირიბ განზრახვას (ეს უკანასკნელი ალტერნატიულად იწოდება ევენტუალურ განზრახვად)<sup>1</sup>. ისინი აქ, სისხლის სამართლის კოდექსში (მუხლ. 9), ისევე როგორც სისხლის სამართლის თეორიაში<sup>2</sup>, კვლავაც წარმოადგენენ ბრალეული ქცევის სახეს<sup>3</sup>, განსხვავებით, მაგ., გერმანული სისხლის სამართლისაგან, რომელმაც ისინი თავდაპირველად ბრალის ელემენტებად გარდასახა<sup>4</sup>, შემდგომ კი *dolus malus*-ის *dolus naturalis*-ით ჩანაცვლების შედეგად ბრალის ცნებიდან გამოორიცხა<sup>5</sup>, დაბოლოს, განზრახვის ორმაგი სისტემატიკური ფუნქციის აღიარებით აღადგინა *dolus (malus-ი)* როგორც ბრალის კომპონენტი<sup>6</sup>. ჩვენ მატერიალურ სისხლის სამართალზე გერმანული სამართლებრივი აზრის მნიშვნელოვანი ზეგავლენის თვალსაზრისით - იურიდიულ პირთა სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობის გამოკვლებით (2006), უწინარეს ყოვლისა, ფრანგული სისხლის სამართლის თეორიისა და კანონმდებლობის კვალდაკვალ<sup>7</sup> - ყოველგვარი დამაბნეველი პარალელის თავიდან აცილების მიზნით გვსურს გამოვყოთ, რომ თანამედროვე ქართულ სისხლის სამართლებრივ პროგრამაშიც განზრახვის ცნება ასევე განიყოფა ბუნებრივ განზრახვად (პირი მოქმედებს შეგნებულად და განზრახ, მაგრამ უმართლობის შეგნების გარეშე), როგორც ქმედების შემადგენლობის ელემენტი, და ბოროტ განზრახვად, როგორც ბრალის ფორმა. ამავე დროს, პირდაპირი განზრახვის ტრადიციულ და თანამედროვე გაგებას შორის განსხვავებები, მკაცრად რომ ვთქვათ, ამის შესაბამისად, არ შემოიფარგლება ბრალის სფეროთი. თუმცაღა განზრახვის ეს სისტემატიკურად ნოყიერი ანუ აუცილებელი ორმაგი ფუნქცია განსახილველი გამოკვლევის ფარგლებში განსაკუთრებული დაინტერესების საგანს არ წარმოადგენს.

<sup>1</sup> რომლებიც როგორც კოგნიტიურად, ისე ნებელობითად განსხვავდება პოსტრეფორმატორული ბრიტანული *purpose*-ისა და *intention*-ისაგან (იხ. კრიტიკულად *purpose*-ის მხოლოდ ნებელობითი ბუნებისადმი R. A. Duff, *Codifying Criminal Fault: Conceptual Problems and Presuppositions*, in: *Criminal Law and Justice*, London, 1987, გვ. 94 მ [EN]).

<sup>2</sup> გ. ნაჭყებია et al., *სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი*, თბილისი, 2016, 234 მმ (GE).

<sup>3</sup> სხვაგვარად მ. ტურავა, *სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა*, მე-8 გამოცემა, თბილისი, 2010, გვ. (GE).

<sup>4</sup> ლ.-გ. კუტალია, *ბრალი სისხლის სამართალში*, თბილისი, 2000, გვ. 455 (GE).

<sup>5</sup> Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 1978, 15/100 მ (DE).

<sup>6</sup> K. Lackner, *StGB, Kommentar*, 22. Aufl., München, 1997, § 15/31 მმ (DE).

<sup>7</sup> კრიტიკულად ო. გამყრელიძე, *სისხლის სამართლებრივი სასჯელის ცნება*, [www.dgstz.de](http://www.dgstz.de), 2015, გვ. 7 მ (GE).

მივმართოთ ფუნდამენტური მზერა ცნების სტრუქტურისა და შინაარსისაკენ. სისხლის სამართლებრივი განზრახვა ზოგადად და თავის ორივე ფორმაში განიყოფა ინტელექტუალურ და ნებელობით ნაწილებად – ორი ძირითადი ასპექტი, რომელიც აყალიბებს არა მხოლოდ განზრახვას, არამედ იმავე ზომით გაუფრთხილებლობასაც. თუმცა ეს ორი ასპექტი არ წარმოგვიდგება როგორც თანაბარი საერთო კრიტერიუმი ორივე შემთხვევაში. განზრახვის შემთხვევაში გადამწყვეტ ფორმალურ კრიტერიუმად ნებელობითი ასპექტი(-ები) გვევლინება (ევენტუალური განზრახვის ალტერნატიულობის გამორიცხვით)<sup>1</sup>, გაუფრთხილებლობის შემთხვევაში კვლავაც იგივე ასპექტი დომინირებს. პირდაპირი განზრახვის კლასიკური გაგების მიხედვით, რასაც ადგილი ჰქონდა ქართულ სისხლის სამართალში 90-იანი წლების რეფორმამდე, დასჯადი განზრახვა მოიცავდა ინტელექტუალურად მკაცრად გათვალისწინებულ აკრძალულ ეფექტს და ნებელობითად - იმავე ეფექტს, როგორც დამნაშავეს სურვილის საგანს (ad litteram). იმავე გაგებით, ირიბი განზრახვის ინტელექტუალური სემენტი შედგება ცოდნისგან, რომ მართლსაწინააღმდეგო შედეგი შესაძლოა დადგეს და ვოლუნტატურად შეესაბამება სუბიექტის გულგრილ დამოკიდებულებას თავისი ქცევის ამგვარი შედეგისადმი. ათწლეულების მანძილზე ეს კონსტელაცია ტექნიკურად ეფიციენტური ჩანდა, სანამ ქართულმა სისხლის სამართლის თეორიამ შენიშნა, რომ არსებობს შესარაცხი ქმედებები მართლმსაჯულების პრაქტიკაში პირდაპირი განზრახვის ინტელექტუალური მახასიათებლებით მისივე ნებელობითი მახასიათებლების გარეშე, რომლებიც დასჯადობის საფუძველს ქმნიდა როგორც ჩვეულებრივი პირდაპირი განზრახვა და მოგვიანებით თავად კანონმდებელმაც აღიარა მსგავსი ინტელექტუალური ევენტუალურობის არსებობა, რომელიც ქმნიდა დანაშაულის სუბიექტის სურვილის საგანს. ორივე შემთხვევაში ქართულმა სისხლის სამართალმა პრობლემის გადაწრის იდენტური მეთოდოლოგია არჩია: იმპლიციტურად მოახდინა პირდაპირი განზრახვის ცნებაში ირიბი განზრახვის ნებელობითი კომპონენტის ინტეგრირება და ექსპლიციტურად - ინტელექტუალური მომენტისა, რომელიც საერთოა ირიბი განზრახვისა და თვითიმედოვნებისთვის, როგორც გაუფრთხილებელი ბრალის სახისთვის. უკანასკნელი ასპექტი იდენტურია ინტელექტუალურ-ნებელობით კომბინაციასთან, რომელიც წარმოდგენილია რუსეთის რეფორმირებული სისხლის სამართლის კოდექსის (1996) §25-ში და მჭიდრო პარალელებია სახეზე ორივე ასპექტში, იგივეობაც კი პირველ ასპექტში,

<sup>1</sup> იხ. კუტალია, ბრალი, გვ. 758 მ.

მაგალითად, ავსტრიული სისხლის სამართლის კოდექსის §5-თან<sup>1</sup>, მაგრამ პირდაპირი განზრახვის საკანონმდებლო დეფინიციის გარეშე.

მთავარი პრობლემა გახლავთ ის, რომ ზემოხსენებული მეთოდოლოგია, რომელსაც პირდაპირი განზრახვის ინტელექტუალურად და ნებელობითად დუალიზებულ ცნებამდე მივყავართ, არ შეესაბამება ზოგიერთ არსებით აქსიოლოგიურ ან გნოსეოლოგიურ, ისევე როგორც წმინდად ტექნიკურ ან კატეგორიულ მოთხოვნებს დამკვიდრებული სამეცნიერო სტანდარტებისა და კლასიკური თუ ნეოკლასიკური ტრადიციების თვალსაწიერიდან. მსგავს უპირატესად მექანიკურ გადაწყვეტებს ადვილად ძალუმს ბრალის სფეროს კონცეპტუალური სტრუქტურისა და მთელი სისტემის ან ნებისმიერი სისტემატიკური კონტექსტის გამოწვევა, - პროცესი, რომელიც არ არის უჩვეულო რეფორმატორული პერიოდებისთვის. ჩვენი სურვილია, განსახილველი საკითხის ორივე მხარეს შევხვით.

## B

### **Dolus Compositus vs. Dolus Directus Intellectualis**

სამართალს საკუთარი სპეციფიკური სინამდვილე გააჩნია და სამართლებრივი ონტოლოგია ზოგჯერ განსხვავებულია უბრალო სომატური თუ ფსიქოსომატური ფაქტებისაგან (მაგალითად, მიზეზობრიობის, თავისუფალი ნების, მოზარდთა „ტერორიზმის“ შემთხვევებში, ისევე როგორც არაერთ სხვა შემთხვევაში, სისხლის სამართლის ყველა საფეხურის ჩათვლით). ნებელობისა და ცოდნის კლასიკური სქემის მიხედვით, თუ პირი დაბეჯითებით ითვალისწინებს თავისი ქმედების მართლსაწინააღმდეგო შედეგს, მაგრამ სხვა რამეს ესწრაფვის, განზრახვა შესაძლებელია იყოს მოცემული, სახელდობრ ორთავე კონსტიტუციურ ასპექტში - ინტელექტუალურად და ნებელობითადაც. თუმცა, ქართული სისხლის სამართლის მიხედვით, პასუხისმგებლობა ვერასოდეს დაეფუძნება განზრახვას ზოგადად, არამედ მხოლოდ მის რომელიმე კონკრეტულ ფორმას. განსახილველ შემთხვევაში საქმე გვაქვს პირდაპირი განზრახვის ინტელექტუალურ კომპონენტთან (შედეგის ზუსტი ცოდნა) და ირიბი განზრახვის ნებელობით კომპონენტთან (პირის გულგრილი დამოკიდებულება იმავე შედეგთან), რაც, თავის მხრივ, ცალსახად იმის მომასწავებელია, რომ აქ პირდაპირი განზრახვა ისევე დაუმტკიცარია, როგორც ირიბი. ამგვარი ლეგისლატიური ეკლექტიციზმის მძიმე შედეგები, მართლმსაჯულების თვალსაზრისით, ადვილად

<sup>1</sup> იხ. განსახილველ ჭრილში აგრეთვე სიმბოლური დიფერენცირება *dolus directus specialis*-სა და *dolus principalis*-ს შორის [www.jusline.at](http://www.jusline.at), StGB, §5, 25.01.2017 (DE).



წარმოსადგენია. ტიპური ილუსტრაცია: თუ ვინმე წაუკიდებს ცეცხლს საკუთარ დაზღვეულ სახლს სადაზღვევო თანხის მიღების მიზნით და თავისუფალი ნების საწინააღმდეგოდ აცნობიერებს, რომ ამ ქმედებას გარდუვალად მოჰყვება პარალიზებული ოჯახის წევრის სიკვდილი, სასამართლო ვერ დააკვალიფიცირებს ქმედებას მკვლელობად, რამეთუ განზრახვის ორივე ფორმა გამორიცხულია. პირდაპირი განზრახვა ნებისმიერ ასეთ შემთხვევაში დაუმტკიცარი რჩება იმ გარემოების გათვალისწინებით, რომ მსხვერპლის სიკვდილი სუბიექტის სურვილის საგანს არ შეადგენდა; არც ირიბი განზრახვისთვის მოიცემა საკმარისი სივრცე, რადგანაც პირი ლეტალური შედეგის გარდუვალობას ითვალისწინებდა. განზრახი „დანაშაული“, რომელიც ყოველგვარ ეჭვს გარეშე მოცემული ჩანს - ზოგადად დასაბუთებული განზრახვის გათვალისწინებით - მისი არაკონკრეტულობადი სტრუქტურის გამო, საერთოდ, არ წარმოადგენს დანაშაულს. დანაშაულის იძულებითი ცნობა და სასჯელის გამოყენება ამ გარემოებათა ჭრილში თვალნათლივ ეწინააღმდეგებოდა საქართველოს კონსტიტუციის 39-ე მუხლს, რომელიც ირიბად აღიარებს nullum crimen-ისა and nulla poena-ს პრინციპებს. რადგან კანონმდებლობა სდუმდა, წლებისა და დეკადების მანძილზე ხსენებული თეორიული აღმოჩენის შემდგომ, მართლმსაჯულება იძულებული იყო გამოენახა პირობითი ფორმულა ratio legis-ის ასპექტის სასარგებლოდ და ჩვეულებრივ, ამტკიცებდა, რომ მკაცრად გათვალისწინებული ზიანის შემთხვევაში სუბიექტის სურვილი შედეგთან მიმართებაში აპრიორულად უნდა მიჩნეულიყო როგორც სამართლებრივად ნამდვილი. მაგრამ ეს სულაც არ გახლავთ სამართლებრივი ფორმულა, სულ მცირე, შემდეგი მიზეზის გამო: მიუხედავად იმისა, რომ მისატყვებელი იძულებისას ნება პირდაპირაც კი არის მიმართული სამართლებრივად მიუღებელი შედეგისაკენ, რათა დაეღწიოს თავი იძულების შედეგებს, სამართალი იქ სურვილის ლეგალურად რელევანტურ საგანს ვერ ხედავს, არამედ აღიარებს, რომ შედეგი იძულებითია. სხვა სიტყვებით, სისხლის სამართალი ცალსახად განასხვავებს სასურველ და იძულებით ეფექტებს შორის. ავტოიძულების დროს, ე. ი. როდესაც დელინქენტი თავისივე სურვილის საწინააღმდეგოდ კლავს სადაზღვევო თანხის მიღების მიზნით, ძნელია რაიმე სამართლებრივად მნიშვნელოვანი ფსიქოლოგიური განსხვავების პოვნა იმჟამად სასამართლოს მიერ პრაქტიციკული შებრუნების მხარდასაჭერად. ამის საპირისპიროდ, *ირიბი სურვილის ცნების შემოღება* იქნებოდა სამართლებრივად კორექტული განმტკიცრთავი ფორმულა.

ხორნაბუჯელის მიხედვით, „პირდაპირი განზრახვა (...) არის საზოგადოებრივად შეუწყნარებელ, დასჯად შედეგთა კატეგორიული გათვალისწინება (...), მიუხედა-

ვად ფაქტისა, სურდა მას ისინი თუ არა<sup>1</sup>. – პირდაპირი განზრახვის ინტელექტუალური ცნება. მხოლოდ ინტელექტუალური, ვინაიდან ნებელობითად ის უკვე პირდაპირ არ მიიმართება მართლსაწინააღმდეგო შედეგისკენ და სემანტიკურადაც კი შეიძლება თუ არა ის განიხილებოდეს პირდაპირ განზრახვად, მეტად სათუთა, რადგან განზრახვა, როგორც განზრახვა, აქ სხვა რამისკენ არის მიმართული, არა კონკრეტული დასჯადი შედეგისკენ ან დასჯადი შედეგისკენ, საერთოდ. ნებისმიერ შემთხვევაში, ეს უდავოდ არის იუდიციარულად და ლეგისლატიურადაც კი ერთობ კომფორტული გამოსავალი, მაგრამ უღირს კი სისხლის სამართლის თეორიას ის ესოდენ ძვირად, კერძოდ კი, ნებელობით და ინტელექტუალურ კომპონენტთა შორის სისტემატიზებული ურთიერთობის, როგორც ბრალის ძირეული სტრუქტურითაა კრიტერიუმის, ფასად, რათა დააღწიოს თავი პენალიზებულ ვაკუუმს? საკითხი მხოლოდ ტექნიკური ხასიათისაა და თეორიული სისტემა საკმაოდ მდგრადია საიმისოდ, რომ ყოველი მსგავსი დისონანსი ავტონომიურად გამორიცხოს. გარდა ამისა, ავტონომიური გადაწყვეტა, როგორც ვიხილავთ, გვიმხელს, რომ ხორნაბუჯელი თუმცა ამსუბუქებს, მაგრამ არასაკმარისად.

რაც შეეხება კანონმდებლობას, ქართველმა კანონმდებელმა პირდაპირი განზრახვის კოგნიტიურ ცნებასა (ხორნაბუჯელი, 1981) და კომპოზიტურ განზრახვას (კუტალია, 1998)<sup>2</sup> შორის თავის ახალ სისხლის სამართლის კოდექსში (2001)<sup>3</sup> არჩევანი ამ პირველის სასარგებლოდ გააკეთა. ამის კვალდაკვალ ქართულმა სისხლის სამართალმა თეორიაში მისდია მთლიანი ცნების გერმანულ ვერსიას, გრადაციის ტექნიკის თვალსაზრისით<sup>4</sup>, არსებითად იმავე თეორიული გადახრებით, როგორც პირველი, ინტელექტუალურად განსაზღვრული პროტოტიპის მაგალითზე. ამრიგად, ქართული სისხლისსამართლებრივი დოქტრინა ამჟამად განასხვავებს პირველი ხარისხის პირდაპირ განზრახვასა (ზუსტი ცოდნა, როგორც შეგნებული დაშვების საგანი) და მეორე ხარისხის პირდაპირ განზრახვას (ზუსტი ცოდნა)<sup>5</sup>. როგორც ასეთი, ირიბი განზრახვაც არის და ყოველთვის იყო დუალიზებული, კერძოდ კი, ნებელობითად (მართლსაწინააღმდეგო შედეგის შეგნებული დაშვება ან მისდამი გულგრილი დამოკიდებულება), მაგრამ, მიუხედავად ამისა, თანამედროვე ქართუ-

<sup>1</sup> Б. Хорнабуджели, Психологическая сторона вины, Тбилиси, 1981, გვ. 107 (RU), შდრ. გ. ნაჭყებია, ბრალისა და სასჯელის ლოგიკური ურთიერთობის ფსიქოლოგიური დასაბუთების პრობლემა, სახელმწიფო და სამართალი, თბილისი, 1990, გვ. 20-29 (GE).

<sup>2</sup> ლ.-გ. კუტალია, Dolus Compositus, ადამიანი და კონსტიტუცია, საქართველოს საკონსტიტუციო სამართლოს ჟურნალი, 1998, № 3, გვ. 50 მმ (GE).

<sup>3</sup> შდრ. ÖStGB, §5/3 (DE).

<sup>4</sup> მხოლოდ თეორიულად, რამეთუ გერმანული სისხლის სამართლის კოდექსი მოცემულ წრილში სრულიად არასფეციფიცირებულია: DStGB, § 15 (DE).

<sup>5</sup> მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, მე-8 გამოცემა, გვ. 128 მ.

ლი სისხლის სამართალი არ განასხვავებს ერთმანეთისაგან ირიბი განზრახვის ორ ნებელობითად სხვადასხვა ხარისხს. სხვათა შორის, დოგმატური სინამდვილის status quo ლოგიკურად მხოლოდ საპირისპიროს გვკარნახობს: თუ ქართული დოქტრინამ არ განახორციელა გერმანული კონცეფციის მექანიკური რეცეფცია რეფორმატორული ორომტრიალის წიაღში, არამედ მეცნიერულად ჩამოაყალიბა ახალი სტანდარტი, მან, შესაბამისად, ირიბი განზრახვის ორი სხვადასხვა ხარისხიც უნდა განასხვავოს, სახელდობრ, პირველი ხარისხის ირიბი განზრახვა (შესაძლო მართლ-საწინააღმდეგო შედეგის შეგნებული დაშვება) და მეორე ხარისხის ირიბი განზრახვა (გულგრილი დამოკიდებულება შესაძლო მართლსაწინააღმდეგო შედეგისადმი). ეს კიდევ ერთხელ ნათლად მოწმობს, რომ - გაურკვეველი მიზეზების გამო - თანამედროვე ქართულ სისხლის სამართალში სახეზეა განზრახვის პრობლემისადმი სისტემატიკური მიდგომის მნიშვნელოვანი უკმარისობა. გარდა ამისა, მკაცრად რომ ვთქვათ, პირდაპირი განზრახვის ახალი ქართული ცნება მოიცავს არა ორმაგ, არამედ სამმაგ ნებელობითობას, რა დროსაც სრულიად მოიცავს ირიბი განზრახვის ნებელობით მხარეს: სურვილს, სამართლებრივი ზიანის ან საფრთხის შეგნებულ დაშვებასა და მათდამი გულგრილ დამოკიდებულებას. ჩვენ შორს ვართ იმ აზრისაგან, რომ სამართლებრივად გაუპოვებელი განსხვავება სურვილსა და შეგნებულ დაშვებას შორის ისევე გაიზომება, როგორც - თუ, საერთოდ, არის აუცილებელი - შეგნებულ დაშვებასა და გულგრილ დამოკიდებულებას შორის, მაგრამ ეს არავითარი ზომით არ ახდენს ზემოხსენებულ კონტექსტში თეორიული კოლიზიის დეესკალირებას. დაბოლოს, როგორც შევნიშნეთ, ირიბი განზრახვა და თვითიმედოვნება, როგორც გაუფრთხილებლობის ორიდან ერთ-ერთი დამოუკიდებელი ფორმა, ბრალის ინტელექტუალურად იდენტური ფორმებია, ისინი განსხვავდება ერთმანეთისაგან მხოლოდ ნებელობით ასპექტში (თვითიმედოვნების დროს მართლსაწინააღმდეგო შედეგების თავიდან აცილების აბსტრაქტული - ადრინდელი ფორმულირებით: ქარაფშუტული, მოქმედი ფორმულირებით: უსაფუძვლო - მოლოდინი), რის შედეგადაც, სტატისტიკური თვალსაზრისით, ბრალის ერთადერთ ფორმად, რომელიც ინტელექტუალურადაც და ნებელობითადაც უნიკალურია, გაუფრთხილებლობის მეორე სახე რჩება - დაუდევრობა (გაუთვალისწინებელი აცილებადი შედეგის არაცილება).

განსხვავებით უწინდელი თეორიული და მომდევნო საკანონმდებლო მიდგომებისაგან, ა) კომპოზიტური განზრახვის არსებითი ასპექტი არა მხოლოდ იცავს ფუნქციონირებად ინტელექტუალურ-ნებელობით სქემას დაშლისაგან, არამედ მისი ბუნებრივი ნაყოფია. ამ კონსერვატიული კონტინენტური სისტემის მოუცემლობას ჩვეულებრივ ნორმატიულ მოუწესრიგებლობამდე მივყავართ, როგორც ამას ადგილი

აქვს ანგლო-ამერიკულ დოქტრინაში ან თუნდაც თვით თანამედროვე კონტინენტურ დოქტრინაში, მაგალითად, ფრანგულ სისხლის სამართალში განზრახვის ცნებასთან მიმართებაში (*intention méchante, intention frauduleuse, intention de nuire, animus injuriandi etc.*)<sup>1</sup> ან გერმანული სისხლის სამართლის დოგმატურ ლაბირინთებში ექსტრასამართლებრივი *dolus antecedens*-ისა და *dolus subsequens*-ის სახით<sup>2</sup>, ან *dolus generalis*-ის თანამედროვე აღქმა და ა. შ.<sup>3</sup>; ანაც, როგორც ამას ადგილი ჰქონდა, განსხვავებით განზრახვის არასპეციფიცირებული ცნებისაგან რომაულ სისხლის სამართალში, კვლავაც განზრახვის ცნებასთან მიმართებაში შუა საუკუნეების სუბიექტივიზმის ფარგლებში (*dolus praemeditatus, dolus impetus, dolus directus, dolus indirectus, dolus generalis*), ისევე როგორც გაუფრთხილებლობის ძველ (რომაულ) ცნებასთან მიმართებაში (*culpa lata [culpa lata ignaviae, culpa lata versutiae], culpa in concreto [diligentia, quam in suis], culpa levis*).<sup>4</sup> ამასთანავე, ქართულ სისხლის სამართალში ინტელექტუალურ-ნებელობითი სისტემა რჩება დომინანტურ პარადიგმად ბრალის სფეროში. უფრო მეტიც: ქართული სისხლის სამართლის ტრადიციული სკოლის ერთ-ერთ ფუძემდებელს გიორგი ტყეშელიაძეს განზრახული ჰქონდა ეს ურთიერთობა თვით ბრალის ცნებამაც დეფინიციურად წარმოეჩინა. *ბრალის ინტელექტუალურ-ნებელობითი ცნების* (ტყეშელიაძე, 2001)<sup>5</sup> მიხედვით, საქმე გვაქვს ფსიქოლოგიური ასპექტის სამართლებრივად რელევანტურ კონკრეტიზებასთან, კერძოდ კი, ის განსაზღვრავს ბრალს, როგორც სუბიექტის *ინტელექტუალურ-ნებელობით დამოკიდებულებას მართლსაწინააღმდეგო შედეგისადმი*, ნაცვლად ფსიქიკური დამოკიდებულებისა ზოგადად. ამას შესაძლოა დავძინოთ ნორმატიული ელემენტი (როგორც ეს, ჩვეულებრივ, ქართულ სისხლის სამართალში ხდება) ან არ დავძინოთ (როგორც ამას, ჩვეულებრივ, რუსულ სისხლის სამართალში აქვს ადგილი), თვით სპეციფიცირება, ყოველ შემთხვევაში, ზუსტია. თუმცაღა მთავარი კითხვა განსახილველ კონტექსტში შემდეგში მდგომარეობს: რის პირისპირ აღმოჩნდა სისხლის სამართლის ასეთი თეორია, ე. ი. ხორნაბუჯელის მიერ აღმოჩენილი ვაკუუმის შედეგად? ჩვენ, უწინარეს ყოვლისა, შეგვიძლია ვივარაუდოთ, რომ მსგავსი ქცევა ფორმალურად უფრო ახლოს დგას პირდაპირ განზრახვასთან (კოგნიტიური იდენტურობის გამო) ან ირიბ განზრახვასთან (ნებელობითი იდენტურობის გამო), მაგ-

<sup>1</sup> რომ არაფერი ვთქვათ განზრახვის პრინციპზე: Code Pénal Français, Ed. Dalloz, 1994-1996, Art. 121-3 (FR), following R. Griffon, *De l'intention en droit penal*, Paris, 1911, გვ. 20 (FR), რომელსაც საკითხი სისხლის სამართლის კანონმდებლობიდან სისხლის სამართლის თეორიაში გადააქვს (თუმც სხვაგვარად ჯერ კიდევ R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, Paris, 1952, გვ. 83 (FR).

<sup>2</sup> K. Lackner, *StGB, Kommentar*, 22. Aufl., § 15/9 (DE).

<sup>3</sup> *Ibid.*, 15/11.

<sup>4</sup> იხ. კუტალია, ბრალი, გვ. 51 მმ, 81 მ და *passim*.

<sup>5</sup> სისხლის სამართლის კათედრის საგაზაფხულო სხდომის მასალები, თსუ, 2001 (GE).

რამ, უცილობელი ფაქტის თანახმად, მოცემულ პირობებში ბრალის ორივე ქვესახიდან არც ერთი სრულად მოცემული არ არის. მეორეც, რადგანაც ქცევა უთუოდ უნდა იქნეს კრიმინალიზებული და პენალიზებული, ინტელექტუალურ-ნებელობით კომპონენტთა ტრადიციული სისტემის შენარჩუნების ერთადერთი შესაძლო გზა მიუთითებს კომპოზიტური განზრახვის, როგორც პირდაპირი განზრახვის ინტელექტუალური კომპონენტისა (დაბეჯითებით გათვალისწინებული მართლსაწინააღმდეგო ეფექტი) და ირიბი განზრახვის ნებელობითი კომპონენტის(-ების) (მართლსაწინააღმდეგო შედეგი, როგორც შეგენბული დაშვების ან გულგრილი დამოკიდებულების საგანი), აღმოცენებაზე. დაბოლოს, თუ ჩვენ უპირატესობას ირიბი განზრახვის ნებელობითი ასპექტის პირდაპირი განზრახვის ცნებაში ინტეგრირებას ვანიჭებთ და ამის შედეგად პირდაპირი განზრახვის სამმაგი ნებელობითობით, ირიბი განზრახვის ორმაგი ნებელობითობის გვერდიგვერდ, ოპერირებას ვარჩევთ, მაშინ ძირეული სისტემის, სულ მცირე, რესტრუქტურიზებას ან უკუგდებას უნდა ვისახავდეთ მიზნად და ამის თეორიული აუცილებლობა, კლასიკური სისხლისსამართლებრივი დოქტრინის თვალსაზრისით, არ არსებობს.

ერთის მხრივ, წარმოდგენილი კორელაცია სხვა ყველაფერია, გარდა წმინდად ფორმალურისა, რამეთუ იმავე საკითხის მეორე მხარეს სისხლის სამართლის თეორია სასჯელისა და მისი ხარისხის პრობლემის წინაშე დგას - ყველაზე სენსიტიური დეფინირების საგნები სისხლის სამართალში. როდესაც მოცემულია 1) პირდაპირი განზრახვის ინტელექტუალური კომპონენტი და 2) ირიბი განზრახვის ნებელობითი კომპონენტი, ეს პრინციპულად ნიშნავს, რომ *ქმედება უფრო ინტენსიურად დასჯადი უნდა იყოს, ვიდრე ირიბი განზრახვა, და ნაკლებ ინტენსიურად, ვიდრე პირდაპირი განზრახვა*, როგორც ამას ადგილი აქვს ბ) კომპოზიტური განზრახვის ფუნქციონალური ასპექტის მაგალითზე. მაგრამ ხორნაბუჯელის ფორმულის ანუ საკანონმდებლო ფორმულის მიხედვით, სადაც ორივე შემთხვევაში ქმედება დასჯადია როგორც პირდაპირი განზრახვა. თუმცა ორივე მიდგომა გამორიცხავს სურვილს როგორც სასჯელის საგანს, ეს პასუხისმგებლობას მხოლოდ ნაწილობრივ ამსუბუქებს, რადგან ქმედება კვლავ რჩება დასჯადი როგორც პირდაპირი განზრახვა და თეორიულად გაბატონებული ინტელექტუალურ-ნებელობითი სისტემის ძირითადი დოგმატური მოთხოვნები, განზომილებათაშორისი თვალსაზრისით, არ სრულდება. ამიტომაც არის, რომ თეორიულად ადეკვატური შემსუბუქება კომპოზიტური განზრახვის ცნების მიღმა მიულწეველია, რომელიც ქმედებას თავისივე სპეციფიკური სიდიდით არეკლავს, კერძოდ კი, როგორც უფრო დაბალს, ვიდრე პირდაპირი განზრახვა და როგორც უფრო მაღალს, ვიდრე ირიბი განზრახვა.

## C

**Dolus Compositus vs. Dolus Directus Voluntatis**

რა დროსაც პირდაპირი განზრახვის ინტელექტუალური ცნების შემოღებით ქართველი კანონმდებელი ამსუბუქებს ნაკლებად, ვიდრე სისტემატიკურად შესაძლებელია, პირდაპირი განზრახვის ნებელობითი ასპექტის აქცენტირებით (პირდაპირი განზრახვის ავსტრიული ნებელობითი ცნების ქართული ვარიაცია<sup>1</sup>) ის ამძიმებს უფრო მეტად, ვიდრე სისტემატიკურად შესაძლებელია და ეს, სისხლის სამართლის მათემატიკის თვალსაზრისით,<sup>2</sup> არსებითად იგივე შედეგია. თუ სუბიექტს მართლსაწინააღმდეგო შედეგი კატეგორიულად სურს, მაგრამ ითვალისწინებს მისი ობიექტივირების მხოლოდ შესაძლებლობას (ცუდი მსროლელი, დაზიანებული იარაღი, მეტისმეტად დიდი მანძილი და ა. შ.), ასეთი ქმედება საქართველოში რეფორმატორულ პერიოდამდე დასჯადი იყო როგორც ევენტუალური განზრახვა. ამ ქცევის შერაცხვა სუბიექტისთვის როგორც პირდაპირი განზრახვა ამკარად შეუთავსებელი იქნებოდა სისხლისსამართლებრივ კანონმდებლობასთან (პირდაპირი განზრახვის ინტელექტუალური კომპონენტის მოუცემლობა), სისხლის სამართლის ფუძემდებლურ პრინციპთა მთელი რიგის ratio-ს გათვალისწინებით (მაგალითად, *cogitationis poenam nemo patitur*, ანალოგიის აკრძალვა; რომ არაფერი ვთქვათ ამჯერად *nullum crimen*-სა და *nulla poena*-ს პრინციპებზე), ე. ი. ეს ტექნიკურად შეუძლებელი იყო<sup>3</sup>. მოკლედ რომ ვთქვათ, მართლმსაჯულება იყო სრულიად უმწეო<sup>4</sup> ევენტუალურად გათვალისწინებული მართლსაწინააღმდეგო შედეგის მომცველ ქმედებებში სურვილთან მიმართებაში. სასამართლოები, ჩვეულებრივ, აკეთებდნენ იმას, რაც უნდა ეკეთებინათ: სასამართლო სისტემა უგულვებელყოფდა *pro reo* ფაქტობრივ სურვილს თავის ბრალის კონკრეტული ფორმის დამაფუძნებელ თვისებაში, რამეთუ მას არ ძალუძდა დაყრდნობოდა ამ კონტექსტში სამართლებრივად რელევანტურ სურვილს მოცემული საკანონმდებლო სინამდვილის შესაბამისად. ცხადია, ხსენებული ფაქტობრივი მიმართება, როგორც წესი, ამძიმებდა სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას, მაგრამ მხოლოდ ირიბი განზრახვის ფარგლებში ანუ როგორც მეორა-

<sup>1</sup> ÖStGB, §5/1 (DE).

<sup>2</sup> იხ. L.-G. Kutalia, *Die Schuld im Strafrecht*, Online Version (Zusammenfassung), 2008, Universität Wien, Phaidra, გვ. 876 (DE).

<sup>3</sup> მთლიანი სპექტრის შეუქცევადობისადმი A. Махарадзе, О судебном решении Конституционного Суда Грузии об обратной силе уголовного закона, Часопис Київського Університету Права, Ювілейний Випуск, Kiev, 2016/4, გვ. 398 მმ (RU).

<sup>4</sup> მისი მეტად თუ ნაკლებად ლეგისლატიურად კონტემპლაციური ბუნების გამო. ამის საპირისპიროდ იხ. L.-G. Kutalia, *Extraordinary Conclusions of Supreme Court*, in: L.-G. Kutalia, *Lagma*, Jubilee Edition, 100 volumes, EASPH Mary, Georgia, 2018, ტ. XXX (EN), ონლაინ: [www.nplg.gov.ge](http://www.nplg.gov.ge), [www.archive.org](http://www.archive.org), ბეჭდური ვერსია: თსუ-ს გამომცემლობა, თბილისი, 2019.

დი სუბიექტური ელემენტი. მიუხედავად ამისა, მართლმსაჯულება აწყდებოდა პირველ შემთხვევაში ბევრად უფრო დისკომფორტულ სირთულეებს, რა დროსაც უწევდა ფაქტობრივი სურვილის სამართლებრივ სურვილში გარდასახვა პასუხისმგებლობის დამძიმების მიზნით, ვიდრე უკანასკნელ შემთხვევაში, როდესაც სასამართლოებს უწევდათ ფაქტობრივი სურვილის უგულებელყოფა პასუხისმგებლობის შემსუბუქების მიზნით. უნდა ვაღიაროთ, რომ ამ ასპექტში „ნებელობითი“ ტრანსფორმაცია დოგმატურად უფრო მეტად გაბედულიცაა, ვიდრე „ინტელექტუალური“ გარდასახვა. პირდაპირი განზრახვის პირველი ცნების საწინააღმდეგოდ კუტალიას ცენტრალური არგუმენტის მიხედვით, „სურვილი შეიძლება სისხლისსამართლებრივად რელევანტური იყოს მხოლოდ იმის ფარგლებში, რასაც სუბიექტი კონკრეტულად ითვალისწინებდა“<sup>1</sup>. ამის შედეგად კუტალია კომპოზიციური განზრახვის ცნებას აყალიბებს ბრალეული ქცევის ერთადერთი სახით, ე. ი. ქვესახეების გარეშე. ამჯერად ჩვენ ვხსნით ამ დოგმატურ ჩარჩოებს და მივიჩნევთ, რომ პირდაპირი განზრახვის ნებელობითი კომპონენტისა და ირიბი განზრახვის ინტელექტუალური კომპონენტის კომბინაციას არსებობის არანაკლები უფლება აქვს, ვიდრე პირდაპირი განზრახვის ინტელექტუალური კომპონენტისა და ირიბი განზრახვის ნებელობითი კომპონენტის კონსტელაციას. თუმცადა სისტემატიკური სკეპტიციზმი ორივე ლეგისლაციურ მიდგომასთან მიმართებაში კვლავაც მეტია, ვიდრე მხოლოდ ფორმალური, კონსენსუსის გაურკვეველი პერსპექტივით, მიუხედავად ნებისმიერი კომპრომისებისა.

ავად თუ კარგად, ახალი სისხლის სამართლის კოდექსის 9/2 მუხლში ქართველი კანონმდებელი პირდაპირი განზრახვის ცნებაში ირიბი განზრახვის ინტელექტუალური კომპონენტის ინტეგრირებას ახდენს<sup>2</sup>, ცნების, ზემოხსენებული გაგებით, ორ ხარისხად დაყოფის გარეშე. უწინარეს ყოვლისა, როგორია ფაქტობრივი კორელაცია ბრალის სტრუქტურულ ნებელობით და ინტელექტუალურ ელემენტებს შორის ამ საკანონმდებლო ტრანსფორმაციის ფარგლებში: არიან ისინი ფუნქციონალურად თანსწორი ელემენტები თუ ერთი მათგანი პირველადი, მორიგი კი მეორადი ფუნქციონალური მნიშვნელობისაა? თანასწორობის შემთხვევაში ბრალეული ქცევის ერთ-ერთი ორი ლეგისლაციურად ახლად აღმოჩენილი სახიდან, მივდევთ რა არსებულ ლეგისლაციურ მეთოდოლოგიას, პირდაპირ განზრახვას უნდა განეკუთვნებოდეს და მეორე მათგანი ირიბ განზრახვას, რამეთუ ახლებური ორიენტაციის კრიტერიუმად თვისებრივად სხვადასხვა კომპონენტებია შერჩეული; პრიორიტეტულობის შემთხვევაში შედეგი იგივე უნდა დარჩეს იმავე მიზეზის გამო,

<sup>1</sup> კუტალია, ბრალი, გვ. 763.

<sup>2</sup> შდრ. ÖStGB, §5/1 (DE), УКРФ ст. 25/2 (RU).

რადგან ის თვისებრივად ურთიერთგანსხვავებული კომპონენტები თავიდანვე განეკუთვნება განზრახვის სხვადასხვა ფორმას. ორივე ახალი კომბინაციის ინტეგრირება პირდაპირ განზრახვაში ანუ განზრახვის იდენტურ ფორმაში ნიშნავს ყოველგვარი კონსტიტუციური ურთიერთობის უარყოფას ბრალის ნებელობით და ინტელექტუალურ ასპექტებს შორის, ე. ი. კონსტიტუციური სისტემის უარყოფას ბრალის სფეროში. უფრო ზუსტად, სტერეოტიპული ინტელექტუალურ-ნებელობითი სქემა, როგორც ჩანს, მხოლოდ თეორიულად და დიდაქტიკურად არის დომინანტური, მაგრამ უკვე არა ლეგისლაციურად. გარდა ამისა, წმინდად თეორიულ ასპექტში, განსხვავებით ზემომოტანილი სასამართლო პრაქტიკიდან გამომდინარე ინდუქციური დასკვნებისა, ორივე მოდელი დამამძიმებელი მოდელია, რადგან ორივე მათგანი წყვეტს კოლიზიის პრობლემას პირდაპირი განზრახვის სასარგებლოდ.

ძირითადი საკითხი, რომელიც ამ კონტექსტში წამოიჭრება, შეეხება ორივე საკანონმდებლო მიდგომის ამოსავალ მოტივაციას. რასაც ჩვენ უკვე ვუწყით, ეს მოტივაციები არ ეფუძნება ბრალის სფეროს კონსტიტუციური დიფერენცირების სფეროს. ამასთანავე, რომელი კონკრეტული კრიტერიუმი აპირისპირებს ერთმანეთთან ამ პარალელურ მიდგომებს? დოგმატურად და/ან სისტემატიკურად შესაძლო ერთადერთი პასუხი მდგომარეობს სუბიექტივიზმისა და ობიექტივიზმის კონფრონტაციაში, რაც, ერთი შეხედვით, უხილავია, ვინაიდან ორთავე, ინტელექტუალური ან ნებელობითი ელემენტები, სრულიად სუბიექტური ცნების სრულიად სუბიექტური კომპონენტებია<sup>1</sup> - ბრალისა. თუმცაღა საფუძვლიანი მზერა განსხვავებულ რეალობაზე მითითებს. როდესაც სუბიექტს *სურს* თავისი ქცევის გარკვეული ეფექტი, ქმედება *სუბიექტურად* არის მიმართული შედეგისკენ (*mens rea ≠ actus reus*) და როდესაც სუბიექტი *გარდუვალად მოელის* თავისი ქცევის გარკვეულ ეფექტს, ქმედება *ობიექტურად* მიიმართება შედეგისკენ (*mens rea = actus reus*). სურვილთან მიმართებაში ქმედება ობიექტურად არ იზომება, რა დროსაც კონკრეტული მოლოდინის შემთხვევაში ობიექტური მასშტაბით აღქმადი ორიენტაცია ერთმნიშვნელოვანდ მოცემულია. მაშასადამე, პასუხი უდავოდ პრინციპულ კითხვაზე, თუ რომელი მოდელია პირდაპირ განზრახვასთან კონცეპტუალურად უფრო ახლო, არსებითად ორგვარია: სუბიექტურად პირდაპირ განზრახვასთან უფრო ახლოს დგას ნებელობითად პროფილირებული კომბინაცია, ობიექტურად - კოგნიტიურად პროფილირებული.

ამავე დროს, განზრახვის, ისევე როგორც გაუფრთხილებლობის, ორი სხვადასხვა სახის დიფერენცირების გადამწყვეტი ფორმალური კრიტერიუმი, როგორც უკვე

<sup>1</sup> ა. მახარაძე, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დანაშაულში დახმარებისათვის, თბილისი, 2006, გვ. 244 მ (GE).



შეწინააღმდეგებ, ნებელობითი ასპექტია. სხვაგვარად ირიბი განზრახვა ვერ იქნებოდა ადეკვატური მთავარი განსაზღვრება (ქმედება *ნებელობითად* [შედეგის შეგნებულის დაშვება ან მისდამი გულგრილი დამოკიდებულება] ირიბად ორიენტირებულია კონკრეტულად რელევანტურ შედეგზე), არამედ ჩვენ შევძლებით მხოლოდ ევენტუალური განზრახვის სახით მის ალტერნატიულ დეფინიციაზე (თავის ევენტუალურობაში ინტელექტუალურად მოსალოდნელ შედეგზე მითითებით), როგორც მთავარ დეფინიციაზე საუბარს. სხვა მხრივ, თანამედროვე სისხლის სამართლის დოქტრინა მიდრეკილია ქმედებათა უპირატესად ობიექტური სტანდარტების შესაბამისად შეფასებისკენ (მაგალითად, ე. წ. ობიექტური შერაცხვის თეორემის ჩათვლით), რაც, თავის მხრივ, „ინტელექტუალური“ ვარიაციის სასარგებლოდ მეტყველებს. თუმცაღა თუ რაოდენ გამოსდის თანამედროვე სისხლის სამართალს, თანაბრად აიცილოს თავიდან სუბიექტივისტური და ობიექტივისტური მიდგომები, ცალკე საკითხია. ჩვენ აქ მივუთითებდით მხოლოდ დანაშაულის ჰეტერარქიულ სისტემაზე, სადაც სუბიექტური და ობიექტური სტანდარტების ეკვივალენტურობა არა მხოლოდ თანმიმდევრულად პროკლამირებული, არამედ განხორციელებულია<sup>1</sup>.

ქართველი კანონმდებლის პრინციპული არჩევანი მორიგ, მაგრამ არანაკლებ ვიტალურ ასპექტში თვალსაჩინოა. ბრალის ქვესახეთა რაოდენობის მინიმუმირებულად შენარჩუნების ან ინტელექტუალურ-ნებელობითი სისტემის ძირეულ სტრუქტურულ კორელაციათა უგულებელყოფის დილემის ფარგლებში მან არჩევანი პირველი შესაძლებლობის სასარგებლოდ გააკეთა. ასეთი არჩევანი ერთობ კომფორტულია იმ ფაქტის გათვალისწინებით, რომ ის გამორიცხავს სიცარიელეს, როგორც ასეთს, და სისტემატიკურად არ მოითხოვს განსაკუთრებულ ძალისხმევას, არამედ მიიღწევა სუბსტანციურ ელემენტთა მექანიკური გადაჯგუფებით. მიუხედავად ამისა, ამ კონტექსტშიც ბევრად უფრო რაციონალური გამოსავალი მოიპოვება. მართალია, ვერც ნებელობითი და ვერც ინტელექტუალური ასპექტი თავის არსებულ ფორმაში ვერ გამოდგება მხოლოდობით მთავარ ორიენტირად ბრალის ქვესახეთა დაფუძნებისა და დიფერენცირების თვალსაზრისით, მარტოდენ ტექნიკური მიზეზების გამო, განზრახვის ორივე ფორმა ფუნქციონალურად შეიძლება დაეფუძნოს მხოლოდ ინტელექტუალურ ასპექტს და გაუფრთხილებლობის ორივე ფორმა შეიძლება ფუნქციონალურად ეფუძნებოდეს მხოლოდ ნებელობით ასპექტს. ეს არა მხოლოდ შეინარჩუნებდა ბრალის ქვესახეებს მინიმუმირებულად, არამედ იმავე დროულად მოახდენდა იმავე ქვესახეთა მინიმუმირებას სუბსტანციურად, ნაცვლად ინტელექტუალურ და ნებელობით კომპონენტთა რაოდენობის მაქსიმი-

<sup>1</sup> L.-G. Kutalia, Handlungslehre. Strafrechtliche Konzeption, Göttingen, 2011, გვ. 194 მმ (DE).

ზირების ავსტრიული - თუმც ნაწილობრივ სპეციფიცირებული - გაგებით. რასაკვირველია, ჩვენ ვერ ვხედავთ სისტემატიკურად დეზინტეგრაციული რაციონალიზმის აუცილებლობას, მაგრამ ეს ვერავითარი ზომით ვერ იქნებოდა იმაზე ზედმეტი, ვიდრე პირდაპირი განზრახვის სისტემატიკურად დეზინტეგრაციული ქართული (ან რუსული) საკანონმდებლო კომპლემენტირება.

კომპოზიტური განზრახვა, რომელიც ორივე შემთხვევაში ბუნებრივად, წმინდად დესკრიფციულად გამომდინარეობს ინტელექტუალურ-ნებელობითი სქემის ისტორიულად დამკვიდრებული სტრუქტურული თავისებურებებიდან, არ მოითხოვს, ნებისმიერი სხვა ხელოვნური მიდგომის საპირისპიროდ, გამართული სისტემის დაშლას. სრულიად უმნიშვნელოა, პირდაპირი განზრახვის ინტელექტუალურ კომპონენტს ირიბი განზრახვის ნებელობით კომპონენტთან(-ებთან) შევადარებთ თუ პირიქით, პირდაპირი განზრახვის ნებელობითი კომპონენტი შეერთდება ირიბი განზრახვის ინტელექტუალურ კომპონენტთან, ორივე შემთხვევაში კოგნიტიურად საქმე გვაქვს კომპოზიტურ განზრახვასთან. ეს ცნება წარმოიქმნება ავტონომიურად, ეს არის თვით სისტემის მიერ შემოთავაზებული შესაძლებლობა. თუ ჩვენ ამოსავალ მომენტად არსებულ საკანონმდებლო გარდასახვებამდე და შემდგომ ლეგისლაციურ და სასამართლო ასპექტებს შორის კორელაციას შევარჩევთ, კომპოზიტური განზრახვის ფორმა, რომელიც პირველ კომბინაციას წარმოადგენს, შემამსუბუქებელი ბუნებისაა, და უკანასკნელი ინოვაციის შესატყვისი ფორმა ამძიმებს თავისი შემადგენლობით სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას, რომელიც მოცემულია status quo ante-ს ფარგლებში – თეორიულად რელატიური დეფინიციები, რამეთუ ჭეშმარიტად თეორიულად კომპოზიტური განზრახვა არც ამძიმებს და არც ამსუბუქებს სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას, ის ინტრასისტემატიკური ნეიტრალური ინდიკატორია. ამრიგად, თავდაპირველი კომპოზიტური განზრახვა (1998) შეიძლება განვსაზღვროთ როგორც *პირველი ხარისხის კომპოზიტური განზრახვა* (დასჯადობის უფრო მაღალი ხარისხის გამო) და განსახილველი კომპოზიტური განზრახვა (2019) როგორც *მეორე ხარისხის კომპოზიტური განზრახვა* (დასჯადობის უფრო დაბალი ხარისხის გამო): ევენტუალური ზიანი ვერ გამოიწვევს იმავე ან უფრო დაბალი ხარისხის სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას, ვიდრე მკაცრად გათვალისწინებული ზიანი, მიუხედავად იმ გარემოებისა, თუ რა სდევს მას ნებელობითად თან - სურვილი თუ შეგნებული დაშვება ან გულგრილი დამოკიდებულება. ეს თეორიული რეკომენდაცია, რა თქმა უნდა, ზოგადად გათვალისწინებულია არა მხოლოდ ახლად რეფორმირებული ქართული სისხლის სამართლისთვის, არამედ ნებისმიერი სხვა კონტინენტური სისხლისსამართლებრივი დოქტრინისთვის ანალოგიური ინტელექტუალურ-ნებელობითი ტრადიციებით, გერმანული სისხლის სამართლის ჩათვლით.

## სისხლის სამართლის განხორციელება

### განგრძობადობის თეორია

#### შესავალი

სისხლის სამართალი არასოდეს ისახავს მიზნად დამნაშავეს დასჯას დელიქტური ქცევისათვის, არამედ დანაშაულის თავიდან აცილებას. სასჯელთა დიფერენცირებისა და წინასწარი ინდივიდუალიზაციის მთავარი კრიტერიუმიც სწორედ პრევენციაა. მიუხედავად ამისა, სამართლის ეს დარგი ხელშეუვალ ყოვლისმომცველ უსაფრთხოებას ვერ უზრუნველყოფს და ვერც ვერასოდეს უზრუნველყოფდა, სასტიკი თუ განსაკუთრებით სასტიკი სასჯელების (სხეულებრივი სასჯელი, სიკვდილით დასჯა, დამასახიჩრებელი სასჯელი და ა. შ.) არსებობის პირობებშიც კი. აქედან გამომდინარე, ლოგიკურად ისმის კითხვა, თუ როგორ ხორციელდება, უწინარეს ყოვლისა, მატერიალური სისხლის სამართალი და თუ რა არის კოდირებული მატერიალური სისხლის სამართლის სანქციაში: დასჯადობა თუ სასჯელი? პირველ შემთხვევაში სისხლის სამართლის უმთავრეს მიზანს სწორედ ინდივიდუალური უსაფრთხოების უზრუნველყოფა წარმოადგენს და აქ ფორმალურ-ლოგიკური ჯაჭვი მატერიალურ და ფორმალურ სისხლის სამართალს შორის, საერთოდ, გაწყვეტილია, მატერიალური სისხლის სამართალი მოცემული მიზნის შესაბამისად ხორციელდება მანამ, სანამ სანქცია თავის ვირტუალობაში პრევენციულად ეფექტურია და ნორმის დისპოზიციაში აღწერილი სამართლებრივად შეუწყნარებელი დევიაცია (მკვლელობა, სხეულის დაზიანება, გაუპატიურება თუ სხვა) ობიექტური სინამდვილის ფარგლებს მიღმაა ლოკალიზებული; უკანასკნელ შემთხვევაში ანუ როდესაც სისხლის სამართლის კოდექსით აღწერილ სასჯელში საკუთრივ სასჯელია კოდირებული, განმსაზღვრელი მიზანი დეგრადირებს - ამოსავალ მომენტს ამჯერად უკვე მხოლოდ სისტემური უსაფრთხოების უზრუნველყოფა წარმოადგენს, რა დროსაც მატერიალური სისხლის სამართლის განხორციელების სფერო მნიშვნელოვნად ფართოვდება, მისი ნამდვილობა ცალსახად დამოკიდებული ხდება სისხლის სამართლის პროცესისა და სასჯელადსრულებითი სამართლის განხორციელებაზე. De lege lata, რა თქმა უნდა, ყოველთვის უკანასკნელი ვითარებაა.

გადავავლოთ თვალი, თუ რა კონცეფციებთან გვაქვს საქმე განსახილველ ჭრილში - ძირითადად - თანამედროვე სისხლის სამართლის თეორიაში. შესაბამისი ანალი-

ზის შედეგად აღმოვაჩინეთ, რომ მოცემულია ხუთი ორიგინალური კონცეფციის მომცველი სამი ძირითადი მიმართულება. გაბატონებულად მიიჩნევა კ. როქსინის მოძღვრება სისხლის სამართლის სტადიალური ანუ სამსაფეხურიანი განხორციელების შესახებ, რომლის მიხედვითაც მატერიალურ სისხლის სამართალზე იერარქიულად აიგება სისხლის სამართლის პროცესი, ხოლო ამ უკანასკნელს ასევე იერარქიულად მოსდევს სასჯელადსრულებითი სამართალი. ამ მიმართულებაში მეტნაკლებად სჭარბობს დიდაქტიკური საწყისი და უნდა აღინიშნოს, რომ ის, ამ მხრივ, განსაკუთრებული მოხდენილობითაც გამოირჩევა, არანაკლებ, ვიდრე, მაგალითად, დანაშაულის სამსაფეხურიანი სისტემა, იქნება ეს თავის კლასიკურ თუ ნეოკლასიკურ გამოვლინებაში. შესაბამისად, მოცემული მიმართულება შეიძლება განვიხილოთ როგორც სისხლის სამართლის განხორციელების დიდაქტიკური მიმართულება. ვინაიდან ორ მომდევნო საფეხურს პირველი წინამორბედი საფეხურის გარეშე სინამდვილე არ აქვს, მნიშვნელოვან ყურადღებას ამავე მიმართულების ფარგლებში იპყრობს აგრეთვე თეორიული ცილობა იმის თაობაზე, სისხლის სამართლის პროცესი და სასჯელადსრულებითი სამართალი უნდა განიხილებოდეს როგორც მატერიალური სისხლის სამართლის დამხმარე დანამატი (გაბატონებული თვალსაზრისი) თუ როგორც თვითკმარი საფეხურები (რისკენაც დღეს უკვე ზოგიერთი წამყვანი თეორეტიკოსიც იხრება).

მეორე ძირითად მიმართულებას, პ. ი. ა. ფონ ფოიერბახის კლასიკური თვალთახედვის გამოკლებით, ზოგადად შეიძლება ეწოდოს პოზიტივისტური მიმართულება. კონკრეტულად კი ამ მიმართულებით მოცულ სამივე კონცეფციას აერთიანებს ის, რომ დელიქტურ ქცევას სხვადასხვა ფორმითა და შინაარსით გაჰყავს დელინკენტი სახელმწიფოსთან სამართლებრივი ურთიერთობის ფარგლებიდან. ფოიერბახთან განსახილველი ჰიპოთეზის ქვაკუთხედს წარმოადგენს მისივე თეორია ნეგატიური ზოგადი პრევენციის შესახებ. სახელმწიფოს ის მოუწოდებს იმგვარად შექმნას სისხლის სამართლის ნორმის სანქცია, რომ სუბიექტს შეაკავებინოს თავი დანაშაულის ჩადენისაგან. ამისდა კვალად, სადაც სასჯელით მუქარა წარმოქმნის ეფექტურ პრევენციულ დაშინებას, სამართლებრივი ურთიერთობა სუბიექტსა და სახელმწიფოს შორის, ფოიერბახისეული, განყენებული გაგებით, მოცემულად მიიჩნევა და პირიქით: დანაშაულის ჩადენის ყოველი ფაქტი სცილდება ნეგატიური პრევენციით შემოგარსული სფეროს სამნებს, რის გამოც ფოიერბახს თავისი სასჯელის თეორიის სასარგებლოდ დანაშაულის სუბიექტი გაჰყავს სახელმწიფოსთან “სამართლებრივი” ურთიერთობის ფარგლებიდან. ფოიერბახი განსახილველ დებულებას პოზიტიური სამართლის მაგალითზე არ ან ვერ ასაბუთებს, ყოველ შემთხვევაში, მის შემოქმედებაში ამის დამადასტურებელი შეხედულებები არ მოიძიება.

ამიტომაც მისი ჰიპოთეზა, შეიძლება ითქვას, ჰიპოთეზადვე დარჩა. ამის საპირისპიროდ გ. ნაჭყებიას *პროცესუალური ელიმინაციის მოძღვრება* ეფუძნება ისეთ პოზიტივისტურ მტკიცებულებებს, რომელთა უკუგდება ობიექტურად შეუძლებელია, კერძოდ კი, მან იმაზე მითითებით, რომ დანაშაულის ჩამდენ პირს თავისი ქმედების „გამო და ფარგლებში“ არც სისხლისსამართლებრივი უფლება მოეპოვება და არც სისხლისსამართლებრივი მოვალეობა, დაასკვნა, რომ აქ (სისხლის)სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტი წარმოდგენილი ვერ იქნება, არამედ დანაშაულის ჩადენას პირი კონკრეტულად გაჰყავს სახელმწიფოსთან (სისხლის)სამართლებრივი ურთიერთობის ფარგლებს მიღმა. პოზიტივიზმზე აპელირებს გ. იაკობსის ე. წ. მტრის სისხლის სამართალიც, რა დროსაც დანაშაულის სუბიექტის დეპერსონალიზებას ესწრაფვის. ნაჭყებიას მოძღვრებისაგან განსხვავებით, მოცემულ შემთხვევაში იგულისხმება არა ცალკე აღებული ნებისმიერი დანაშაული, არამედ მხოლოდ ნოტორიული დელინკვირება. აღსანიშნავია, რომ იაკობსის მიერ პოსტულირებული დეპერსონალიზაცია მოკლებულია დამაჯერებლობას, რამეთუ ის ა) ცდილობს რა მხოლოდ უფლების ელიმინირებას, ხელუხლებელს ტოვებს მოვალეობას და ბ) სამართლებრივი უფლების ფენომენი და მტრის სამართლებრივი ცნება ერთმანეთთან შეუთავსებელი კატეგორიები არ გახლავთ.

მესამე ძირითად მიმართულებას განგრძობადობის თეორია (2010) აყალიბებს, რომლის მიხედვითაც მატერიალური სისხლის სამართალი მხოლოდ როდი იმუქრება სასჯელით, არამედ *სასჯელის შეფარდებაც და აღსრულებაც მატერიალური სისხლის სამართლის განხორციელებაა*. მატერიალური სისხლის სამართალი არ ხორციელდება იქ, სადაც დანაშაულის სუბიექტი პროცესუალური თუ სააღსრულებო დარღვევების გამო არ ისჯება, მაგრამ არა პირიქით: სისხლის სამართლის კოდექსი აწესებს და არა “აღწერს” სასჯელს. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ის კი არ აღწერს, მეთვალყურეობს ან ზედამხედველობს გარეგან მიმდინარეობას, არამედ ქმნის შესაბამის რეალობას. განსახილველი პროცესი მოიცავს როგორც გენერირებულ მოვალეობებს, ისე სპეციფიცირებულ უფლებებს. ამავე დროს, განგრძობადობის კონცეფცია არსებითად მეტადიდაქტიკური, მეტაპოზიტივისტური კონცეფციაა, რომელიც არც ერთ სფეროს უვლის გვერდს და არც მეორეს, მაგრამ თანაბრად იზღვევს თავს როგორც შესაძლო ინტრადიდაქტიკური, ისე შესაძლო ინტრაპოზიტივისტური წინააღმდეგობებისაგან. რაც შეეხება მატერიალური სისხლის სამართლის პრაგმატული განვითარების სტრატეგიას, მისი გასაღები სხვა სიბრტყეზე ძვეს, ვიდრე ამას თანამედროვე დოგმატიკა გვკარნახობს. სხვათა შორის, არა მეტი ფილოსოფია, როგორც ამას გაბატონებული რუსული სისხლის სამართლის მოძღვრება ესწრაფვის,

არც მეტი სოციოლოგია, რისკენაც, თავის მხრივ, დასავლური სისხლისსამართლებრივი დოქტრინა ილტვის, არამედ უფრო მეტი კრიმინოლოგია.

## I

### სისხლის სამართლის სტადიალური განხორციელება (კლაუზ როქსინის სისხლისსამართლებრივი პირამიდა)

კ.როქსინის სისხლის სამართლის სტადიალური ანუ იერარქიული (საფეხურებიანი) განხორციელების შესახებ მოძღვრების მიხედვით, „სისხლის სამართალი ცალკეულს სამმაგი სახით უპირისპირდება: სასჯელ(ებ)ის მუქარით, შეფარდებითა და აღსრულებით და სახელმწიფოებრივი მოღვაწეობის ეს სამი სფერო, შესაბამისად, განცალკევებულ დასაბუთებას მოითხოვს“<sup>1</sup>,სადაც, თავის მხრივ, მოცემული „სტადიები“ „ერთმანეთზე უნდა აიგებოდეს და ამიტომ ყოველმა მომდევნო ეტაპმა წინმსწრები ეტაპის პრინციპები თავის თავშივე უნდა მოიცვას“<sup>2</sup>. სტადიალური თვალთახედვა, რომელიც სისტემის უმწიკვლო ასახვის შთაბეჭდილებას ტოვებს, აცდენილია სისხლის სამართლის განხორციელების მთავარ ბირთვს, სადაც მატერიალურ სისხლის სამართალზე არაფერიც არ უნდა „აიგებოდეს“, არამედ ადგილი უნდა ჰქონდეს სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის განგრძობადობის უზრუნველყოფას მატერიალურსამართლებრივი ასპექტის კომპლექსურობის გათვალისწინებით<sup>3</sup>.ამასთანავე, სასჯელის მუქარა, როგორც ასეთი, ისევე როგორც ქცევის წესი, როგორც ასეთი, არ არის ადეკვატური კრიტერიუმი, არამედ დასჯადობა, როგორც დისპოზიციური ნორმის მომცველი ინტერაქციის მასშტაბი, რომელსაც მივყავართ სასჯელამდე, როგორც სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის განგრძობადობის ნიშნამდე.

უწინარეს ყოვლისა, კონსტიტუციურ სისხლისსამართლებრივ სფეროთა როქსინისეული კონსტელაციის კვალობაზე, სახელდობრ, ამ კონსტელაციაში წარმოდგენილი აქცენტების შესაბამისად, ფორმალური სამართალი ვერ განიხილება მატერიალური სამართლის „მსახურ მეცნიერებად“, როგორც ამას მართებულად შენიშნავ-

<sup>1</sup> C. Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin, New York, 1973, გვ. 12, შდრ.: ივ., Wandlungen der Strafzwecklehre, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001, გვ. 711; R. Hohmann, Personalität und strafrechtliche Zurechnung. Die Konstitution des strafrechtlichen Handlungsbegriffs auf der Grundlage der Hegelschen Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1993, გვ. 163; U. Sieber, Die Kollision von materiellem und prozessuellem Strafrecht, in: FS Roxin, გვ. 1138.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> შდრ. ნაწილობრივ C. Geisler, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip. Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, 1998, გვ. 248 მმ.

და დ. კრაუსი<sup>1</sup> და მასთან ერთად არაერთი სხვა კრიმინალისტიკ<sup>2</sup>. უფრო მეტიც, ასე მაგალითად, კ. პეტერსის სამართლიანი მტკიცებით, „თუ სხვა არაფერი, სისხლის სამართლის პროცესი უქვემდებარებს მატერიალურ სისხლის სამართალს თავის მოქმედების ავტორიტეტს ყველგან იქ, სადაც ადგილი აქვს მატერიალური სისხლის სამართლის დებულების განსაზღვრულ განმარტებას პროცესუალური მიზნებით“<sup>3</sup>. არსებითად იგივე შეიძლება აღინიშნოს სასჯელაღსრულებით სამართალთან მიმართებაშიც. სხვა სიტყვებით, რასაც სისხლის სამართლის სტადიალური განხორციელების მოძღვრება ხელყოფს, არის არა აღნიშნულ მონაკვეთთა კვლევის საგნისა თუ დანარჩენი ატრიბუტიკის სუვერენულობის ხარისხი, არამედ, სასჯელის ცნება: მოცემული მოძღვრების საკვანძო დებულებებიდან გამომდინარე, სასჯელი, განსხვავებით სასჯელით მუქარისაგან, მატერიალურსამართლებრივ ცნებას არ წარმოადგენს. აქვე შევნიშნავთ, რომ სტადიალური თვალთახედვის შედეგად სასჯელის ცნების ვირტუალიზების პარალელურად სახეზეა დანაშაულის ცნების ვირტუალიზაცია, რადგან პირველ საფეხურზე არსად მოიპოვება კანონიერ ძალაში შესული განაჩენი, რომლის ძალითაც ფაქტობრივი ქმედება იძენს დანაშაულის სამართლებრივ ხარისხს. მაშასადამე, სისხლის სამართლის სტადიალური განხორციელების შესახებ მოძღვრების ფარგლებში მატერიალური სისხლის სამართალი გულწრფელად რჩება დანაშაულის საკანონმდებლო პროექტისა და სასჯელით მუქარის ამარა<sup>4</sup>.

რა დროსაც საქმე ეხება იერარქიულ (სტადიალურ) თვალთახედვას, სამართლებრივი ურთიერთობის ფარგლებში დელინკვირების სასარგებლოდ ყოველგვარი არგუმენტაცია ამაოა, რამეთუ ყოველი ასეთი არგუმენტაცია ამგვარ კონტექსტში ყოველთვის მხოლოდ აბსტრაქტულია: სისხლის სამართლის სტადიალური განხორციელების არსი ხომ სწორედ იმაში მდგომარეობს, რომ დანაშაულის განხორციელებამ შერაცხადი სუბიექტის მატერიალურსამართლებრივი ურთიერთობიდან პროცესუალურსამართლებრივში ტრანსლოცირება უნდა მოახდინოს, მაგრამ „დელინკვენტი“, სანამ ადგილი არ აქვს სისხლის სამართლის პროცესში მონაწილეობას, თავისუფალი და უუფლებოა განხორციელებულ ქმედებასთან მიმართებაში -

<sup>1</sup> D. Krauss, Schuld im Strafrecht – Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?, in: FS Schüler-Springorum, 1993, გვ. 463 მ.

<sup>2</sup> R. Moos, Neue Diversionsmaßnahmen im österreichischen Strafrecht, in: FS Müller-Dietz, München, 2001, გვ. 537, W. Perron, Überlegungen zum Verhältnis von Strafrecht und Strafprozeßrecht, in: FS. Hanack, Berlin, New York, 1999, გვ. 477, K. Geppert, Wechselwirkungen zwischen materiellem Strafrecht und Strafprozeßrecht, in: Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, გვ. 44 მ., ibid. F. Salditt, Wechselwirkungen des formellen und materiellen Strafrechts, გვ. 67 მმ.

<sup>3</sup> K. Peters, Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip, in: Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974, გვ. 417 მ.

<sup>4</sup> პირდაპირ ამის შესახებ მხოლოდ გ. ნაჭყებია, სისხლის სამართლის საგანი, თბილისი, 1997, გვ. 184.

პროცესუალური ელიმინაციის მოძღვრების ქვაკუთხედი. სისხლის სამართლის პროგრამაში, რომელიც სისხლის სამართლის სტადიალური განხორციელებიდან ამოდის, პროცესუალური ელიმინაციის მოძღვრება მოუწყვლადია. მაგრამ, განსხვავებით როგორც გაბატონებული ქართული, ისე გაბატონებული გერმანული დოქტრინისაგან, ინსტიტუციონალური განგრძობადობის კონცეფციის ფარგლებში მსგავსი ინტერვალიზებისთვის უკვე თავიდანვე არ რჩება ადგილი. სიბრტყე, რომელზედაც სუბიექტი თავის ქმედებასთან მიმართებაში თავისუფალი და უუფლებოა, მასადავს, ვერ აღიქმება როგორც სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტი, აქ, როგორც აღვნიშნეთ, არის სიბრტყე მატერიალურ- და ფორმალურსამართლებრივ „საფეხურებს“ შორის სისხლის სამართლის განხორციელების სტადიალური თვალთახედვის თვალსაწიერიდან და ქმედება, როგორც დანაშაული, მდებარეობს არა ამ ინტერვალში, სისხლის სამართლის სტადიალური განხორციელებისათვის იმანენტური აპოსტერიორული შერაცხვის გაგებით, არამედ დანაშაული თავისი არსით მდებარეობს იქ, სადაც მას სასჯელი მოსდევს. ამრიგად, დანაშაულის ჩადენით პირი კი არ სცილდება მატერიალურსამართლებრივის სიბრტყეს და ამგვარად აღმოჩნდება ოდესმე პროცესუალურსამართლებრივის სფეროში, ისევე როგორც სასჯელადსრულების სფეროში, როგორც სისხლის სამართლის განხორციელების ფინალურ წერტილში იერარქიული თვალთახედვის მიხედვით, არამედ მოვალეობათა თვისებრივი გენერირების პრინციპის შესაბამისად მატერიალურსამართლებრივი ასპექტი გრძელდება უწყვეტად ad infinitum: სისხლის სამართლის მოძღვრება განგრძობადობის მოძღვრებაა.

სისხლის სამართლის სამსაფეხურიანი განხორციელების შესახებ მოძღვრების მეთოდოლოგიური მსგავსება დანაშაულის სამსაფეხურიან სისტემასთან შემთხვევითი არ არის. როქსინი დანაშაულის ცნებასთან მიმართებაში განმსაზღვრელ აქცენტს მიმართავს, როგორც ცნობილია, არა საკუთრივ დანაშაულის ცნებისადმი, არამედ დანაშაულის სტრუქტურისადმი, დანაშაულის ელემენტებისადმი. განსახილველი მოძღვრების ფარგლებშიც ხელწერა იგივეა, ეს როქსინისეული ხელწერაა. დიდაქტიკური ამოცანა კონსტიტუციური კომპონენტების ჯეროვანი განლაგებისა და ჯეროვანი ურთიერთგადაბმისა, ცხადია, სტაბილურად აქტუალური ამოცანაა, მაგრამ თუ პირველ შემთხვევაში კნინდება დანაშაულის ცნების მნიშვნელობა, მოცემულ შემთხვევაში, პირდაპირი გაგებით, იჩრდილება სისხლის სამართლის თეორია მთლიანობაში. ჯერ ერთი, სისხლის სამართალი უმთავრესად არც დანაშაულის სტრუქტურაზე მოძღვრებაა როქსინისეული გაგებით და არც შერაცხვაზე მოძღვრება იაკობსისეული გაგებით, არამედ *მოძღვრება პრევენციაზე*. გარდა ამისა, დებულება, რომლის თანახმადაც სისხლის სამართალი სამ ძირითად საფეხურად ხორციელ-



დება, თეორიულად მცდარია: როგორც წესი, სისხლის სამართალი ხორციელდება ექსკლუზიურად მატერიალური სისხლის სამართლის სახით და მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში ვლინდება სისხლის სამართლის პროცესისა და სასჯელადსრულებითი სამართლის სახით. მართალია, სტატისტიკურად დანაშაული ყოველდღიურობის ატრიბუტია, მაგრამ, სისხლის სამართლის მათემატიკის თვალსაზრისით, მართლზომიერების კოეფიციენტი, რომელიც არანაირად არ გადაკვეთს ფორმალურ სისხლის სამართალს, ჩვეულებრივ განუზომლად მაღალია კრიმინოგენურ კოეფიციენტებზე. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, მსჯავრდებულთა რაოდენობის თანაფარდობა კანონმორჩილ მოქალაქეთა რაოდენობასთან სისხლის სამართლის განხორციელების სამსაფეხურიან სისტემას პრინციპულად არყვეს. სისხლის სამართლის თავიდათავი ფუნქციონალური დამსახურება სწორედ იმაში მდგომარეობს, რომ მართლზომიერება სოციალური ცხოვრების წესია, დელიქტური ქცევა კი მხოლოდ გამონაკლისი მოცემული წესიდან. დაბოლოს, სისხლის სამართალი სრულყოფილად ხორციელდება მხოლოდ იქ, სადაც არ აქვს ადგილი სასჯელადსრულებითი სამართლის და/ან სისხლის სამართლის პროცესის განხორციელებას, ანუ მატერიალური სისხლის სამართლით უზრუნველყოფილი ნეგატიური ზოგადი პრევენციის ფარგლებში.

## II

### ინსტიტუციონალური ელიმინაციის კონცეფციები

#### ა. აბსტრაქტული ელიმინაცია

აბსტრაქტული ელიმინაციის კონცეფციის ფარგლებში ინსტიტუციონალურად კომპეტენტური სუბიექტი არ დელინკვირებს. დელინკვენტის, როგორც დელინკვენტის, სტატუსი სისტემურად მიუღებელია. ამის ერთ-ერთ თვალსაჩინო მაგალითს სისხლის სამართლის კლასიკურ დოქტრინაში პ. ი. ა. ფონ ფოიერბახის სასჯელით მუქარის ფსიქოლოგიური თეორია ანუ ნეგატიური ზოგადი პრევენცია<sup>1</sup> და აქედან გამომდინარე თეორიული შედეგები წარმოადგენს. სასჯელის განსახილველი თეორია, რომელიც ყველაზე მკაფიოდ აღიქვამს სისხლის სამართლის ჭეშმარიტ ფუნქციონალურ ბუნებას, სამწუხაროდ, იმთავითვე რადიკალიზებულია თავის ფუძემდებლურ დებულებებში. ფოიერბახს, დელინკვირების შემთხვევაში აკეთებს რა არჩევანს თავისი სასჯელის თეორიის სასარგებლოდ, დანაშაულის სუბიექტი გაჰყავს

---

<sup>1</sup> P. J. A. v. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Erfurt, 1799, გვ. 42 და passim.

სახელმწიფოსთან სამართლებრივი ურთიერთობის ფარგლებიდან<sup>1</sup>, რადგან დამნაშავე ნეგატიური ზოგადი პრევენციის დოქტრინაში ცალსახად უცხო სხეულია. ყველგან, სადაც კი სასჯელით მუქარა უნდა გარდაისახოს საკუთრივ სასჯელად, სასჯელით მუქარის ფსიქოლოგიური თეორია არსებითად კაპიტულირებს<sup>2</sup>. ის, რომ სასჯელით მუქარა ეფექტური უნდა იყოს, ანბანური სისხლისსამართლებრივი ჭეშმარიტებაა, სხვაგვარად აქ ფუნქციონირებადი სისტემა მიუწვდომელია (*flustra ferentur leges nisi subditis et obedientibus*), მაგრამ სასჯელით მუქარის ეფექტურობაზე იგივე სისტემა ასევე ვერ იქნება დამოკიდებული. ამიტომ ფოიერბახის მიერ დელინკენტი სისტემიდან “ექსპედიერება” დილემის ლოგიკურად გასაგები გადაწყვეტაა. არის თუ არა მსგავსი ელიმინირება ლოგიკურად იმავე ზომით მისაღები, ამის ზუსტი გააზრება კონცეპტუალური შედარებებისა და დასკვნების გარეშე ძნელად თუ მიიღწევა.

შევადართ ფოიერბახის ამოსავალი დებულება გ. იაკობსის „ქცევის თავისუფლებისა და შედეგთა გამო პასუხისმგებლობის სინალაგმასა“<sup>3</sup> და პ. რემსეის „ამომრჩეველი სუბიექტის“ (*choosing subject*) ცნებას<sup>4</sup>, ერთობლივ ჭრილში. სამივე შემთხვევაში სუბიექტი ირჩევს, მხოლოდ პირველ შემთხვევაში სასჯელის მუქარით გამოწვეული ფსიქოლოგიური იძულების პირობებში (მართლზომიერებასა და უმართლობას შორის), დანარჩენ ორ შემთხვევაში კი არჩევანი, როგორც ასეთი, თავისუფალია (მართლზომიერებასა და პასუხისმგებლობას შორის), თუ არ გავითვალისწინებთ, მაგალითად, „კონფორმულობის მოლოდინს“ იაკობსთან, როგორც ქცევის თავისუფლების საპირისპირო კომპონენტს, ანუ „მოქალაქის მკაცრად კონტურირებული როლების ფარგლებში“ კონფორმულობის გაგებით<sup>5</sup>. რაოდენ გასაოცარიც არ უნდა იყოს სოციოლოგიური არგუმენტაციისა და სოციოლოგიური ინსტიტუციონალიზმის ფონზე, იაკობსის სინალაგმა *პოზიტივისტური სინალაგმა*. დავაკვირდეთ სისხლის სამართლის კოდექსის კერძო ნაწილის ნორმას, როგორც თავის დროზე დააკვირდა მას ო. გამყრელიძე და აღმოაჩინა, რომ დელინკენტი მოქმედებს სსკ-ის ნორმის „არა საწინააღმდეგოდ, არამედ შესაბამისად“, „კი არ არღვევს მას, არამედ ასრულებს მას“, მხოლოდ ამჯერად ჩვენი დაინტერესების საგანს თანაბრად შეადგენს ნორმის როგორც დისპოზიცია, ისე სანქცია. საქმე ის გახლავთ, რომ *სისხლის-სამართლებრივი ნორმა არაფერს არ კრძალავს*, ის არ აწესებს ქცევას ანუ არ აყალი-

<sup>1</sup> Ibid.

<sup>2</sup> შდრ. H. H. Lesch, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, გვ. 170 მ.

<sup>3</sup> G. Jakobs, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996, გვ. 20 მმ, 31 მ.

<sup>4</sup> P. Ramsay, *The Responsible Subject as Citizen: Criminal Law, Democracy and the Welfare State*, in: *Modern Law Review*, Oxford, 2006, გვ. 33 და passim.

<sup>5</sup> G. Jakobs, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, გვ. 29.

ბებს ქცევის წესს, *არამედ აღწერს ქცევას და აწესებს სასჯელს მოცემული ქცევისათვის*. უკეთ რომ ვთქვათ, სისხლის სამართლის კანონი არც კრძალავს და არც იმუქრება, არამედ საქმე გვაქვს სწორედ „ქცევის თავისუფლებასა და შედეგებისათვის პასუხისმგებლობასთან“, დამნაშავის, როგორც „ამომრჩეველი სუბიექტის“, სახით.

ხსენებული სინალაგმა თავად ავტორს ზემოწარმოდგენილი სახით არასოდეს განუმარტავს და ეს არც არის გასაკვირი, რადგან კანონის ასოს პირდაპირი გამოყოფა აქ ვერაფერს წაადგებოდა. მაგრამ ორივე უკანასკნელი თვალთახედვა ამით საბოლოო ჯამში მხოლოდ ნიღბავს არსებით აზრს, რა დროსაც ფოიერბახის მიდგომა ratio legis ასპექტზე აგებული თეორიული კომპოზიციაა. ისეთი სისხლის სამართალი, რომლის ფარგლებშიც სასჯელი სამართლებრივი სიკეთის - sit venia verbo - სადახლო ფასია, საღად მოაზროვნე საზოგადოებას არ ესაჭიროება. *სისხლის სამართალი არ ყიდის სიცოცხლეს და მით უმეტეს, ღირსებასა და პატივს*, არამედ იცავს და ამაში საკდემელი არაფერია, ჰეგელიანურად სამართლებრივი ეთიკის დახვეწის მოტივით სასჯელით მუქარის ფსიქოლოგიური იძულებიდან თავისუფლებისა და პასუხისმგებლობის სინალაგმაზე და/თუ ამომრჩეველი სუბიექტის ცნებაზე რომ გადავერთოთ. ამავე ჭრილში უპირისპირდება, უწინარეს ყოვლისა, ფოიერბახის ნეგატიური ზოგადი პრევენცია თავის აპრიორულობაში ლისტის (სპეციალურ)პრევენციულ კონცეფციას თავის აპოსტერიორულობაში, დაყოფილს სადღეისოდ სპეციალურ- და ზოგადპრევენციულ მიმდინარეობებად, მათ შორის იაკობსის პოზიტიურ ზოგად პრევენციას; - ანაც, თუ გნებავთ, იმავე სიმწვავეთ ნებისმიერ რეტროსპექტიულ (ბრალის გამაბათილებელ) თეორიას. ამდენად, ფოიერბახის შეცდომა მდგომარეობს არა იმაში, რომ მან მთავარი ვერ შენიშნა, არამედ იმაში, რომ მეორეხარისხოვანი მომენტების მნიშვნელობა დააკნინა.

### **ბ. პროცესუალური ელიმინაციის მოძღვრება**

პროცესუალური ელიმინაციის მოძღვრების მიხედვით, რომელიც 90-ანი წლების მეორე ნახევარში ქართულ სისხლის სამართლის თეორიაში გ. ნაჭყებიამ ჩამოაყალიბა, დელიქტურ ქცევას სუბიექტი სამართლებრივად გაჰყავს სახელმწიფოსთან ურთიერთობიდან, რადგან ის, ვინც დანაშაული ჩაიდინა, „ამ დანაშაულის გამო და ფარგლებში სისხლის სამართლებრივად არც ვალდებულია (ის არ არის ვალდებული ბრალის აღიარებით გამოცხადდეს პოლიციაში, მოინანიოს და ა. შ.)“ და „არც უფლებამოსილი (არ არის უფლებამოსილი მიიმალოს, ვინაიდან ეს სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობაში მიცემის ხანდაზმულობის ვადის მოქმედებას შეაჩერებდა)“, საიდანაც გამომდინარე დასკვნის თანახმად, „პირი, რომელიც სა-

მართლებრივად არც ვალდებულია და არც უფლებამოსილი, რა თქმა უნდა, სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტი არ არის“<sup>1</sup>. ამ მოძღვრების წინააღმდეგ მოტანილი არგუმენტი, რომ თუ სამართლებრივი ურთიერთობა წყდება, მაშინ სისხლის სამართლის პროცესის ფარგლებში რატომ აქვს ადგილი მატერიალური სისხლის სამართლის შესაბამის ნორმაზე მითითებას (მაგ., ო. გამყრელიძე), გასაგებია, მაგრამ არაფერს ცვლის საკუთრივ იმ თვალსაზრისით, რომ სისხლის სამართლის განხორციელების განსახილველ მონაკვეთში სამართლებრივი ურთიერთობა ნორმის ადრესატსა და სახელმწიფოს შორის არ ფიქსირდება. თუ, ერთის მხრივ, ვაღიარებთ სტადიალურ თვალთახედვას და, მეორეს მხრივ, არსებულ პოზიტივისტურ რეალიებს აღვიქვამთ ისე, როგორც მათ კანონმდებელი წარმოგვიდგენს, უნდა ვაღიაროთ ამგვარი წყვეტადობაც. საქმე ის არის, რომ სისხლის სამართლის სტადიალური განხორციელების კონცეფცია მატერიალური სისხლის სამართლის კომპეტენციის სფეროს, როგორც ვიხილეთ, მხოლოდ დასჯის მუქარით შემოსაზღვრავს. დანაშაულის ჩადენა კი სასჯელით მუქარის ფაქტობრივ ნამდვილობას აქარწყლებს, ხოლო რა ხდება კონტრაფაქტურად, ამას სტადიალური თვალთახედვის ფარგლებში უკვე ფორმალური სამართალი აწესრიგებს. ამიტომაც, თუ ვიმსჯელებთ შედეგების მიხედვით, ფოიერბახთანაც, როქსინთანაც და ნაჭყებიასთანაც ნებისმიერი დელინკვირება დასჯის მუქარაზე აგებული მატერიალური სისხლის სამართლის შინაარსს სრულად ამოწურავს.

ამავე დროს, როქსინისეულ თუ იაკობსისეულ ამოსავალ ხედვასა და ნაჭყებიასეულ მიდგომას შორის ძირეული სხვაობაა, რომელიც არსებით პარალელიზმს იმთავითვე გამორიცხავს. პირველ შემთხვევაში თეორიული კონსტრუქციების დედაბოძი ლისტის პირველადი პრევენციაა (რაც, რასაკვირველია, ეწინააღმდეგება სისხლის სამართლის სტადიალური განხორციელების კონცეფციაში მატერიალური სეგმენტის პრინციპულ რაგვარობას), მეორეში კი - ფოიერბახის პირველადი პრევენცია. ამიტომ, ვფიქრობთ, ადვილად მისახვედრი უცნაურობაა, თუ რატომ საუბრობს, მაგალითად, რუსული სისხლის სამართლის დოგმატიკა უპირატესად სისხლის სამართლებრივ ურთიერთობაზე ჩადენილი დანაშაულის გამო და არა დანაშაულის თავიდან აცილების გამო<sup>2</sup>, რამეთუ ლისტის გავლენის ხარისხი რუსულ სისხლის სამართლის თეორიაზე (მართალია, დანაშაულის სისტემის პრობლემატიკის გამოკლებით) ტრადიციულად ბევრად უფრო მაღალია, ვიდრე ფოიერბახისა. რაც შეეხება თავად გერმანულ დოგმატიკას, სადაც იმავე უცნაურობასთან გვაქვს საქმე იდენტური პრინციპულობით, უნდა ვივარაუდოთ, რომ აქაც ლისტის

<sup>1</sup> გ. ნაჭყებია, სისხლის სამართლის საგანი, თბილისი, 1997, გვ. 184.

<sup>2</sup> იხ. იგ., ქმედების დანაშაულად კვალიფიკაციის ზოგადი თეორია, თბილისი, 2010, გვ. 104 მმ.

გავლენის ფაქტორია განმსაზღვრელი, ამჯერად დანაშაულის სამნიშნა ცნებიდან გამომდინარე. მაგრამ დავუბრუნდეთ საკითხის არსებით მხარეს. „სისხლის სამართლის ნორმის ადრესატის ვალდებულება“, წერს გ. ნაჭყებია, „მოქმედებდეს მართლზომიერად, დანაშაულთა თავიდან აცილების გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ელემენტია. ბუნებრივია ვიფიქროთ, რომ ქმედების მართლწინააღმდეგობა სხვა არაფერია, თუ არა მართლზომიერი ქმედების ვალდებულების დარღვევა, ესე იგი, ამ ქმედების გამო და ფარგლებში პირი გადის სახელმწიფოსთან ურთიერთობის ფარგლებს გარეთ. ეს კი იმას ნიშნავს, რომ დანაშაულის ჩადენა<sup>1</sup> სახელმწიფოს იდეის უარყოფაა. ხოლო ეს, თავის მხრივ, დანაშაულის საზოგადოებრივ საშიშროებაზე მიუთითებს, რადგან დანაშაული საზოგადოებას ტოვებს სახელმწიფოს გარეშე“<sup>2</sup>. ყოველი კონკრეტული დანაშაული უთუოდ არის ჰომოზიუსული ბუნებრივი მდგომარეობის ტრიუმფი სახელმწიფოზე, რადგან ძირეული სხვაობა დასჯის მოწესრიგებამდე ვერ დაიყვანება. უფრო მეტიც, მაგალითად, მკვლელობის დროს სისხლის სამართლის ყველაზე ოპტიმისტური გადასახედიდანაც კი ბოროტება შეუქცევადად თრგუნავს სიკეთეს. მაგრამ თუ აქ საპირისპირო უკიდურესობასთან გვაქვს საქმე, ვიდრე დანაშაულის გამო სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის აბსოლუტიზების შემთხვევაში, როგორია სისხლის სამართლის ნამდვილი სახე? უწინარეს ყოვლისა, უნდა გავითვალისწინოთ, რომ ultra posse-ს და ad impossibilia-ს პრინციპები მხოლოდ მოქალაქეზე როდი ვრცელდება, არამედ იმავე ზომით ნებისმიერ სახელმწიფოზეც. ამისდა კვალად, სისხლის სამართლის ნორმა დუალისტურად იკითხება და სახელმწიფოს ამ ნორმიდან გამომდინარე ვალდებულებაც დუალისტურია: *სახელმწიფო ვალდებულია 1) (გააფრთხილოს =) დააშინოს პოტენციური დამნაშავე და 2) დასაჯოს დამნაშავე*, სისხლის სამართლის კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებში. ოპტიმალური ასახვა ამგვარად დიალექტიკური სისხლისსამართლებრივი სინამდვილისა მდგომარეობს იმაში, რომ (*მატერიალური*) სისხლის სამართალი de lege ferenda ხორციელდება სასჯელით მუქარის ეფექტურობის ფარგლებში, ხოლო de lege lata - სასჯელის შეფარდებისა და აღსრულების შედეგად. თუ ამის საპირისპიროდ სისხლის სამართლის ნორმის სანქციიდან ამოვიკითხავთ მხოლოდ დასჯის მუქარას (ფოიერბახი), რომელიც მთავარია, ან მხოლოდ სასჯელს (ლისტი), რომელიც მთავარი არ არის, ყოველთვის აღმოვჩნდებით, შესაბამისად, ან ერთი, ან მეორე ზემოწარმოდგენილი უკიდურესობის წინაშე. მოკლედ რომ ვთქვათ, დასჯის მუქარა მხოლოდ პოტენციურ მსხვერპლზე ზრუნვით როდია ნაკარნახევი, არამედ თავად პოტენციურ დამ-

<sup>1</sup> იხ. „დანაშაულის ჩადენის“ ცნებისადმი ზოგადად ტერმინოლოგიური სკეპტიციზმი იქვე, passim.

<sup>2</sup> იქვე, გვ. 108.

ნაშავეზეც ზრუნვაა. სხვაგვარად nulla poena-ს პრაქტიკულად ღირებულ პრინციპად ვერც აღვიქვამდით.

## გ. ეკლექტიკური დეპერსონალიზაცია

### 1. ფორმალურად გონიერი პიროვნება

პიროვნების იაკობსისეულ მეტაინსტრუმენტულ ცნებაში, რომელიც პიროვნების, როგორც სასჯელის ადრესატის, ჰეგელის მიერ პოსტულირებული „გონიერების“ პრინციპებზეა აგებული, განსახილველ რაკურსში აქტუალური საკითხი, „კომუნიკაციის თანამონაწილე“ „პიროვნებად რჩება“, როგორც დელინკვენტი, თუ „მას ქმედებაზე რეაქციის სახით პერსონალურობა ჩამოერთმევა“<sup>1</sup>, ერთობ საგულისხმო პრობლემატიზების საგანია. „ნამდვილ პიროვნებად“, იაკობსის მიხედვით, გაიგება „კომუნიკაციის თანამონაწილე“, რომლის „ქცევა ნორმის შესაბამისად განიხილება“<sup>2</sup>. ნორმის საწინააღმდეგობა, ამასთანავე, წარმოადგენს „არა უბრალოდ პიროვნების შეცდომას; ვინაიდან პიროვნება განისაზღვრება მართებული ქცევის მოტივაციაზე დაყრდნობით. მაგრამ ის ასევე ვერ განისაზღვრება როგორც საზოგადოებრივი გარემო, როგორც ბუნება - ბუნება არ დელინკვირებს. არამედ საქმე ეხება განსაზღვრებისამებრ - და ამ გაგებით: - ფორმალურად პიროვნულ ქცევას (...), თუმც შინაარსობრივად ქცევას ნამდვილი საზოგადოების გარემოში“<sup>3</sup>, ე. ი. „ნორმის საწინააღმდეგობა პირდაპირი მნიშვნელობით ორაზროვან ვითარებას აყალიბებს: ფორმალურად საქმე გვაქვს საზოგადოებასთან, მაგრამ მისი საზღვრები ხელახლაა გავლებული“<sup>4</sup>. შეერაცხება, ამრიგად, „ფორმალურ პიროვნებას“<sup>5</sup>, რომელიც წარმოდგენილია როგორც „პიროვნებად შესაძლო, მაგრამ არარეალიზებული არსება“<sup>6</sup>. ფიხტეს შეხედულება, რომლის შესაბამისადაც ნორმის დარღვევის შედეგად პიროვნება, საერთოდ, ქრება ანუ „ნორმის ყოველი დარღვევის ორაზროვნება არა მოცემული საზოგადოების სტაბილიზებით, არამედ მისი შემცირებით გვარდება“, იაკობსტონ, როგორც მივანიშნეთ, უარყოფილია<sup>7</sup>. მაშასადამე, ქმედება წარმოდგენი-

<sup>1</sup> Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 1. Auflage, Berlin, 1997, გვ. 100, 102.

<sup>2</sup> Ibid., გვ. 99.

<sup>3</sup> Ibid.; შდრ. იგ., Individuum und Person – Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 117, 2005, გვ. 259.

<sup>4</sup> იგ., Norm, 1. Aufl., გვ. 100.

<sup>5</sup> მატერიალური პერსონალურობის მოუცემლობა განსახილველ თვალთახედვას, მაგალითად, აუცილებელი მოგერიების შესაძლებლობამდე დაჰყავს: ibid., S. 102.

<sup>6</sup> Ibid., გვ. 82 მმ.

<sup>7</sup> Ibid., გვ. 101 მ.

ლია „არა როგორც ბუნება“ („ნორმის დამრღვევი საზოგადოების ფარგლებს მიღ-  
მა“<sup>1</sup>), არამედ „როგორც წინააღმდეგობა“ („ნორმის დამრღვევი როგორც ფორმალუ-  
რი ანუ ‘ფორმალურად გონიერი’<sup>2</sup> პიროვნება“)<sup>3</sup>: „ნორმის დამრღვევის ქმედება  
ასახავს ნამდვილი საზოგადოების საპირისპირო სურათს და დაკავშირებულია  
მასთან მხოლოდ იმით, რომ ის მოქმედს, როგორც პიროვნებას, თავისთვის მოიაზ-  
რებს - სწორედ ამიტომ რჩება მისი პერსონალურობა მოცემული, მისი ქმედება  
ასახავს აზრს, ორთავეგან თუმც მხოლოდ ფორმალურად“<sup>4</sup>.

უწინარეს ყოვლისა, ხაზი უნდა გაესვას იმ გარემოებას, რომ ქმედებას ზოგადად  
მოქმედის პიროვნულობის არც გამორიცხვა და არც ფორმალიზება არ ძალუძს. სხვა-  
გვარად რომ იყოს, ყოველი სუბიექტი ყოველი (სისხლისსამართლებრივი) ქმედე-  
ბის შედეგად ჩვეულებრივ თავისუფალი იქნებოდა (რადგან ფორმალური პერსო-  
ნალურობაც იაკობსისეული გაგებით სხვა არაფერია, თუ არა მოვალეობის დარღ-  
ვევით დაფუძნებული ფენომენი). ასე მაგალითად, პიროვნების ნამდვილობა რომ  
„მოვალეობის დარღვევის“ შემდგომ შეუძლებელი იყოს, მაშინ სუბიექტი, ავტოსატ-  
რანსპორტო მოძრაობისას სხვა პირის ჯანმრთელობას ან სიცოცხლეს საფრთხეს უქ-  
მნის, ვერ შეასრულებდა ინტერაქციონისტულად რელევანტურ ჭრილში მოვალეობას  
სსკ-ის § 323 გ (გფრ) შესაბამისად<sup>5</sup>, რამეთუ ვისი ქცევაც „ნორმის შესაბამისად“  
განიხილება, ნებისმიერ შემთხვევაში ნამდვილი პიროვნებაა. მაგრამ მთავარი არის  
არა ეს ანუ მოვალეობის (პოტენციური) შესრულება, არამედ საპირისპირო ვითარე-  
ბა: ხსენებულ, ისევე როგორც ნებისმიერ სხვა შემთხვევაში, „მხოლოდ-ფორმალუ-  
რი“ პიროვნება იმავე მიზეზით - ე. ი. იმის გამო, რომ ის მოვალეობის დარღვევით  
არის დაფუძნებული და, ამდენად, მოვალეობის ადრეასატად ვერ მოიაზრება - სუ-  
ლაც ვერ შეძლებდა დელინკვირებას. კიდევ უფრო ზოგად ასპექტში საკითხი პერ-  
სონალურობის უარყოფის ან ფორმალიზების შესახებ ვერც სხვაგვარად დადგება,  
საერთოდ, კერძოდ კი, „თანასწორის“<sup>6</sup> - მაგალითად, ინტერაქციონისტულად უაღ-  
რესად ნაყოფიერ - ველცელ-იაკობსისეულ ცნებამდე არსებობს თანასწორობა უფ-  
ლებების სფეროში, სახელდობრ, ყოველ კატეგორიულად შესაძლო ჭრილში, რომე-  
ლიც განსაზღვრებისამებრ ნამდვილი, თუმც, როგორც ასეთი, ჯერ კიდევ არა „სრუ-  
ლი პერსონალურობის“<sup>7</sup> სიბრტყეს უნდა განეკუთვნებოდეს. მაგრამ რასაც, ამასთა-

<sup>1</sup> Ibid., გვ. 103.

<sup>2</sup> იგ., Zur gegenwärtigen Straftheorie, in: Klaus-MichaelKodalle(Herausgeber), Strafe muß sein! Muß Strafe sein?, Würzburg, 1998, გვ. 32 მმ.

<sup>3</sup> იგ., Norm, 1. Aufl., გვ. 103.

<sup>4</sup> Ibid., გვ. 102.

<sup>5</sup> უფრო ახლოს Lackner/Kühl, StGB, § 323 c/8; იხ. აგრეთვე BGHSt 21, 50/55.

<sup>6</sup> იხ. აგრეთვე Lesch, Verbrechensbegriff, გვ. 223.

<sup>7</sup> Jakobs, Schuldprinzip, გვ. 27.

ნავე, საქმე - თუმცაღა მარტოოდენ - ინტერიმისტულად ეხება, არის მხოლოდ პიროვნების (გარდამავალი) პირობითი ზოგადობა, რომელიც თავის ნამდვილობაში აქ ქმედების შედეგად კარგავს სუვერენულობას. - უფრო მეტიც: ინტერაქციის ყოველი ცალკეული პარტნიორის სისხლისსამართლებრივი ქმედება ყველა დანარჩენი პიროვნების ნამდვილობას განხორციელებული ქცევის დასჯადობაზე ქმნის დამოკიდებულს, რადგან პიროვნებები საზოგადოებაში არსებობენ არა თავისდათავად, არამედ მხოლოდ იმდენად, რამდენადაც ის ფუნქციონირებს როგორც ინტერაქციის სისტემა. რაც შეეხება აქედან გამომდინარე ობიექტურ შერაცხვას თავის „ზოგადობაში“ როგორც ასეთს, იაკობსთანაც სხვაგვარ ვითარებასთან როდი გვაქვს საქმე, მაგრამ სწორედ ეს პარალელი აუჩინარებს ძნელად კონსოლიდირებად პოლარულობებს, რომლებიც, თავიანთ მხრივ, მოწმობენ, აქაც კი თუ რატომ არის სახეზე პრობლემის მხოლოდ გარდამავალი გადაჭრა.

იაკობსის კონცეფციაში განვითარებული არგუმენტაციის ფარგლებში შერაცხვის ადრესატად, თავის მხრივ, „მხოლოდ ფორმალური პერსონალურობა (როგორც მხოლოდ ფორმალური გონიერება) საკმარისი არ არის, „რადგან მხოლოდ ფორმალურ პიროვნებას (მხოლოდ ფორმალურად გონიერს) ისევე არ ძალუძს მართებულად მისდიოს შერაცხვას, როგორც (მან) აქამდე ვერ მისდია მართებულად ნორმას“<sup>1</sup>. სახეზე რომ „მხოლოდ ფორმალური პერსონალურობა“ იყოს, საქმე გვექნებოდა, უთვალსაჩინოესი ილუსტრირების სახით, ენგიშის პოსტულატთან, რომლის მიხედვითაც „ვინც დანაშაულის ჩადენის დროს დასჯის მუქარამ ვერ შეაგონა, მოგვიანებით ვერც სასჯელის აღსრულების გავლენის ქვეშ მოექცევა“<sup>2</sup>. „ფორმალური“ ანუ „ფორმალურად გონიერი პიროვნების“ ცნება, სხვა სიტყვებით, წმინდად ან უფრო ზუსტად: ექსკლუზიურად სამართლებრივფილოსოფიური ცნებაა, რომლის მიმართაც სისხლისსამართლებრივი მასშტაბები ვერ გამოიყენება<sup>3</sup>. ის არამცთუ ვერ დაისჯება, როგორც ამას თავად იაკობსიც პირდაპირ გამოჰყოფს<sup>4</sup>, არამედ, როგორც ვიხილეთ, მხოლოდ ნორმატიულად რელავანტური გაგებითაც კი ვერ შეძლებს „დელინკვირებას“.

უწინარეს ყოვლისა, ამგვარად აქ არც ჭეშმარიტად სოციალური ხედვაა ამოსავალი. რადგან ამ ხედვის უდრეკი ღერძი სწორედ იმაში მდგომარეობს, რომ მოვალეობის დარღვევა მორიგ მოვალეობას წარმოშობს, რომელიც ნორმის დამრღვევის მიერ

<sup>1</sup> იგ., Norm, 1. Aufl., გვ. 82.

<sup>2</sup> K. Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, Berlin, 1965, გვ. 58.

<sup>3</sup> სხვაგვარად Lesch, Verbrechensbegriff, გვ. 211.

<sup>4</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., გვ. 104 მ.



უნდა შესრულდეს, ანუ ნორმატიული მოლოდინის გაწვილება მორიგ ინტერაქციონისტულად რელევანტურ მოლოდინს აფუძნებს, რომელიც, თავის მხრივ, არა ცალმხრივად-უტილიტარულად ყალიბდება და ნარჩუნდება, არამედ თავად გამწვილებლის ინტერაქციონისტული მოლოდინის საგანია. რაც ამის შედეგად დელიქტურ ქცევაში ვლინდება, არის არა „სტაგნირებული ინდივიდი“, რომელიც მასში „პიროვნებას ხანგრძლივად არ ანამდვილებს“<sup>1</sup>, არამედ სწორედ პიროვნების ნამდვილობა თავის უსასრულობაში, რომელიც *დანაშაულის სუბიექტად ყალიბდება არა მოვალეობის დარღვევის, როგორც ასეთის, შედეგად, არამედ (აქედან გამომდინარე) პასუხისმგებლობის ვალდებულების შედეგად*<sup>2</sup>. რაც, მაშასადამე, სასჯელის ადრესატს პიროვნებად აფუძნებს, ისვე შეადგენს მთავარ ბირთვს მისი, როგორც დანაშაულის სუბიექტის, აღქმისას.

## 2. “მტრის სისხლის სამართალი”

ე. წ. მტრის სისხლის სამართლის ფარგლებში, რომელიც სადღეისოდ ყველაზე გავრცელებული სისხლისსამართლებრივი კონცეფციაა გლობალური მასშტაბით (ძირითადად როგორც კრიტიკის საგანი)<sup>3</sup>, საქმე ეხება ab initio „არაკომპეტენტურ“ მოვალეობათა მატარებელს (ს. შ.) როგორც დანაშაულის სუბიექტს, რომელიც უნდა აღიქმებოდეს როგორც „სამართლებრივი არაპიროვნება“ ანუ როგორც „უუფლებო ინდივიდი“<sup>4</sup>. ვინც კანტისეული გაგებით „მუდმივად იმუქრება“ და ამის გამო „საერთო-კანონიერ მდგომარეობაში“ ვერ მოიზარება<sup>5</sup>, ე. ი. „არ უნდა ან არ ძალუმს“ მოიაზროს თავი როგორც „კომპეტენტური პიროვნება“<sup>6</sup> (უფრო ზუსტად: „არ არის [პერსონალური ქცევის] მინიმალური კოგნიტიური გარანტიის უზრუნ-

<sup>1</sup> Ibid., გვ. 82.

<sup>2</sup> იაკობის თეზისი, რომლის მიხედვითაც „პატიმარი სასჯელსრულების დაწესებულების ფარგლებს მიღმა უკვე დელიქტებს ვერ ჩაიდენს“ (იგ., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 3/2004, გვ. 88), მხოლოდ პრობლემის ზედაპირისთვისაა მორგებული. სწორედ ამიტომ, მაგალითად, რეციდივის დროს გამოიყენება არა შიშველი პრევენცია, არამედ სსკ-ის § 66 მიხედვით (გფრ) ის გამოიყენება სასჯელის *პარალელურად* და რეციდივი *ამძიმებს სასჯელს* არა ინსტრუმენტულად, არამედ სწორედ მეტაინსტრუმენტულად: *დეფიციენტური სანდოობის მიუხედავად აღთქმული ნდობის ბოროტად გამოყენების გამო*.

<sup>3</sup> იხ. L.-G. Kutalia, „Feindstrafrecht“ – Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?, Göttingen, 2007.

<sup>4</sup> G. Jakobs: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 3/2004, გვ. 88 მ, 93; Terroristen als Personen im Recht?, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 117, Heft 4, 2005, გვ. 837 მდა passim; Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn, 2004, გვ. 43; Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtflichkeit, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006, გვ. 292 და passim.

<sup>5</sup> იხ. იგ., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 90 მმ.

<sup>6</sup> Ibid., გვ. 88 მ.

ველმყოფელი“, რა დროსაც „გადაჭრით აქცევს ზურგს სამართალს“ ანუ „მართლ-წესრიგის ლეგიტიმურობას პრინციპულად უარყოფს“ და ა. შ.<sup>1)</sup>, მის წინააღმდეგ, იაკობსის თანახმად, სახელმწიფო შეიძლება მოქმედებდეს, როგორც „საშიში ინდივიდის“ წინააღმდეგ, მხოლოდ „ფიზიკურად ეფექტურად“ პრევენციული ღონისძიებების გამოყენებით, მაშასადამე, მას არ შეიძლება „შევედავოთ“ სასჯელით, როგორც „კომპეტენტურ პიროვნებას, როგორც ასეთს“<sup>2</sup>. „პრინციპულ რენეგატს“ ანუ „პრინციპულ მოწინააღმდეგეს“, სხვაგვარად, ვიდრე „კომპეტენტურ მოქალაქეს“, ამასთანავე, არავითარი ზომით არ უნდა შეემლოს თავის ქმედებათა ექსტერნალიზება, არამედ „მისადგომებთანვე მოსახელთებელია“<sup>3</sup>. უკეთ რომ ვთქვათ, სისხლის სამართლისთვის, რომელიც ქმედებათა მიმართ ზოგადად მოლოდინის რეჟიმშია, აქ ადგილი არ რჩება, სახელმწიფო, ad litteram, არანაირ ჭრილში არ უნდა „რეაგირებდეს“, არამედ „პრინციპული მოწინააღმდეგის“ ყოველი აქციის წინმსწრებად თავადვე უნდა აგირებდეს: „ვინც პერსონალური ქცევის საკმარის კოგნიტიურ უსაფრთხოებას არ ავლენს, ის არამცთუ შეიძლება მოელოდეს, რომ მას აღიქვამენ როგორც პიროვნებას, არამედ სახელმწიფო არც არის უფლებამოსილი მოექცეს მას როგორც პიროვნებას, რამეთუ წინააღმდეგ შემთხვევაში ის სხვა პიროვნებათა უსაფრთხოების უფლებას ხელყოფდა“<sup>4</sup>. მხოლოდ სადაც ის აქედან გამომდინარე თავის ძირითად ამოცანას: „საფრთხის ნეიტრალიზებას“ ვერ ასრულებს, ე. ი. სადაც ქმედების ექსტერნალიზება, რა მიზეზითაც არ უნდა იყოს, გამოეპარა, მაშინ დაბნეულობით ნაკარნახევ პასუხს სახელმწიფო „რეაქცია“ ჰქვია ზემოხსენებული გაგებით, ოღონდ ის მხოლოდ ამის ძალით „ბრალეულ პიროვნებას“ როდი შეეხება, არამედ „საშიშ მტერს“, რომელიც თავიდანვე „ექსკლუდირებული“ რჩება<sup>5</sup>. რაც შეეხება ბრალსა და სასჯელს, იაკობსის მიხედვით, „მტერი“ დელინკვირებს (რადგან ის რჩება მოვალეობის მატარებლად: საზოგადოება „არ ათავისუფლებს დანაშაულის ჩაუდენლობის მოვალეობისაგან ყველაზე ჯიუტ დამნაშავესაც კი“<sup>6</sup>), მაგრამ სისხლისსამართლებრივად პასუხს ვერ აგებს (?), არამედ სასჯელი შეეხება განხორციელებული ქმედების შემდგომ არსაიდან წარმომდგარ „მოქალაქეს“. რა თქმა უნდა, სახეზე დაუძლეველი წინააღმდეგობაა, მაგრამ მტრის სისხლის სა-

<sup>1</sup> Ibid., გვ. 92 მდა passim; Feindstrafrecht, გვ. 291 მმ; შდრ. იგ., „Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, in: Ulfrid Neumann und Lorenz Schulz (Herausgeber), Verantwortung in Recht und Moral, 2000, გვ. 67 მმ.

<sup>2</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 88 მ.

<sup>3</sup> Ibid., გვ. 90, 92 მ; იგ., Feindstrafrecht, გვ. 293.

<sup>4</sup> იგ., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 93.

<sup>5</sup> Ibid., გვ. 92, 95.

<sup>6</sup> იგ., Feindstrafrecht, a. a. O., S. 294.

მართალს, როგორც პრევენციულ სამართალს, დანაშაულის არსში წვდომა არც მოეთხოვება.

მოკლედ რომ ვთქვათ, „გამუდმებით ანომიური ქცევა“ ანუ „ნორმატიული მოლოდინის ნოტორიული გაწვილება“, განსახილველი კონცეფციის მიხედვით, წინ „ფაქტიურ საშიშროებას“ წამოსწევს<sup>1</sup>, რომელიც მოქმედის პერსონალურობას გამორიცხავს, რაც მოქალაქეს აქცევს „მტრად“ extra muros. ასე მაგალითად, მონოტროპული დანაშაულობის სუბიექტი აქ, ასე ვთქვათ, „ნაწილობრივი მტერია“, „ზოგადი ანტისოციალური განწყობიდან“ გამომდინარე პოლიტროპული დანაშაულობის სუბიექტი კი - „ტოტალური მტერი“<sup>2</sup>. იმთავითვე უნდა აღინიშნოს, რომ „მტრად“ გამოცხადება, იქნება ეს შმიტისეული თუ იაკობსისეული კონოტაციით<sup>3</sup>, სისხლის სამართლის პოლიტიზების მხოლოდ ალტერნატიული სახელწოდებაა, რომელიც, უწინარეს ყოვლისა, სამართლებრივი სახელმწიფოს კონფლიქტუნარიანობას სათანადოდ ვერ აფასებს. ამოსავალ მომენტს, ამის საპირისპიროდ, ჰობზის jus naturalis წარმოადგენს<sup>4</sup>. ამისდა კვალად, მტრის სისხლის სამართალი, განსხვავებით მოქალაქის სისხლის სამართლისაგან, „ნორმის მოქმედებას კი არ ინარჩუნებს“, არამედ „საფრთხეებს ებრძვის“, თუმც „მასიურად“ „შუალედური ფორმების“ გათვალისწინებით<sup>5</sup>, რაც ამ კონცეფციის თავიდათავი მხარეა<sup>6</sup>. ძნელია იმავდროულად დავეთანხმოთ მოსაზრებას, თითქოს აუცილებელი მოგერიების ცნება, მტრის სისხლის სამართლის თვალსაზრისით, ყოველივეს ნათელს ჰფენდეს, როგორც ამაზე მიუთითებს იაკობსი<sup>7</sup>; არამედ „პრინციპულ მოწინააღმდეგეთა“ მიმართ აუცილებელი მოგერიება, საერთოდ, შეუძლებელია, კერძოდ კი, იმ თვალსაზრისით, რომელიც განურინებელს ქმნის ადამიანის ღირსების ხელშეუხებლობაზე მითითებას, ანუ არ არსებობს აუცილებელი მოგერიება „უუფლებო“ თავდამსხმელის მიმართ. ასე რომ არ იყოს, მაშინ ს. შ. თავდამსხმელის მტრის სისხლის სამართლის პერსპექტივიდან უხილავი უფლება აუცილებელი მოგერიების ექსცესის წინააღმდეგ სსკ-ის § 33 (გფრ) შესაბამისად, არაფერი რომ ვთქვათ აუცილებელი მოგერიების ფარგლების სხვაგვარ გადაცილებებზე, გაუგებარი იქნებოდა. უფრო მეტიც, პოზიტიური სამართლის ნაყოფიერ გამოყე-

<sup>1</sup> იგ.: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 90 მმ; Feindstrafrecht, გვ. 292.

<sup>2</sup> Ibid., გვ. 293 მ.

<sup>3</sup> იხ. მტრის სისხლის სამართლის თვალსაწიერიდან დიფერენცირებისადმი ibid., გვ. 294.

<sup>4</sup> დაწვრილებით მის მტრისსისხლისსამართლებრივი ასპექტისადმი იგ., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 91.

<sup>5</sup> იგ., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 90.

<sup>6</sup> უფრო ახლოს F. M. Llinares, Persona o enemigo; Vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, in: Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, ტ. I, №1, 2006/7, გვ. 140 მ.

<sup>7</sup> Feindstrafrecht, გვ. 292, 297.

ნებაზე მთლიანობაში, რაზედაც მტრის სისხლის სამართალი აცხადებს პრეტენზიას, საუბარი ზედმეტია, უწინარეს ყოვლისა, პროცესუალური სამართლის კომპონენტთა მაგალითზე<sup>1</sup>. რადგან თუ იმით, რომ ბრალდებულს გამონაკლის შემთხვევებში თავის დამცველთან კონტაქტის შესაძლებლობა ჩამოერთმევა მესამე პირისათვის სხვადასხვა სახის საფრთხეთა აცილების მიზნით §§ 31 მმ შკსკვ (გფრ) შესაბამისად, ძნელად თუ შეძლებს ვინმე დაასკვნას, რომ სახელმწიფო პატიმრის წინააღმდეგ ომს აწარმოებს ან თუნდაც ომის ტყვესთან გვექონდეს საქმე, მტრის ცნების აბსტრაქტულობა აქ უკვე ამიტომ ვერ შემცირდება და წინასწარი პატიმრობაც ხომ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის §§ 112, 112 ა (გფრ) მიხედვით გამანადგურებელ პატიმრობას - სამხედრო გაგებით - არ გულისხმობს. მაგრამ (სისხლის) სამართლის განხორციელება და ომი არასოდეს წარმოადგენს ანტიეთეტურ ცნებებს დაპატიმრების მომენტიდან, არამედ რჩება ასეთად ყოველთვის თავიდანვე. სხვას ვერაფერს შევნიშნავთ მატერიალურსამართლებრივ შედეგებთან მიმართებაშიც ს. შ. ტერორისტული გაერთიანებების შექმნის შემთხვევაში სსკ-ის § 129 ააბზ. 6 მ (გფრ) მიხედვით. „მტრის სისხლის სამართალი“ ცხადია, არ არის მიმართული მხოლოდ ტერორიზმის წინააღმდეგ, არამედ იმავე ზომით ეკონომიკური დანაშაულობის სუბიექტებისა თუ ნებისმიერი სხვა სახის დანაშაულის სუბიექტის წინააღმდეგ, მაგალითად, ნოტორიულად უშუქო ველოსიპედისტის ჩათვლით, მაგრამ უმთავრესად ეს კონცეფცია სწორედ ტერორიზმზეა ფოკუსირებული. იმთავითვე უნდა შევნიშნოთ, რომ, როგორც *ომი*, ტერორიზმის წინააღმდეგ სამართლებრივი ბრძოლა შეიძლება, თავის მხრივ, წარმოადგენდეს ლეგიტიმურ გამოსავალს *მხოლოდ in extremis*<sup>2</sup>, თუმც არასოდეს „უუფლებო მტრების“ წინააღმდეგ: მათ თანამედროვე გაგებით ვერც ერთ ომში შევხვდებით და გარდა ამისა: ნორმატიული მოლოდინები, რომლებიც მტრებს ყოველ ომში შეეხება, იმ განზრახვით როდი იქმნება და მოქმედებს, რომ მათ არავინ ადასრულებს. ხოლო *აშ* სახით აყალიბებს საერთაშორისო სისხლის სამართალი ორივე ჭრილში ომის დამნაშავის ცნებას - ბუნებრივი მდგომარეობისთვის ნებისმიერ თავის გამოვლინებაში უცხო ფენომენი.

შევამცირებთ თუ არა სინამდვილეში მოქალაქის ცნებას „მტრის“ ცნებით უპირატესად ჰობზისა და კანტის ან ნაკლებად რუსოსა და ფიხტეს თუ ლაიბნიცის ხელშეკრულების თეორიის თეზისების კვალობაზე<sup>3</sup> - ან ამა თუ იმ სახით უარვეყოფთ მას

<sup>1</sup> იგ., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 93; უფრო ახლოს იგ., Feindstrafrecht, გვ. 296.

<sup>2</sup> შდრ. W. S. Heinz, J.-M. Arend, The International Fight against Terrorism and the Protection of Human Rights. With Recommendations to the German Government and Parliament, Berlin, 2005, გვ. 30 მ და passim.

<sup>3</sup> Jakobs: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 89 მმ; Feindstrafrecht, გვ. 289, 292 მ; იხ. აგრეთვე „სამართლებრივი სიკეთის მტრის“ ცნებისადმი იგ., Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 97, 1985, გვ. 753 მ; კრიტიკულად კანტზე იაკობსის რეკურსთან მიმართებაში: J. Arnold, Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen, in: HRRS 8-9/2006, გვ.

ს. შ., ვთქვათ, როგორც „გონიერ ეგოისტს“ კანტისეული გაგებით<sup>1</sup> ანუ, უბრა-ლოდ, ამოვალთ „არასოციალიზებადი სუბიექტიდან“ მონტესკიეს მიხედვით<sup>2</sup> -, შესაძლოა მაინც სხვა პრობლემად გვესახებოდეს<sup>3</sup>. მაგრამ ეს ასე სულაც არ გახლავთ, მიუხე-დავად იმისა, განსახილველი ცნება „პრინციპულად პეხორატიულად“ არის ნაგუ-ლისხმევი თუ არა ანუ მხოლოდ როგორც terminus technicus მოშველიებული<sup>4</sup>. უწი-ნარეს ყოვლისა, მტრის სისხლის სამართლის ამოსავალი თვალთახედვა ჰეგელის სასჯელის თეორიის წინააღმდეგ არის მიმართული<sup>5</sup>, რომელსაც იაკობსი, როგორც წესი, საფუძვლიანად ცდილობს დაეყრდნოს<sup>6</sup>. – შეეხება, ამის კვალობაზე, მტრის სისხლის სამართლის „რეაქცია“ „პიროვნებას“, და ის არა მხოლოდ „აქტუალური მოქმედის“ (მტრისსისხლისსამართლებრივი „პრინციპული გადახრის“ კვანტიტა-ტურ ასპექტში) შემთხვევაში, არამედ იმავე ზომით „პოტენციური მოქმედის“ შემთ-ხვევაში, საერთოდ, ყოველგვარი დასჯადი ქმედების წინმსწრებად (იმავე კონტექ-სტის კვალიტატურ ასპექტში) უნდა გამოიყენებოდეს, მაშინ სახეზეა თავისებურე-ბათა სპექტრი, რომელსაც იაკობსი სხვაგან, ჩვეულებრივ, სრულიად სამართლიანდ განაკუთვნებს არა მართლწესრიგს, არამედ „ყველაზე ტოტალიტარულ წესრიგს“<sup>7</sup>. საზოგადოება, რომელიც თავის თავს „საშიშ ინდივიდთან“ status belli-ში მოიაზ-რებს, თავადვე არანაკლებ საშიშია. განსახილველი კონცეფცია თვის ექსლექსური „მტრის“ ცნებით არსებითად ვერ მოდის შესაბამისობაში ადამიანის უფლებებთან, რომლებიც ხელუხლებელია<sup>8</sup> ანუ ვერ იქნება დეპერსონალიზების ობიექტი. ეს, თავის მხრივ, ნათელს ჰფენს იმას, თუ რატომ მოიხსენიებს მტრის სისხლის სამართა-

305 მ; *J. Bung*, Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, Heft 2/2006, გვ. 69 მ; *H. Bielefeldt*, Das Folterverbot im Rechtsstaat, Berlin, 2004, გვ. 9.

<sup>1</sup> გამოწვლილვით *R. Saage*, Eigentum, Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant, 2. Aufl., Baden-Baden, 1994, გვ. 134 მ.

<sup>2</sup> *Montesquieu*, De l'esprit des lois, Paris, 1977, გვ. 96.

<sup>3</sup> იხ. „კონსტრუირებული მტრის“ ცნებისადმი *A. Aponte*: Krieg und Politik – Das politische Feindstrafrecht im Alltag, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, Heft 8-9/2006 გვ. 300; *Aponte*, Feind oder Bürger? Günther Jakobs und das Dilemma eines feindlichen Strafrechts, in: *Leben im Feindrechtsstaat*, გვ. 145 მმ; უფრო კრიტიკულად ამ გაგებით *K. Malek*, Feindstrafrecht – Einige Anmerkungen zur Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht – Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat“ auf dem 30. Strafverteidigertag 2006, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, Heft, 8-9/2006, გვ. 317.

<sup>4</sup> რაც, მართალია, არ ნიშნავს, რომ სისხლის სამართალში მის ვერანაირ კვალს ვერ ვაგნებდეთ. თუმც ინსტრუმენტული ურთიერთკავშირებიდან, რომლებშიც, მაგალითად, „ნების მტრული განსაზღვრუ-ლობის“ მომენტი (იხ. *Lackner*, StGB, § 211/6 მ) ვლინდება, ძნელად თუ აღმოვაჩენთ ჭეშმარიტად სამარ-თლებრივის ქვაკუთხედს, არამედ უფრო მეტად პირიქით.

<sup>5</sup> შდრ. *B. Haffke*, Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?, in: *Kritische Justiz*, Heft 1/2005, გვ. 22.

<sup>6</sup> *Jakobs*, Schuldprinzip, გვ. 26 მმ; მაგრამ იხ. იგ., Rezension: *Benno Zabel*: Schuldtypisierung als Begriffsana-lyse. Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation, Berlin, 2007, in: *HRRS* 5/2007, S. 232.

<sup>7</sup> *Jakobs*, Schuldprinzip, გვ. 26.

<sup>8</sup> გამოწვლილვით *Bielefeldt*, Folterverbot, გვ. 5 და passim.

ლი ადამიანის უფლებებს როგორც „ე. წ. ადამიანის უფლებებს“<sup>1</sup>. რაც იმავდროულად ამ კონცეფციისთვის პრინციპულად გაურკვეველი რჩება, მცდარად მოქმედი პიროვნების ფენომენია: *არ არსებობს (ნორმის მოქმედების) ზიანი წინმსწრები საფრთხის გარეშე*. მოქალაქე, რომელიც „დელინკვირებს“, იმგვარად, რომ დელინკვირების საფრთხე მისსავე ცნებაში ვერ მოიაზრებოდეს, როდი მიუთითებს იმ განზომილებაზე, რომელშიც სისხლის სამართალი ხორციელდება. არამედ აქ არ გვექნებოდა საქმე არც ნორმატიულ მოლოდინებთან, არც რეტროაქტიურობის აკრძალვასთან და ა. შ., მოკლედ, არ გვექნებოდა საქმე სამართლებრივ სახელმწიფოსთან. ნორმატიული მოლოდინები, თავის მხრივ, შეიძლება გაწილდეს, რა დროსაც ეს ანუ საფრთხე სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას არ გამორიცხავს, არამედ განაპირობებს მის თემატიზებას სწორედ თავშივე, სახელდობრ - არსებითად (მტრისსისხლისსამართლებრივად კვლავაც უჩინარ ჭრილში) - უფრო მეტად, ვიდრე მხოლოდ პრევენციული გაგებით. მაშასადამე, დელინკვენტის პერსონალურობა, თუმც არა სხვაგვარად, ვიდრე ნორმის ერთგული სუბიექტისა, გულისხმობს არა ad-hoc-მონახაზების („ფორმალური პიროვნება“; „არანამდვილი პიროვნება“, „არაპიროვნება“ და ა. შ.) სიმბოლიზებას, არამედ ინტერაქციონისტული კონტინუუმი-სა. სხვა სიტყვებით, *თანამედროვე სისხლის სამართალი პერსონალურობის წყვეტადობას არ იცნობს*.

ყოველივე ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, მცდარი იქნებოდა იმის ვარაუდი, თითქოს მტრის სისხლის სამართალთან მიმართებაში საქმე გვექნებოდა თავისუფლებისა და უსაფრთხოების პოზიტივისტური თანაფარდობის გამოვლენის მცდელობასთან, როგორც ამაზე თვით ეს კონცეფცია აცხადებს პრეტენზიას, არამედ სახეზეა უსაფრთხოების სახელით პოზიტივისტურ თავისუფლებასთან ჭიდილი. თუმცაღა ჩვენთვის აქტუალურ კონტექსტში ეს მთავარი არ არის. მთავარი კი ამჯერად მოცემული კონცეფციის მიმართებაა არსებულ საკანონმდებლო სინამდვილესთან, სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის თვალსაზრისით, და ეს სინამდვილე დღესავით ნათელია: საშიში დამნაშავე, რომელსაც სასჯელთან ერთად შეფარდებული პრევენციული ღონისძიება შეეხება, არც „უუფლებოა“ და არც „საშიში ინდივიდი“, მიუხედავად მტრისსისხლისსამართლებრივი „კონსტატირებისა“, რაც იმას ნიშნავს, რომ თუ, ერთის მხრივ, საქმე ეხება სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტს, რომელიც არ არის დამოკიდებული სახელმწიფოსა და მისი ორგანოების „სვეკეთილ“ გამჭრიახობაზე, არამედ თავის უფლებებს ახორციელებს (თვით თანაფარდობის პრინციპიც სსკ-ის § 62 მიხედვით [გფრ] იმავე გაგებით ყალიბდება), მეორეს მხრივ, მოვალეობებიც ასევე არ არის მოქცეული სამართლებრივი ურთიერთობის

<sup>1</sup> იხ. იგ., Feindstrafrecht, გვ. 289.

ფარგლებს მიღმა და მტრის სისხლის სამართლებრივ ნომინალიზმამდე პრევენციული ღონისძიებები მათ არავითარ შემთხვევაში არ აკნინებს. სხვაგვარი ფორმულირებით, ჯერ ერთი, მოვალეობათა მატარებელი, რომლის შეკავებაც ხდება მოვალეობის(-ათა) დარღვევისაგან, ანუ „პოტენციური დელინკენტი“, გვსურს ეს ჩვენ თუ არ გვსურს, „ინდივიდი“ არ არის, რადგან მოვალეობას მისი (ინდივიდის) ცნება არ მოიცავს, არამედ მიუთითებს პიროვნების ცნებაზე; ის, რომ, ამასთანავე, პოზიტიური სამართალი არც უბრალო აბსტრაქციას ეჭიდება, არამედ მოვალეობა და დელიქტი, უფრო ზუსტად: პერსონალურობა ინტერაქციონისტულად რელევანტური შინაარსით დატვირთული რჩება, ასევე აშკარაა: თუ პრევენციული ღონისძიებების ადრესატი დელინკენტი, მან სისხლის სამართლებრივად უნდა აგოს პასუხი. აქედან გამომდინარე, მტრის სისხლის სამართლის „*inimicus*“-თანმიმართებაში არ გვაქვს საქმე, უწინარეს ყოვლისა, არც სისხლის სამართლის პრევენციულ ღონისძიებათა ადრესატთან, რომლის შეკავებაც ხდება სისხლის სამართლებრივი დარღვევისაგან, და არც ომის სამართლის სამხედრო ტყვესთან, რომლის შეკავება, მართალია, უკვე იმისგან ხდება, რაც მასომში, როგორც, მტერს „ხელეწიფება“. სხვა მხრივ, „კონცესია“, თითქოს საქმე არ ეხებოდეს „სხვას“ (ასე ვთქვათ, როგორც „*hostis*“-ს)<sup>1</sup>, სადაც „საზოგადოებისაგან ექსმიტირებულზე“ ვსაუბრობთ, ამაო ცრემლია.

### III

#### მატერიალურსამართლებრივი განგრძობადობა<sup>2</sup>

##### 1. ინსტიტუციონალურად კომპეტენტური ინტერაქცია

კაუზალიზმი ან ფინალიზმი იმის გამო როდი განიცდის მარცხს, რომ აქ ონტოლოგიურად არაფერია წარმოჩენილი და ამ მხრივ, არტ. კაუფმანს<sup>3</sup>, უთუოდ, სრულად უნდა დავეთანხმეთ; მაგრამ საქმე ის არის, რომ ვერც კაუზალიზმი და ვერც ქმედების ფინალური მოძღვრება რე(-)აქციის ან „არა-რე(-)აქციის“ ფენომენის პრობლემატიზებას ვერ ახერხებს. ასე მაგალითად, სასჯელი ხომ „ადამიანის ქმედებაზე რეაქციაა“, მხოლოდ ნატურალისტურ სიბრტყეზე, სადაც ადგილი აქვს კაუზალურად ან ფინალურად აგირებას, სასჯელით რეაგირება არ ხდება, ე. ი., სულ მცირე, აქ „კაუზალურად“ ან „ფინალურად“ ინტერაგირება არ მიმდინარეობს<sup>4</sup>. შე-

<sup>1</sup> Ibid., გვ. 294.

<sup>2</sup> L.-G. Kutalia, Theorie der allgemeinen Kontinuität, in: H. Hakeri (Herausgeber), Schwarzmeerjuristentage I, Strafrecht, Samsun, 2010 (ონლაინ: Humboldt Universität zu Berlin).

<sup>3</sup> Arth. Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung, in: Schuld und Strafe, Köln, Berlin, Bonn, München, 1956, გვ. 63.

<sup>4</sup> იხ., ამასთანავე, ibid., გვ. 54 მ.

საბამისად, დღის წესრიგში მხოლოდ აზრის სოციალური განმარტება თუ დადგება: ინტერაქციის პარტნიორებს არ ძალუძთ, არ იურთიერთონ<sup>1</sup>. მაგრამ თუ ამ გაგებითაც პირდაპირ ან ირიბად ონტოლოგიზიზებულ მეთოდუკას მივმართავთ, ხელიდან გვისხლტდება არსებითი: სადაც საქმე ჯერაც არ შეეხება „სამართალს ან უმართლობას, დამსახურებას ან ბრალს“<sup>2</sup>, განმსაზღვრელი თვალსაზრისი არ არის დამოკიდებული თვით რეაქციაზე ან „არა-რეაქციაზე“, არამედ, უკეთეს შემთხვევაში, სახეზე მხოლოდ ზემოწარმოდგენილი ლინეარულობებია, რომლებიც სოციალური ინტერაქციის სიბრტყეს სწორედ რომ ვერ აღწევს. ხოლო ქმედება ანუ დანაშაული როგორც უბრალო, რა „მნიშვნელობის შინაარსებითაც“ გნებავთ დამუხტული „აქცია“, რომლის განმსაზღვრელი საფუძველი ინტერაქციაში არ ძევს, სოციალური ასპექტის ღერძიდან გადახრილია.

ამიტომ განსხვავდება ს. შ. „სოციალური ინდივიდუალურობა“, რომელიც ნებისმიერ შემთხვევაში „ადამიანური პიროვნულობის“ ატრიბუტად წარმოგვიდგება<sup>3</sup>, „წმინდად მეული ინდივიდუალურობისაგან“ უმთავრესად არა ონტოლოგიურად, ასე ვთქვათ, „სხვებთან თანამყოფობით“<sup>4</sup> ან სხვა, არამედ მოიცავს თავის წინაპირობად ადამიანს, როგორც ინტერაქციის პარტნიორს, რომელიც შესაბამისი მოვალეობებისა და უფლებების ძალით<sup>5</sup> სხვადასხვა სახის სოციალური ურთიერთობების სუბიექტად ყალიბდება. თუ დავაკვირდით გულდასმით, ეს, უწონარეს ყოვლისა, ნიშნავს, რომ პიროვნებები მუდმივად არსებობენ როგორც სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტები<sup>6</sup>, რა დროსაც ქმედება ვერ აღიქმება როგორც სისხლის სამართლის სისტემის კიბერნეტიკული ინპუტი („ზოგადი ქმედება“ ტრადიციული გაგებით) ანუ დანაშაული როგორც სისხლის სამართლის სისტემის აუთპუტი („სისტემსპეციფიკურად ატრიბუირებული ქმედება“): არამედ ორივეგან საქმე ეხება სამართლებრივი ურთიერთობის განგრძობადობას, რომელიც ინტერაქციის პარტნიორს როგორც დელიქტის ჩადენამდე, ისე შემდგომ და გამო მოიაზრებს როგორც სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტს.

<sup>1</sup> P. Watzlawick, J. Beavin, D. Jackson, Menschliche Kommunikation. Formen, Störungen, Paradoxien, Bern, 1990, გვ. 51.

<sup>2</sup> Ibid., გვ. 37.

<sup>3</sup> Ibid., გვ. 63.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> შდრ. აქამდე G. Jakobs: Handlungssteuerung und Antriebssteuerung. Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff, in: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, Heidelberg, 2003, გვ. 956; Norm, 1. Aufl., გვ. 59 მმ; Individuum und Person, გვ. 257 მ.

<sup>6</sup> შდრ. P. González-Rivero, Strafrechtliche Zurechnung bei Defektszuständen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre, Berlin, 2001, გვ. 139 მ (პიროვნება როგორც „სამართლებრივი ურთიერთობები“).



ამრიგად, რეფერალური სისტემა სისხლის სამართალი „არა-რეაქციის“ შემთხვევებს, სხვაგვარად, ვიდრე, მაგალითად, სამოქალაქო თუ პოლიციური სამართალი, წარმოიდგენს მხოლოდ როგორც ინციდენტური დაინტერესების საგანს<sup>1</sup>; ისინი აქ მხოლოდ *გამონაკლისების* სახით არის შესაძლებელი, რომლებიც უკვე ამიტომ არაფერ დისტინქციურად სისხლისსამართლებრივს ქმედების ცნებას არ სძენენ. მაგრამ, ამისდა კვალად, სისხლის სამართალში, იმის გარეშე, რომ ამით ინტერაქციის განმსაზღვრელობის დათმობა შევძლოთ, საქმე არც უამრავ სხვა რამეზეა დამოკიდებული: უფლებების განხორციელება ან განუხორციელებლობა, მოვალეობათა შესრულება ან შეუსრულებლობა, როგორც ასეთი, სწორედ სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ფარგლებს მიღმა მდებარეობს. საპირისპირო ვითარება შესაძლებელია მხოლოდ იქ, სადაც სუბიექტმა განხორციელებული ქმედებისთვის *სისხლისსამართლებრივად უნდა აგოს პასუხი*. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ხსენებული ორიენტირი შემოიფარგლება განხორციელებული ქმედებისა და ინსტიტუციონალური განგრძობადობის ურთიერთობით, რომელიც, თავის მხრივ, საზოგადოების აუცილებელი მახასიათებელია. და თუ ეს მოცემული მოდუსით და თუ ასე გნებავთ, მოცემული ზომითაც სამოქალაქოსამართლებრივი ან პოლიციურსამართლებრივი მოსაზრებების სიბრტყეზე არ გადაიტანება, ამის მიზეზად ძნელად თუ მივიჩნევთ იმას, რომ უკანასკნელ შემთხვევაში, პირველისაგან განსხვავებით, საქმე არ ეხებოდეს საზოგადოებას, როგორც ინტერაქციის სისტემას: ინტერაქციას სამართლებრივ ურთიერთობაში საპირისპირო სახე არ აქვს, რადგან *სამართლებრივი ურთიერთობა ინსტიტუციონალურად კომპეტენტური ინტერაქციაა*.

## 2. სრულდელიქტური შერაცხვა

### 2.1. სამართლის დასჯადი ღალატი

კანტი: „შერაცხვა (imputatio), მორალური მნიშვნელობით არის დასკვნა, რის შედეგადაც ვინმე როგორც ქმედების გამომწვევი (causa libera) განიხილება, რომელსაც, შესაბამისად, დანაშაული (factum) ეწოდება და კანონებით არის გათვალისწინებული“<sup>2</sup>, ანუ „დასკვნა, რომ ვინმე რამეგვარად ,სიკეთეს ან ბოროტებას’ ავლენს“<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> იხ. აგრეთვე ს. შ. ნორმატიულად დაფუძნებული განსხვავებები: *G. Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, München, 1992, გვ. 37 მ, 42.

<sup>2</sup> *I. Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Berlin, 1870, გვ. 227; შდრ. იგ., Kritik der praktischen Vernunft, გვ. 57; შერაცხვის სუბიექტისადმი, როგორც პიროვნებისადმი იგ., Metaphysik, გვ. 329.

<sup>3</sup> *H. Matt*, Kausalität aus Freiheit. Eine rechtsphilosophische Grundlegung zum Bewirken durch Tun und Unterlassen im (Straf-)Recht, Baden-Baden, 1994, გვ. 116 მმ.

მაგრამ სანამ შერაცხვის შკალა წინარეინტერაქციონისტულად აღიქმება, შერაცხვის ამოცანა იმის კონსტატირებითაა შემოიფარგლება, რომ წინაპირობები მხოლოდ ნაწილობრივ არის შესრულებული, რომლებსაც ურთიერთობაში სპეციფიკურობამდე მივყავართ, რომლის მიხედვითაც აუცილებელი ხდება ურთიერთობის განვითარება მისი განგრძობადობის ფარგლებში სასჯელის გამოყენებით. ასეთი აუცილებლობის მთლიანობაზე შერაცხვის გაბატონებული მოძღვრება სდუმს, რითაც, მართალია, სასჯელის მიზნიდან შერაცხვის ფუნქციის წარმოების ძირეული იდეა არ ხეიყოფა. საკითხავი მხოლოდ ის არის, სასჯელის მიზნიდან შერაცხვის ამ ზომით ამონარიდი ამოცანა - რა დროსაც უკვე სრულად შერაცხული ქცევა ურთიერთობაში ჯერ კიდევ არაფერს წარმოშობს - თეორიულად საკმარისად მისაღები შეიძლება იყოს თუ არა, ე. ი. დანაშაული და სასჯელი, შესავლის სახით, ამ კონკრეტულ ჭრილში მართლაც არ განიხილებოდეს თუ პირიქით როგორც კონტინუუმი სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობაში, სახელდობრ, სასჯელის ყოველგვარი აბსოლუტური თეორიის მიღმა.

## 2.2. მოვალეობის კვალიტატური გენერირება

სადაც სასჯელი ზედმეტია და, ამრიგად, დაუშვებელი, ბრალეული ქცევა სასჯელის მიზნიდან იხრება, რადგან ირკვევა, რომ არაფერია მოცემული, რაც სასჯელით უნდა გაბათილდეს. შერაცხვის სამართლებრივი მნიშვნელობა თუმცა ნარჩუნდება, მაგრამ სასჯელი, როგორც განგრძობადობის ნიშანი, ამ მნიშვნელობას არაფერს სძენს და ეს, თავის მხრივ, მოასწავებს იმას, რომ შერაცხვამ აქ თავისი სამართლებრივი მოქმედება სასჯელის მიზნისაგან დამოუკიდებლად ანუ სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ფარგლებს მიღმა უნდა განავითაროს. სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობიდან ექსკლუდირებული, სასჯელის მიზნის თვალსაზრისით, ეფექტურად ვერშემდგარი აქცია (მაგ., აქამდე ნეგატიურად დანაშაულის მცდელობაზე ხელის აღების სსკ-ის § 24, ქმედითი მონაწილის სსკ-ის § 310 დროს ან უშუალოდ პოზიტიურადაც, ს. შ. სასჯელისაგან გათავისუფლების სსკ-ის § 60 დროს)<sup>1</sup> სისხლის სამართალს ვერ უკარნახებს, თუ სად უნდა იქნეს მოძიებული დანაშაულის ცნების არსი. ამრიგად, როგორც დელინკენტი, სრული გაგებით, მნიშვნელოვანია მხოლოდ ის, რომლის გაყვანაც თავის ქმედებასთან მიმართებაში სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ფარგლებს გარეთ შეუძლებელია, რასაც ადგილი არ აქვს არც დანაშაულის შემადგენლობის შესაბამისი ქმედების გამართ-

<sup>1</sup> გფრ-ის სსკ.

ლებისას ან მართლწინააღმდეგობასთან მიმართებაში მიტევებისას და არც ბრალეული ქცევის დაუსჯელობისას.

*დასჯადობის უგულებელყოფა, როგორც დისტინქციურად სისხლისსამართლებრივი მასშტაბი, ამასთანავე, მოწმობს, რომ ნორმა, დანაშაულის ცნების თვასაზრისით რელევანტურ ჭრილში, სასჯელისაგან დამოუკიდებელ ფუნქციას არ ასრულებს. ნორმატიული მოლოდინის გაწვილება, ამასთანავე, მხოლოდ მორიგ ნორმატიულ მოლოდინს აფუძნებს<sup>1</sup>: შერაცხვა ხორციელდება არა მოვალეობის დარღვევის გაგებით, არამედ მოვალეობის გენერირების გაგებით. მაგრამ ვისთვისაც მოვალეობებზე განგრძობადი რეკურსი დაუმტკიცარია, მას მოუწევს, მაგალითად, სსკ-ის (გფრ) § 121 აბზ. 1 № 2-ის (ძალადობრივი გაქცევა; რატომ, მაშასადამე, „გაქცევა“?) სრულ შემთხვევითობად წარმოსახვან თუ რატომ ზემოქმედებს უწყინარი გაპარვა სასჯელის მოსახდელი ნაწილის აღსრულებაზე, მეტასისხლისსამართლებრივი განმარტებებით „დასაბუთება“ და ა. შ. არამედ დელინკვენტი თავის დელიქტთან მიმართებაშიც სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტია, ვინაიდან რომ არ იყოს, სასჯელის ლეგიტიმურობაც გაქარწყლდებოდა, რაც მხოლოდ როგორც ურთიერთობის ნიშანი შეიძლება აღვიქვათ, ურთიერთობა კი შესაბამისი სუბიექტების გარეშე წარმოუდგენელია. გარდა ამისა, მხოლოდ სასჯელია განგრძობადობის ნიშანი, რომელიც ქმნის ხილვადს დამნაშავეს ჩადენილ დანაშაულთან მიმართებაში, როგორც სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტს: მან პასუხი უნდა აგოს. შერაცხვის ჭეშმარიტად ფუნქციონალური ზოგადობა და დანაშაული, როგორც სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ზოგადი განგრძობადობის რგოლი, შესაბამისად, თეორიულად განუყოფელია. დანაშაულის ცნებაზე, ამრიგად, მატროოდენ იმით როდი გამოითქმის ყველაფერი, რომ სუბიექტის დისტანცირება თავისი ქცევისაგან მხოლოდ ნორმატიულად არ ხერხდება, არამედ მხოლოდ იმით, რომ ის ამ ქცევისგან ფუნქციონალურად არადისტანცირებადია. დასრულებულია სისხლისსამართლებრივი შერაცხვა იქ, სადაც ის შემდეგს გამოხატავს: სისტემის ნამდვილობა დამოკიდებულია სასჯელზე.*

<sup>1</sup> სხვაგვარი ვითარებაა, რა თქმა უნდა, მტრის სისხლის სამართალთან მიმართებაში, რომელიც „პრინციპულ მოწინააღმდეგეთა“ დეპერსონალიზებას ესწრაფვის, იმგვარად, რომ მოვალეობათა დათმობა არ ძალუძს.

### 2.3. ჰეგელიანური სკოლის შერაცხვის მოძღვრება

ჰეგელიანელებთან რომ ჭეშმარიტად ფუნქციონალური საწყისები ყოფილიყო წარმოდგენილი, ჰეგელიანური სკოლის შერაცხვის მოძღვრებას აქ ვერც ვერფარს დავძენდით, რამეთუ „შერაცხვა არის დასკვნა, ქცევა ქმედებაა; ამისდა კვალად, შერაცხვა არ არის ქმედების გარეგანი დანამატი, არამედ მასშივეა მოცემული; შერაცხვა და ქმედება ერთმანეთის ტოლია; სადამდე, შესაბამისად, ქმედების ცნება ატანს, იქმადე ატანს შერაცხვის ცნებაც და სადაც ქმედება წყდება, იქ შერაცხვის ცნებაც წყდება“<sup>1</sup>. ფორმალურად დანახული, ეს კონცეფცია ჭეშმარიტად ფუნქციონალურ სისხლის სამართლის სისტემაშიც თავსდება. უფრო მეტიც: ის აქ სხვაგვარად არც შეიძლება გამოიყურებოდეს. მაგრამ ამ გარეგან კონგრუენტულობაზე არ არის დამოკიდებული განმსაზღვრელი თვალსაზრისი, არამედ ზემოხსენებული კორელაციის ფარგლებში აქტუალურ ცნებათა სისხლისსამართლებრივ შინაარსზე, ისევე როგორც მოცულობაზე: შერაცხვისა და ქმედების ცნება სასჯელამდე უნდა „ატანდეს“ ანუ იქ კი არ უნდა „წყდებოდეს“, სადაც არ მოიპოვება (სახელმწიფოს) უფლება სასჯელზე, როგორც სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის განგრძობადობის ნიშანი. წინააღმდეგ შემთხვევაში სისხლისსამართლებრივად რელევანტური ქცევის ქმედების ცნების თვალსაზრისით მნიშვნელოვანი სპეციფიკა განისაზღვრება დარღვეული ნორმით, არა იმავდროულად მასზე მიმართული რეაქციითაც და ეს სწორედაც ჯერ კიდევ არ აყალიბებს *სისხლისსამართლებრივად განმსაზღვრელ თვალთახედვას*.

## 3. დელიქტურად აქტუალური შერაცხვა

### 3. 1. ჰიპოთეტური დანაშაული

დანაშაულის ცნების თვალსაზრისით რელევანტური კორელაცია შერაცხვის პრობლემასა და სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ზოგადი განგრძობადობის პრობლემას შორის ვერც ნორმით გათვალისწინებული ქცევის სრული სისხლისსამართლებრივი შერაცხადობის ახლებური დეფინიფირებით შემოიფარგლება, ვინაიდან ეს ჭეშმარიტად ფუნქციონალური თვალთახედვის მხოლოდ ერთ ასპექტს შეეხება და, ამდენად, პრობლემის მთლიან დანაშაულის ცნების თვალსაზრისით რელევანტურ კონტექსტს ვერ მოიცავს. ადეკვატური თეორიული ჩარჩოები არ მო-

<sup>1</sup> J. F. H. Abegg, System der Criminal-Rechts-Wissenschaft als Grundlage zu historisch-dogmatischen Vorlesungen, Königsberg, 1826, გვ. XXXVI.

იცემა ამ ჭრილში არა მხოლოდ იქ, სადაც დელიქტური ქცევა არ იწვევს სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის განვითარებას მის ზოგადობაში, არამედ არანაკლები ზომით იქაც, სადაც საქმე ეხება შესაბამისი ქცევის მხოლოდ საგამომიებო ან პროცესუალურტექნიკურ შერაცხვას, იქნება ეს მატერიალურსამართლებრივი ასპექტის ზოგადი განგრძობადობის პერსპექტივიდან სისხლისსამართლებრივ ურთიერთობაზე ვადით განუსაზღვრელი (მაგ., სს საქმის აღძვრაზე მიმართვის მოუცემლობის სსკ-ის § 77 მმ [გფრ], სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაში მიცემის ხანდაზმულობის სსკ-ის § 78 მმ [გფრ] დროს) თუ ასევე ვადით განსაზღვრული (მაგ., ექსტერიტორიალ[ურ]ობის § 18 სკკ [გფრ], იმუნიტეტის შემთხვევაში კონსტიტუციის მუხლ. 46 აზ. 2-4 [გფრ] „ზესისხლისსამართლებრივი“ დაცვის დროს) ზემოქმედების ჭრილში.

დანაშაული, ამრიგად, არის არა ის, რაც სუბიექტს უბრალოდ პასაჟურ-ამბივალენტურად ანუ ვირტუალურად შეერაცხება, არამედ კანონიერი ძალით დასჯის მიზნით შეერაცხება<sup>1</sup> და, ამასთანავე, საქმე ეხება უფრო მეტს, ვიდრე მტკნარ ფორმას, კერძოდკი, საქმე ეხება სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ბირთვის: დელიქტი არ წარმოადგენს ნატურალისტური ან სოციოლოგისტური გარესამყაროს ცვლილებას, არამედ დანაშაული თავისი არსით სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ტრანსფორმაციაა განგრძობადობის ფარგლებში. ვირტუალური შერაცხვა, ამის საპირისპიროდ, განაპირობებს მხოლოდ და მხოლოდ ვირტუალურ „ქმედებას“, რომელიც სუბიექტის სპეციფიცირებას, ზოგადი განგრძობადობის თვალსაზრისით, შესაძლებელს სულაც არ ქმნის, რამეთუ სუბიექტი აქ თავის ქცევასთან მიმართებაში სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის სფეროში არ იმყოფება: საპირისპირო შესაძლებელია ს. შ. მხოლოდ საქმის აღძვრის ინიციატივის, იმუნიტეტით უზრუნველყოფილი დაცვის გაუქმების ან ვადის გასვლის შემთხვევაში (სადაც ინტერაქციონისტულ რეაქციაზე უფლება ჯერაც არ წარმოქმნილა ურთიერთობაში). შესაბამისად, nullum crimen sine imputatione არ კორესპონდირებს არც ვირტუალურ შერაცხვასთან<sup>2</sup> და არც აქედან გამომდინარე დანაშაულის ტექნიკურ პროექ-

<sup>1</sup> რა დროსაც უახლესი კონტინენტური სამართალი სულ უფრო და უფრო ღრმავდება სუბტილურ სოციოლოგიურ და ფილოსოფიურ ნიუანსებში, ფორმალური ლოგიკისა და სოციალური ფსიქოლოგიის დართვითა თუ გამორიცხვით, ჩნდება დანაშაულის ცნება, რომელიც ორიოდე პროცესუალურ დეტალზე დაყრდნობით, ჩ. ა., ლიდერობს სივრცესა და დროში: დანაშაული „სასამართლოს მიერ სისხლის სამართლის კანონის მატერიალურ ან (? – ლ.გ. კ.) პროცესუალურ სამართალთან შესაბამისობაში აღიარებული დარღვევაა, როდესაც სასამართლო მიზანშეწონილად მიიჩნევს შეუფარდოს დამრღვევს პასუხისმგებლობის სპეციფიკური ზომები, რომლებიც დასაშვებია მხოლოდ პირის დამნაშავედ აღიარების პირობებში“ (С. Пашин, Понимание преступления, 2000, გვ. 87).

<sup>2</sup> მხოლოდ ნეგატიურად, ვთქვათ, H. Alwart, Zurechnen und Verurteilen, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 1998, გვ. 9 მ, 32 მმ.

ტთან. შერაცხვის ფუნქციონალური მოდელი, თავის მხრივ, შესაძლებელია მხოლოდ, თუ გადაწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება არა სისტემის გარეგანად აქტუალურ ინტერვალიზებას, არამედ მატერიალურსამართლებრივი ურთიერთობის კომპლექსურობას, რომელიც ფორმალურ სამართალს გარდღევადად მოიცავს<sup>1</sup>. ამის კვალობაზე, სასჯელი ფორმალურსამართლებრივ ფენომენს არ წარმოადგენს<sup>2</sup>, რომლის შეფარდებაც ხდება მატერიალურ სისხლის სამართალზე უბრალო მითითებით<sup>3</sup>, არამედ მატერიალურსამართლებრივი ურთიერთობის ნიშანს მის განხორციელებული ქცევის მომცველ ზოგადობაში.

თანამედროვე სისხლის სამართალი განსახილველ ჭრილში დანაშაულის ცნებას შემოფარგლავს ზ. ა. შერაცხადობის მომენტი, ე. ი. სასჯელის გამომრიცხველი ხსენებული გარემოებები თავიანთ მთლიანობაში ან, ყოველ შემთხვევაში, ნაწილობრივ<sup>4</sup> ცნებას ხელუხლებელს ტოვებს, რა დროსაც თავიანთ მნიშვნელობას მხოლოდ იმ სისტემატიკურ საზღვრებს მიღმა ავითარებენ, სადაც დანაშაულის ცნების კონსტიტუირებას უნდა ჰქონდეს ადგილი. მაშასადამე, სინამდვილეში ამ ჭრილში თანამედროვე შერაცხვის პროგრამა ჯერ კიდევ როდია სისხლისსამართლებრივი *შერაცხვის* დოქტრინა, არამედ ურთიერთობის სუბიექტისადმი სისხლისსამართლებრივად რელევანტური ქცევის ვირტუალური მიკუთვნების დოქტრინა. ასე მაგალითად, გაურკვეველია, თუ რატომ არ შეიძლება მოიცემოდეს, არაბრალეულობის პრეზუმფციის პერსპექტივიდან, ბრალი იქ, სადაც „დანაშაული“ მოცემული ჩანს ანუ სადაც ცნება მატერიალურსამართლებრივად არაფრით შეიძლება იყოს სუბლემენტირებად<sup>5</sup>. ან ქრება მატერიალურსამართლებრივი ურთიერთობა დანაშაულის ჩადენით, საერთოდ? გარდა ამისა: საგამომიებო „შერაცხვა“ შესაძლოა განხორციელდეს შერაცხვის სუბიექტის სრული დაუდგენლობის პირობებშიც, რაც ასევე არ ამარტივებს დანაშაულსა და დანაშაულის სუბიექტს შორის თეორიული ურთიერთკავშირის გარკვევას.

<sup>1</sup> რა დროსაც ფორმალური სამართალი დამხმარეა თუ სუვერენული, სხვადასხვა კონტექსტში სხვადასხვაგვარადაც შეიძლება გადაწყდეს.

<sup>2</sup> შდრ. U. Neumann, Funktionale Wahrheit im Strafverfahren, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1989, გვ. 81 მ.

<sup>3</sup> იხ. მოცემულ კონტექსტში Th. Weigend, Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 113, 2001, გვ. 276 მ.

<sup>4</sup> R. Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, Berlin, 1976, გვ. 71 მმ, 84 მმ და passim მიხედვით, მაგ., ექსტერიტორიალობა ან დეპუტატის ინდემნიტეტი თუ იმუნიტეტი.

<sup>5</sup> გამოწვლილვით H. Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin, 1988, გვ. 49, 84 მმ.

### 3. 2. დასჯადობა როგორც დანაშაულის ცნების კონსტიტუციური ნიშანი

დანაშაული, როგორც ვირტუალურად შესარაცხი ქცევა, იმაზე მიუთითებს, რომ მატერიალურსამართლებრივი კავშირი მხოლოდ თვით დანაშაულის საკანონმდებლო პროექტსა და სასჯელით მუქარას შორის ამოიწურება, მაგრამ დანაშაულსა და სასჯელს შორის აღუქმელი რჩება, რადგან ამ სახით განსაზღვრული ცნება სასჯელის სისტემატიკურ მნიშვნელობას ჩრდილავს, რა დროსაც თავის თეორიულ არსს, უკეთეს შემთხვევაში, აბსტრაქტულად გაგებულ დასჯადობას აფუძნებს. სისხლის სამართალი, ამგვარად, დანაშაულის ცნების თვალსაზრისით რელევანტურ ქრილში მხოლოდ დასჯადობის სუბტრანსფორმაციულ სიბრტყეზეა ხილვადი. თუმც, ბელინგის მიხედვით, „ვერც ერთ მოვლენას (...) დანაშაულის ხარისხი პოზიტიური სამართლის სასჯელით მუქარასთან კავშირის გარეშე ვერ მიეწერება“<sup>1</sup>, მაგრამ აქედან განსახილველ კონტექსტში არამც და არამც არ გამომდინარეობს, რომ „დანაშაული მხოლოდ სასჯელით მუქარის ან სასჯელით მუქარის გაგებით არსებობს“<sup>2</sup>. რაც „სასჯელით მუქარის“ გაგებით სინამდვილეში არსებობს, ეს მხოლოდ ზ. ხ. დანაშაულის პროექტია. როგორც შეურაცხადი არ სძენს სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ზოგად განგრძობადობას არაფერს, არც იქ მოიპოვება მსგავსი წვლილი, სადაც შესაბამისი ქცევის შერაცხვა ჯერაც სისტემურად განმსაზღვრელი შინაარსის გარემომცველი არ არის.

ამავე დროს, საქმე, უწინარეს ყოვლისა, ეხება დასჯადობის ახლებურ განსაზღვრას თავის თვისებაში როგორც დანაშაულის ცნების კონსტიტუციური ნიშანი: დასჯადი, მაშასადამე, არის არა ის, რასაც აბსტრაქტულად, ვირტუალურად და ა. შ. სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობამდე მივყავართ, არამედ ის მოიპოვება მხოლოდ მატერიალურსამართლებრივი კომპლექსურობით მოცული დასჯადობის გაგებითანუ სასჯელზე სახელმწიფოს გარდუვალად ქცეული უფლების გაგებით. ამიტომ გადამწყვეტია სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა თავის აწმყოშიც, თავის აქტუალობაშიც და არა მხოლოდ მომავალი განვითარების ქრილში, ვთქვათ, გაუქმებული ან ყავლგასული „ექსტრასისხლისსამართლებრივი“ დაცვის პერსპექტივიდან (მაგ., სისხლისსამართლებრივი დევნისაგან იმუნიტეტით უზრუნველყოფილი დაცვის შემთხვევაში), ან სისხლისსამართლებრივად უკვე ისტორიად გარდასახული განვითარების ქრილში (მაგ., სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაში მიცემის ხანდაზმულობის შემთხვევაში). თუ ადგილი აქვს ურთიერთობის იმიტირებას განხორციელებული ნორმის საწინააღმდეგო ქცევის გამო, - ე. ი. თუ

<sup>1</sup> E. v. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen, 1906, გვ. 48.

<sup>2</sup> Ibid.

სუბიექტი სასამართლო წესით ვერ იდენება, - მაშინ ეს მხოლოდ პროცესუალურ-სამართლებრივი (ანუ მატერიალურსამართლებრივად ტრანსგრედინტული) იმიტაცია როდია, არამედ, უწინარეს ყოვლისა, მატერიალურსამართლებრივი ურთიერთობის იმიტირებაა. ამრიგად, ნორმის საწინააღმდეგო ქცევის ვირტუალური შერაცხადობა სისხლის სამართლის ამოცანას დანაშაულის ცნების თვალსაზრისით რელევანტურ ასპექტში იმის განსაზღვრით შემოფარგლავს, რაც სწორედ მხოლოდ დასჯადობის ვირტუალურობას შეეხება. თვით სასჯელი ასეთ შემთხვევაში განგრძობადობის ნიშანს ხომ სულაც არ წარმოადგენს, არამედ წმინდად აპოკრიფულად პროფილირებულ ანუ *praeter legem* ნამდვილად ქცეულ ფენომენს. მაშასადამე, ურთიერთობის განგრძობადობა აქ სისტემურად უცხო პროცესია; ის მიმდინარეობს ყოვლად ბრმად, რაც სასჯელის ფუნქციას შეეხება, და ამიტომაც დანაშაულის ჩადენით შესაძლებელია დასრულდეს.

სადაც მსგავს განვითარებასთან ვერ გვექნება საქმე, შერაცხვის ცნების ამოცანა ვერ დაიყვანება აქტუალური მოვლენის უბრალო კავშირამდე, რა სახისაც არ უნდა იყოს ის, სისხლისსამართლებრივად უზრუნველყოფილ ქცევის ნორმასთან; არამედ ყოველივე დამოკიდებულია მატერიალურსამართლებრივი ურთიერთობის განვითარებაზე. რჩება თუ არა ამ მიზნით შერაცხვა არასრულყოფილი ან მიუხედავად მოჩვენებითი სრულყოფილებისა, კვლავაც არაფერს წარმოქმნის, ეს, მართალია, მოდის შემხებლობაში დანაშაულის ცნებასთან მის ფუნქციონალობაში სხვადასხვა სახით, მაგრამ სწორედ რომ არც არაფერი ფუნქციონალურად ნეიტრალური არ არის. არცერთგან მატერიალურსამართლებრივი ურთიერთობა არ მიმდინარეობს, ორივეგან სისხლისსამართლებრივი „ქმედება“ სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის მიღმა მდებარეობს. დანაშაულის ფუნქციონალური ცნება ყალიბდება შერაცხვის მოძღვრების ფარგლებში, რომელსაც ინტერაქციონისტული მიმდინარეობა მატერიალურსამართლებრივი ურთიერთობის *კომლექსურობაში* შეაქვს. შესაბამისად, ფუნქციონალური შერაცხვის ფარგლებში მატერიალური სისხლის სამართალი უნილატერალური რეფერალური სისტემა არ გახლავთ, რომელიც შესარაცხს კონტურულ შტრიხებად წარმოისახავს, არამედ სასჯელზე უფლების წარმომშობი შერაცხვის პროგრამა წარმოქმნის მატერიალურსამართლებრივი ურთიერთობის საგანს, სადაც სისტემა თავის მარეგულირებელ ფუნქციაში განხორციელებული ქმედების პირისპირ არის აღმოჩენილი.



### 3.3. არ არსებობს სასჯელი აღსრულების გარეშე

შერაცხვა, როგორც სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ზოგადი განგრძობადობით მოცული ანუ ამავე ურთიერთობის ნამდვილობის დამადასტურებელი ფენომენი, იმის კონსტატირების საფუძველია, რომ დანაშაულის ცნება სასჯელის არც არასრულ და არც ვირტუალურ საგანში არ ამოიწურება. თუმცა ინტერაქციონისტული სისხლის სამართალი დელიქტში დასჯადობის სელექციური ინტეგრალურობით როდი კმაყოფილდება, ე. ი. თეორიულად განმსაზღვრელი ზოგადი სურათი საბოლოო ჯამში ვერც მატერიალურ და ფორმალურ სისხლის სამართალს შორის ზემოგანვითარებული ურთიერთმიმართებით შემოიფარგლება. განგრძობადობის პრინციპის ჭრილში ფუნქციონალური განზოგადება შემდეგზე მეტყველებს: არა მხოლოდ სასჯელის შეფარდება, არამედ იმავე ზომით სასჯელის აღსრულებაც *მკაცრად მატერიალურსამართლებრივი ურთიერთობის ზოგადი განგრძობადობის ფარგლებში და მიზნით* ხორციელდება. სასჯელი არსებობს მხოლოდ, თუ ის აღსრულება, აღსრულების გარეშე სასჯელს სინამდვილე არ აქვს. სასჯელის ცნება, თავის მხრივ, მატერიალურსამართლებრივი ცნებაა, რის გამოც სასჯელაღსრულება მატერიალურსამართლებრივი განგრძობადობით გარდუვალად არის მოცული.

ამისდა კვალად, სასჯელაღსრულებამდე გაწვდილი ქცევა დანაშაულის ცნების თვალსაზრისით დეციზიურ ფუნქციას ასრულებს, ჯერ ერთი, მხოლოდ სანამ შერაცხვის აქტუალურობა ნარჩუნდება. წინააღმდეგ შემთხვევაში ქარწყლდება უფლება სასჯელზე და ურთიერთობა დელიქტურ ქცევასთან მიმართებაში გამოირიცხება. ასე მაგალითად, დანაშაულის სუბიექტი, სსკ-ის (გფრ) §§ 79 მმ ([გამამტყუნებელი განაჩენის] აღსრულების ხანდაზმულობა) მიხედვით, ადრე თუ გვიან გაიყვანება სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობიდან, ვინაიდან ხანდაზმულობის ვადა შეეხება არა სისხლისსამართლებრივ რეაქციაზე შერაცხვიდან წარმომდგარ იზოლირებულად აღებულ პრეტენზიას, არამედ სისხლისსამართლებრივი შერაცხვის აქტუალურობის ხანდაზმულობა განაპირობებს განხორციელებული ქცევის, როგორც დანაშაულის, ხანდაზმულობას ფუნქციონალურად განმსაზღვრელ ჭრილში, ანუ ქარწყლდება უკვე დაფუძნებული უფლება სასჯელზე, როგორც სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის განგრძობადობის ნიშანი. ასევე ვერ მოიაზრება სისხლისსამართლებრივი შერაცხვისა და სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ზოგად განგრძობადობას შორის დანაშაულის ცნების თვალსაზრისით აქტუალური კავშირის მიღმა შეწყალების დანიშნულება, რომელიც ააშკარავებს შერაცხვის სიყალბეს ანუ შერაცხულის აპოსტერიორულ ინადეკვატურობას, როგორც სასჯელის საგანს.

აღსრულების გამორიცხვა, შესაძლოა, შერაცხვის ინაქტუალურობასთან არ კორელირებდეს, მაგრამ აქედან არც ერთხელ არ გამომდინარეობს, თითქოს ქმედება სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ზოგად განგრძობადობაში ჩართული იყოს. სასჯელის აღსრულებისაგან ექსტერიტორიალ(ურ)ობით უზრუნველყოფილი დაცვის შემთხვევაში, სადაც, განსხვავებით აღსრულების ხანდაზმულობისაგან, სასჯელი, როგორც ასეთი, აუცილებელი რჩება, ინტერაქციას ადგილი არ აქვს. რასაც, შესაბამისად, პრინციპულად შეეხება საქმე, სასჯელის გამოწვევაა, არა მხოლოდ მასზე აბსტრაქტული უფლებისა. იმუნიტეტით დაცვის დროს იმავე სიბრტყეზე თუმც არ გამოირიცხება დანაშაულის ცნების თვალსაზრისით რელევანტური ფუნქციონალური გარდამავლობა, მაგრამ აქ და ამჯერად ასეთი გარდამავლობა სახეზე არ არის, რაც ქცევას შესაბამის განვითარებამდე გამონაკლისების სფეროს განაკუთვნებს. ცნება, სხვა სიტყვებით, უნდა მოიცავდეს სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის სრულ მიმდინარეობას, რომლის ფარგლებშიც *სასჯელაღსრულებით არაფერი მიიყვანება ბოლომდე<sup>1</sup>, არამედ მხოლოდ მატერიალურსამართლებრივი ურთიერთობის განგრძობადობა ვლინდება.*

---

<sup>1</sup> თუ „მტკნარ პოზიტივიზმს“ არ მივეცემით (იხ.: *H. Jung*, Strafvollzug im Vergleich, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001, გვ. 317; *J.-M. Jehle*, Strafvollzug und Empirie, in: Festschrift für Alexander Böhm, Berlin, New York, 1999, გვ. 242 მ).

## „მტრის სისხლის სამართალი“ - სამართალი თუ უმართლობა?

### I. „მტრები“ extra muros

ე. წ. მტრის სისხლის სამართლის<sup>1</sup> შესახებ იაკობსის მიერ განვითარებული კონცეფცია, უწინარეს ყოვლისა, წარმოადგენს ყოველივეს, გარდა მისი შერაცხვის მოძღვრების ლინეარულ-„კომუნიკაციურად“ კონციპირებული საზოგადოებრივთა-რიული საწყისის ფუძემდებლურ ინტერაქციონისტულ პროგრამაში გარდასახვის მცდელობისა, არამედ რის უშუალო განვრცობის მცდელობასაც აქ აქვს ადგილი, არის პრევენციული თვალთახედვა ბრალის გამაბათილებელი პერსპექტივის საპირისპიროდ. ეს კი, თავის მხრივ, არა მისივე ზოგადი პოზიტიური პრევენციის გაგებით, არამედ იზოლირებულად აღებული ინდივიდუალური პრევენციის პრიზმაში<sup>2</sup>. კერძოდ კი, საქმე ეხება ab initio „არაკომპეტენტურ“ მოვალეობათა ადრე-

<sup>1</sup> იხ. G. Jakobs: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, Heft 3/2004, გვ. 88 მმ; Terroristen als Personen im Recht?, in: *ZStW* 2005 (H. 4), გვ. 834 მმ; Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit, in: *HRRS* 8-9/2006, გვ. 289 მმ; Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, გვ. 28 მ, 43 მმ და passim; Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, Kommentar, in: Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (Herausgeber), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, გვ. 51 მმ; Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ტ. 97, 1985, გვ. 773 მ და passim; M. C. Meliá, Feind„strafrecht“?, in: *Feind„strafrecht“?*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ტ. 117, 2005, გვ. 267 მმ; იხ. „მტრის სისხლის სამართლის“ ესპანურენოვანი გამოცემები: G. Jakobs / M. C. Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 1. Aufl., Madrid, 2003; 2. Aufl., Madrid, 2006. შდრ. M. D. Dubber, *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, 2014. დიდაქტიკური მასალის სახით M. Heger / A. Petzsche, ზ/ს 2013, [https://heger.rewi.hu-berlin.de/doc/ap/Handout\\_F-StR.pdf](https://heger.rewi.hu-berlin.de/doc/ap/Handout_F-StR.pdf). „მტრის სისხლის სამართლის“ ადგილზე სისხლის სამართლის ინტერნაციონალიზაციის ჭრილში N. S. Cordini, *Transnational Criminal Law: Towards a Regional Legal Theory of Criminal Law. Polít. crim.* [online]. 2018, vol.13, n.26, pp.1140-1169, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000201140>. იხ. უპირატესად ისტორიულ კონტექსტში G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l’ennemi*, dans: *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010/1 (№1), გვ. 69 მმ.

<sup>2</sup> კრიტიკულად „მტრის სისხლის სამართლისადმი“ ს. შ. J. Bung, *Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person*, in: *öchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, Heft 2/2006, გვ. 63 მმ („მტრის სისხლის სამართალი“, როგორც „შიშის სისხლის სამართალი“, გვ. 64, 70 მ); L. Greco, *Über das sogenannte Feindstrafrecht*, in: *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, Heft 2/2006, გვ. 96 მმ; W. Hassemer, *Strafrecht, Prävention, Vergeltung*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7/2006, გვ. 138; F. Saliger, *Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?*, in: *Juristenzeitung*, Band 61, Nummern 15-16, August 2006, გვ. 756 მმ; B. Schünemann, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende*, in: *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2001, გვ. 212; T. Hörnle, *Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs „Feindstrafrecht“*, in: *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, Heft 2/2006, გვ. 80 მმ; M. Donini, *Das Strafrecht und der „Feind“*, in: *Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften*, ტ. 11, 2007; E. D. Crespo, *Das „Feindstrafrecht“ darf nicht sein! Zur Unzulässigkeit des sogenannten „Feindstrafrechts“ und dem Gedanken der Sicherheit unter besonderer Berücksichtigung der wissenschaftlichen Diskussion und Tendenzen in Spanien*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9/2006, გვ. 413 მმ („მტრის სისხლის სამართალი“, როგორც „სუბიექტით დაფუძნებული სისხლის სამართალი“, გვ. 420 მ); K. Malek, *Feindstrafrecht – Ei-*

სატს (ს. შ.) როგორც დანაშაულის სუბიექტს, რომელიც აღიქმება როგორც „სამართლებრივი არაპიროვნება“ ანუ „უუფლებო ინდივიდი“<sup>1</sup>.

ვინც, კანტისეული გაგებით, როგორც „გამუდმებული მუქარის წყარო“ „საერთო-კანონიერ მდგომარეობაში“ ვერ მოიყვანება<sup>2</sup>, თავს „კომპეტენტურ პიროვნებად“<sup>3</sup> „არ ან ვერ მოიაზრებს“<sup>4</sup> (უფრო ზუსტად: „[პიროვნული ქცევის] მინიმალურ კონიტიურ გარანტიას არ პასუხობს“, რა დროსაც „სამართლისგან გადაჭრით იქცია პირი“ ანუ „მართლწესრიგის ლეგიტიმურობას პრინციპულად უარყოფს“ და ა. შ.<sup>5</sup>), მის, როგორც „საშიში ინდივიდის“ წინააღმდეგ, იაკობსის მიხედვით, შესაძლებე-

---

nige Anmerkungen zur Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht – Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat“ auf dem 30. Strafverteidigertag 2006, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006, გვ. 316 მმ; A. Sinn, Moderne Verbrechensverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 3/2006, გვ. 107 მმ; D. Sauer, Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft, in: Neue Juristische Wochenschrift 24/2005, გვ. 1703 მმ; R. Hamm, Feindstrafrecht – Bürgerstrafrecht – Feindstrafrecht, in: Neue Lust auf Strafen. Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, ტ. 27, 2005, გვ. 105 მმ; Th. Uwer (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 1. Aufl., 2006; J. L. González Cussac, „Feindstrafrecht“, Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaates, in: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften, ტ. 15, 2007; L.-G. Kutalia, „Feindstrafrecht“ – Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?, Göttingen, 2007.

<sup>1</sup> Jakobs: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 88 მ, 93; Terroristen als Personen im Recht?, გვ. 837 მ და passim; Staatliche Strafe, გვ. 43; იგ., Feindstrafrecht, გვ. 292 და passim.

<sup>2</sup> იხ. Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 90 მმ.

<sup>3</sup> Ibid., გვ. 88 მ.

<sup>4</sup> კრიტიკულად, უწინარეს ყოვლისა, უკანასკნელი ასპექტის „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ თემატიკისადმი Bung, Feindstrafrecht, გვ. 68; იხ. ამაზე Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 297, რის მიხედვითაც „ჯიუტი დევიანტის პათოლოგიზება“, რაც მოსდევს ბუნგის მოსაზრებებს, თუმც არა უპირობოდ (იხ. იგ., Zurechnen-Können, Erwarten-Dürfen und Vorsorgen-Müssen – Eine Erwiderung auf Günther Jakobs, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006, გვ. 321, სქ. 29), სამართლიანად წარმოადგენს ცილობის საგანს; დასაბუთებით J. Gunn, Psychiatric Aspects of Imprisonment, London, New York, San Francisco, 1978, გვ. 256. თუმცაღა თავისუფლებისმოყვარე საზოგადოებაში „მტრად“ სტილიზირება ძნელად თუ იქნება უფრო მისაღები, ვიდრე „პათოლოგიზება“; არამედ ის პარალელურ გამოვლინებას ჰპოვებდა სწორედ იქ, სადაც „პათოლოგიზებას“ ჰქონდა ადგილი, სახელდობრ, ერთ-ერთი უმართლო სახელმწიფოს (ადრეული სსრკ, Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 297) „ნიმუშის“ შესაბამისად, რომლის მიხედვითაც სახეზე იყო დისიდენტებს არა მხოლოდ როგორც „ავადმყოფების“ (იხ. ibid.), არამედ, უწინარეს ყოვლისა, სწორედ როგორც „(ხალხის) მტრების“ სტიგმატიზებას. თუ, თავის მხრივ, იაკობსის თანახმად, „პრინციპულ მეტოქედ დღეს არა (მხოლოდ) დამკვიდრებული ძალაუფლების მოწინააღმდეგე შეიძლება მოვიხაროთ, არამედ ის როგორც თავისუფლების საძირკველზე მდგარი საზოგადოების მოწინააღმდეგედ უნდა მოიაზრებოდეს“ (ibid., გვ. 293), ეს - სულ მცირე - დისიდენტებთან ნებისმიერი თემატიკის კონტექსტში არაფერს ცვლის იმ თვალსაზრისით, რომ „მტრის-სისხლისსამართლებრივად“ საქმე არ ეხება არავითარ, სამართლებრივი სახელმწიფოს თვალსაზრისით, კონკრეტიზებად „საფრთხეებს“. მაგრამ რომელ „არ-შემღებასთან“ გავქვს საქმე, მაგალითად, ტერორისტთან მიმართებაში, რომელიც კლავს? იაკობსის მიხედვით, აქ დელინქენებს „მტერი“ და „მტერი“ სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის სუბიექტი ვერ იქნება, არამედ სასჯელი მიიმართება განხორციელებული ქმედების შემდგომ არაფრისგან გამომტყვარი „მოქალაქისკენ“. რაც აქ მოცემული გვაქვს, განწირული დუალიზმია, რომელიც „მტრის“ ცნების აბსტრაქტულობას ნათელჰყოფს.

<sup>5</sup> Jakobs: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 92 მ და passim; Feindstrafrecht, გვ. 291 მმ; შდრ. იგ., Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, in: U. Neumann et al. (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, 2000, გვ. 67 მმ.

ლია მხოლოდ „ფიზიკურად ეფექტური“ ღონისძიების გამოყენება, რაც იმის მომასწავლებელია, რომ მას, როგორც „კომპეტენტურ პიროვნებას, როგორც ასეთს“, სასჯელით ვერ შევეწინააღმდეგებით“<sup>1</sup>. ამასთანავე, „პრინციპულ დევიანტს“ ანუ „პრინციპულ მეტოქეს“, სხვაგვარად, ვიდრე „კომპეტენტურ მოქალაქეს“, არ უნდა „ხელეწიფებოდეს“ თავის ქმედებათა არანაირი ზომით ექსტერნალიზება, არამედ „შორს წინმსწრებად შესაპყრობია“<sup>2</sup>. სხვა სიტყვებით, სისხლის სამართლისთვის, რომელიც ძირითადად ქმედებათა მოლოდინშია, ამჯერად არავითარი სივრცე არ რჩება, სახელმწიფო, ad litteram, არავითარი თვალსაზრისით, არ უნდა „რეაგირებდეს“, არამედ „პრინციპული მეტოქის“ უკვე ყოველგვარი აქციის წინ თავად უშუალოდ უნდა „აგირებდეს“: „ვინც პერსონალური ქცევის საკმარის კოგნიტიურ უსაფრთხოებას არ ავლენს, არა მხოლოდ არ შეუძლია მოელოდეს, რომ კვლავაც განიხილება პიროვნებად, არამედ სახელმწიფო არც არის უფლებამოსილი კვლავაც განიხილავდეს მას პიროვნებად, რამეთუ ის, სხვაგვარად, სხვა პირთა უსაფრთხოების უფლებას ხელყოფდა“<sup>3</sup>. მხოლოდ სადაც ის თავის აქედან გამომდინარე პრინციპულ ამოცანას: „საფრთხის თავიდან აცილებას“ ვერ უმკლავდება, ე. ი. სადაც ქმედების ექსტერნალიზება, რა მიზეზითაც არ უნდა იყოს, გამოეპარა, დაბნეულობით გამოწვეულ გამოსავალს სახელმწიფო „რეაქცია“ წარმოადგენს, ზემოხსენებული გაგებით, ოღონდაც ის აქ მხოლოდ ამის ძალით ისევე არ ეხება „ბრალეულ პიროვნებას“, „საშიშ მტერს“, რომელიც თავიდანვე „ექსკლუდირებული“ რჩება<sup>4</sup>.

## II. სამართლებრივი სახელმწიფოს კონფლიქტუნარიანობა

ერთის მხრივ, საკითხი იმის თაობაზე, შეიძლება სუბიექტი „დაისაჯოს“ თუ „შეკავდეს“, სწორედ რომ ვერ მიგვიყვანს პრობლემის იაკობსისეულ დასმამდე, რომლის შესაბამისადაც პასუხმა ამ კითხვაზე უნდა განსაზღვროს, აქ საქმე უნდა ეხებოდეს, ასე ვთქვათ, „პიროვნებებს სამართალში“ თუ „უუფლებო არაპიროვნებებს“<sup>5</sup>. იაკობსის არგუმენტი, ადამიანის უფლებების თვალსაზრისით, თითოეულის „მუდამ როგორც უფლებებით აღჭურვილი პიროვნების“ მოპყრობის წინააღმდეგ, რომლის თანახმადაც „მნიშვნელოვანი ხომ უთუოდ - სხვათა შორის - საპირისპირო მხარის ქცევაც უნდა იყოს“<sup>6</sup>, ძნელად თუ მიიჩნევა დამაჯერებლად, რადგან თუ ვინმე, საერთოდ, „მოკვეთილი“ ანუ „საზოგადოებიდან ექსმიტირებული“<sup>7</sup> შეიძლება

<sup>1</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 88 მ.

<sup>2</sup> Ibid., გვ. 90, 92 მ; იგ., Feindstrafrecht, გვ. 293.

<sup>3</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 93.

<sup>4</sup> Ibid., გვ. 92, 95.

<sup>5</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 293.

<sup>6</sup> Ibid., გვ. 289.

<sup>7</sup> Ibid., გვ. 292.

იყოს თუ არა, ე. ი. მოქალაქეს ვაქცევთ თუ არა „მტრად“ extra muros, ოდნავაც არ არის დამოკიდებული „საპირისპირო მხარის ქცევაზე“, არამედ მთლიანად საზოგადოების კონსტიტუციაზე, სახელდობრ, იმ ასპექტში, საქმე ეხება ადამიანის უფლებებზე ორიენტირებულ საზოგადოებას თუ არა<sup>1</sup>. ამისდა კვალად, ს. შ., აუცილებელი მოგერიების ცნება „მტრის-სისხლისსამართლებრივად“, საერთოდაც, ვერ იქნება „მრავლისმეტყველი მაგალითი“, როგორც ამაზე დაბეჭუთებით მიუთითებს იაკობსი<sup>2</sup>; არამედ რაც „მტრის-სისხლისსამართლებრივ“ განმარტებებს მოსდევს, არის შემდეგი: „პრინციპულ მეტოქეთა“ წინააღმდეგ აუცილებელი მოგერება შეუძლებელია, კერძოდ კი, იმ თვალსაზრისით, რომელიც გარდაუვალს ქმნის მითითებას ადამიანის ღირსების ხელშეუხებლობაზე, ანუ არ არსებობს აუცილებელი მოგერება „უფლებო“ თავდამსხმელის წინააღმდეგ<sup>3</sup>. სხვაგვარად რომ იყოს, მაშინ, ს. შ., აუცილებელი მოგერიების წინააღმდეგ (გვრ-ს) სსკ-ის § 33 შესაბამისად აუცილებელ მოგერიებაზე თავდამსხმელის - „მტრის-სისხლისსამართლებრივად“ უხილავი - უფლება, რომ არაფერი ვთქვათ აუცილებელი მოგერიების ფარგლების სხვა გადაცილებებზე, ძნელად თუ იქნებოდა მისახვდომი.<sup>4</sup>

სხვა მხრივ, „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ „დეპერსონალიზაცია“ მცირდება, ნაწილობრივ ადგილი აქვს რელატივირებასაც: „ჯერ ერთი, სახელმწიფომ მტერი ყველა უფლებებიდან არ უნდა გამორიცხოს. ასე მაგალითად, თავისუფლების შემზღვევა პრევენციული ღონისძიების სუბიექტი ხელშეუხებელი რჩება თავის როლში როგორც ნივთების მესაკუთრე. და მეორეც, სახელმწიფომ არ უნდა მოიმოქმედოს ყოველივე, რისთვისაც ხელი მიუწვდება, არამედ მას შეუძლია უკან დახევა, მეტადრე რათა მომავალი სამშვიდობო ზავის შესაძლებლობა არ ჩახერგოს“<sup>5</sup>. მაგრამ აქაც საქმე ეხება უფრო მეტს, ვიდრე მხოლოდ ამას. ჭეშმარიტად სამართლებრივად აგებულ ანუ სამართლებრივი სახელმწიფოს კონსტიტუციის მქონე საზოგადოებას უკვე თავის თავშივე არ ძალუძს ბუნებრივი მდგომარეობისთვის დამახასიათებელ ძალადობაზე აპელირება, არამედ აქ ძალადობა სამართალზე ძალა არ დგას და ზ. ა. მომენტი უბრალო რელატივირების ფარგლებს, რაც შეეხება „სამართლებრივი არა-

<sup>1</sup> იხ. მოცემულ კონტექსტში, ადამიანის ღირსების თვალსაზრისით, სამართლებრივ სახელმწიფოსთან თავსებადობის სკეპტიციზმისადმი Hassemer, Sicherheit durch Strafrecht, გვ. 138, Bielefeldt, Das Folterverbot im Rechtsstaat, 2004, გვ. 9 მ.

<sup>2</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 292, 297.

<sup>3</sup> იხ. ibid., გვ. 292 მ.

<sup>4</sup> შდრ. უკიდურესი აუცილებლობის მაგალითზე U. Neumann, Feindstrafrecht, [https://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Feindstrafrecht/neumann\\_Feindstrafrecht.pdf](https://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Feindstrafrecht/neumann_Feindstrafrecht.pdf), გვ. 303, რომლის მიხედვითაც „(...) უკიდურესი აუცილებლობის ლეგიტიმაციის საფუძველს უპირატესი ინტერესი ქმნის; სტატუსის შემცირების იდეა, რომელიც უკიდურესი აუცილებლობის შედეგად ინტერვენციის თმენას ავალდებულებს, უკიდურესი აუცილებლობის უფლებისთვის უცხოა“.

<sup>5</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 90.

<sup>6</sup> შდრ. H. Bielefeldt, Das Folterverbot im Rechtsstaat, Berlin, 2004, გვ. 5.

პიროვნების“ ცნებას, სწორედ რომ არავითარ შემთხვევაში არ სცილდება<sup>1</sup>. ის, რომ, თავის მხრივ, პირი, რომელიც „სამოქალაქო-კანონიერ მდგომარეობაში“ არ მოიყვანება, იქიდან უკვე ამიტომ სულაც ვერ იქნება ექსმიტირებული<sup>2</sup>, ცხადია, განვრცობას - თუმცა როგორც „მტრის სისხლის სამართლის“ ნაკლებად შემთხვევითი წინააღმდეგობრიობა - არ მოითხოვს. უფრო არსებითი გახლავთ ის, რა დროსაც ამოსავალია მომენტი: „ვინც ომს იგებს, განსაზღვრავს, თუ რა არის ნორმა, და ვინც აგებს, ამ განსაზღვრებას უნდა დაემორჩილოს“<sup>3</sup>, რომ ძნელად თუ შევძლებთ გავერკვეთ, თუ ვისთან გვაქვს საბოლოო ჯამში საქმე: *რომელიმე* „საშიშ მტერთან“ თუ „(ერთიან) ნახირთან“<sup>4</sup>, და მოქალაქის სტატუსი აქ სათითაოდ ქარწყლდება, ე. ი. ამ „ომში“ ყველა წარმოდგენილია როგორც ინსტრუმენტულად მოქმედი ინდივიდი, ვინაიდან უნორმოზის მდგომარეობაში საპირისპირო ვერ იარსებებს. ამასთანავე, როდესაც საქმე ეხება ნორმის განსაზღვრას ანუ საზოგადოების რაგვარობას, ძნელად თუ შევძლებთ ვამტკიცოთ, თითქოს „მტრის სისხლის სამართალი“ მოკლებული იყოს „ყოველგვარ სამართლებრივპოლიტიკურ იმპეტუსს“<sup>5</sup>. მაგრამ მთავარი: რომელ „მტრის-სისხლისსამართლებრივ“ მშვიდობის კარნახზეა საუბარი?

ვინც ნორმას „პრინციპულად“ არ ემორჩილება, კერძოდ კი, მიუხედავად ყოველგვარი შედეგისა, ანუ ეს „არ სურს ან არ შეუძლია“, ამას ვერც ერთი ომის შედეგად „ვერც ისურვებდა და ვერ შეძლებდა“: *ძლადობა არ არწმუნებს*. „მტრის სისხლის სამართლის“ ყოველი ასეთი განწირულობა, თავის მხრივ, დაიყვანება დელიქტური ქცევის აბსტრაქტული „დევიაციებისაგან“ არასაკმარის გამიჯნულობამდე. ეს სწორედაც ამო ნადირობაა აჩრდილზე. ამის საპირისპიროდ, დანაშაულის ცნება, ფსიქოლოგიზმების ფარგლებს მიღმა, „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ აბსტრაქტიფიცირებებისთვის არ ტოვებს არავითარ სივრცეს. „მტრის-სისხლისსამართლებრივად“ პოსტულირებული „ომის“ საპირისპირო შედეგიც, ამასთანავე, ასევე შეუძლებელია, რადგან ვერავის დავავალდებულებთ, სამართლებრივი სახელმწიფოს „მტერთა“ არალეგიტიმურ „ნორმებს“ დაემორჩილოს. უწინარეს ყოვლისა, აქ წარხოცილია ყოველგვარი განსხვავება სამართალსა და უმართლობას შორის, სამართალი არ მოქმედებს; მართლწესრიგი თავს კი არ იცავს, არამედ მისი შენარჩუნება და ამდენად, სამართლის მოქმედების შენარჩუნება ბუნებრივი მდგომარეობითაა ჩანაცვლებული. თუ რა არის ნორმა ანუ რა არის სამართალი, განსახილველ სიბრტყეზე ჰაერშია გა-

<sup>1</sup> იხ. აგრეთვე „მტრისადმი“, რომელიც არ არის „მოხელთებული“, *Jakobs, Feindstrafrecht*, გვ. 290.

<sup>2</sup> იხ.: ამასთან დაკავშირებით *Bung, Feindstrafrecht*, გვ. 69; ზოგადად აგრეთვე ტერორისტთა ექსტრადიციის პრობლემატიკისადმი ევროპული დაკავების ორდერის კონტექსტში U. Buermeyer, *Grundrechtsschutz in Deutschland und Europa: Das BVerfG hebt die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl auf*, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, Heft 8/2005, გვ. 274.

<sup>3</sup> *Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, გვ. 92.

<sup>4</sup> *Jakobs, Feindstrafrecht*, გვ. 295, თუმცა უფრო ვიწრო კონტექსტში.

<sup>5</sup> *Ibid.*, გვ. 297.

მოკიდული და მხოლოდ კონტინგენტურად გამოვლენილმა ძლიერმა უნდა გაგვი-  
მხილოს. მაშასადამე, „მტრის სისხლის სამართალი“ კონკურენციის დაშვებაა, მთა-  
ვარ ტონთან მიმართებაში(ც) jus naturalis-ის<sup>1</sup> ჰობზისეული გაგებით ლეგიტიმაცია,  
თითქოს საქმე სამყაროს ეკვივალენტურ გეგმათა ჭიდილს ეხებოდეს, უფრო ზუს-  
ტად, სამყაროს გეგმებს, რომელთა ლეგიტიმაცია შიშველ ძალადობაზეა დამოკიდე-  
ბული. ან უკვე საწყისშივე ხომ არ მოიაზრება მთელი ეს ომის ყიჟინა ლეგიტიმურ  
და არალეგიტიმურ ანუ სამართლებრივ სახელმწიფოზე დაყრდნობილ და არასამარ-  
თლებრივ სახელმწიფოზე დაყრდნობილ სამყაროს ნიმუშებს შორის როგორც უბრა-  
ლო მარგინალია? სად ძევს მაშინ ქვაკუთხედი? სრულიად უმნიშვნელოა, „მტრის  
სისხლის სამართალი“ მარადიულ „ომს“ გეგმავს თუ არა და თუ არა, „ვინ გაიმარ-  
ჯვებს“, რამეთუ სამართლის იდეა ამასობაში შეუქცევადად იჩრდილება, რადგან  
(უფრო) ძლიერი, როგორც ძლიერი, ვერ იქნება, ვინც განსაზღვრავს, თუ რა არის  
სამართალი.

მხოლოდ თვით ბუნებრივ მდგომარეობაში ექცევა „მტრის სისხლის სამართლის“  
კონცეფცია თავის ელემენტში; ბუნებრივი მდგომარეობის მიღმა ის რუდიმენტულ  
პარალელებს ეპოტინება. იქ, სადაც იაკობსის თვალთახედვის ბირთვი კრისტალი-  
ზებს, თავის მხრივ, - „სავალდებულოდ განსაზღვრული წესრიგის მოუცემლობის  
გამო“<sup>2</sup> - არ ხდება დელინქირება. ამდენად, როგორც აქტუალური, ისე პოტენცი-  
ური დელიქტი, „მტრის სისხლის სამართლისთვის“ პრინციპულად უცხო ცნებებია.  
როდესაც ის, მიუხედავად ამისა, დანაშაულის ცნებაზე მიუთითებს, რა თვალსა-  
ზრისითაც და რა აქცენტუაციებითაც არ უნდა იყოს, ეს სწორედ რომ არ გახლავთ  
არსებითი რეკურსები. თუ რატომ გვაქვს საქმე ტერორისტთან მიმართებაში, რო-  
მელიც უსაზღვრო სისასტიკით კლავს, იმასთან, ვინც ამისთვის პასუხი უნდა აგოს,  
კერძოდ კი, სისხლისსამართლებრივად, „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ თვალ-  
თახედვისთვის გამოცანაა. და თუ, ამასთანავე, საქმე ეხება არა მხოლოდ სასჯელს,  
არამედ პრევენციულ ღონისძიებებსაც, ეს არავის გარდასახავს „მტრად“, არამედ  
შეეხება პოტენციურ დელინქვენტს, რომელიც ბუნებრივ მდგომარეობაში ასევე ვერ  
იქნება წარმოდგენილი. ამრიგად, „მტრის სისხლის სამართლის“ დესკრიფციულო-  
ბის ამბიციების მიუხედავად<sup>3</sup>, სახეზეა სამართლებრივად კონსტიტუირებული სა-  
ზოგადოება, არა ბუნებრივი მდგომარეობა. დელიქტურ ქცევასთან, როგორც ასეთ-  
თან, მიმართებაში საზოგადოება ბუნებრივი მდგომარეობისკენ იხრება თუ დამნა-  
შავის „გამორიცხვის“ გზით მცირდება, შედეგი ერთი და იგივეა: გვერდს ვუვლით

<sup>1</sup> გამოწვლილივით მისი “მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ ასპექტისადმი *Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, გვ. 91.

<sup>2</sup> *Ibid.*, გვ. 91.

<sup>3</sup> *Jakobs, Feindstrafrecht*, გვ. 289.



იმას, რასაც კონფლიქტუნარიანი საზოგადოება ეწოდება და კონფლიქტუნარიანობა ჭეშმარიტად სამართლებრივად აგებული საზოგადოების აუცილებელი ნიშანია.

### III. შედეგები

ბუნებრივი მდგომარეობის ომიდან “მტრის სისხლის სამართალი” ცდილობს საფრთხეთა სახელმწიფოებრივ მოგერიებაზე გადაერთოს. იმავდროულად საკუთარი იდენტურობის ძიება მკვეთრად ურთიერთგანსხვავებული თვალსაზრისებით წარმოებს: სრულიად სამართლიანი ეჭვებიდან, დასტურდება თუ არა „მტრის სისხლის სამართალი“, საერთოდ, როგორც სამართალი და მცდელობიდან, ის, უწინარეს ყოვლისა, სამართლებრივი სახელმწიფოს თვალსაზრისით, არარსებული<sup>1</sup> ვაკუუმიდან გამოიფილტროს, რაც მას, როგორც სამართალს, სწორედ უარყოფს, კონცესიისთვის მზადყოფნამდე, ის მატერიალური და პროცესუალური სისხლის სამართლის სამართლებრივი სახელმწიფოსთვის იმანენტური გარანტიებით აღიჭურვოს, რათა „სამართლებრივი სახელმწიფოს პერსპექტივიდან ასატანი შეიქმნას“, დაბოლოს, თვით სამართლად აღიარებამდე, იმავე სამართლებრივი სახელმწიფოს გაგებით, იმ თვალსაზრისით, რომ „მტრის სისხლის სამართალმა“, თავის მხრივ, სახელმწიფო საფრთხესთან ბრძოლის პროცესში უნდა შეზღუდოს<sup>2</sup>. მაგრამ, სხვა მხრივ, ამ უკანასკნელი თვალსაზრისით, უწინარეს ყოვლისა, ძნელად თუ შევძლებთ იმის უგულებელყოფას, რომ სამართალი არასოდეს „სულ მცირე“, არამედ ყოველთვის უფრო მეტად, ვიდრე „მხოლოდ წესით წარმართული და ამიტომ არა სპონტანურ-აფექ-

<sup>1</sup> რაც იმას ნიშნავს, რომ მდგომარეობა, რომელშიც სამართლებრივი სახელმწიფოს არანაირ გარანტიებს არ ფლობენ, არც ერთ სამართლებრივ სახელმწიფოში არ არსებობს. მაგრამ ეს „სამიჯნურო ცდუნების“ მხოლოდ ერთი მხარეა. მორიგი ასპექტი ოდნავ მეტი სირთულით გამოირჩევა, რა დროსაც არსი იმაში უნდა ვეძიოთ, რომ ასევე არ შეიძლება ანუ ასევე არ უნდა დადასტურდეს მდგომარეობა, საერთოდ, რომლის ფარგლებშიც ყველა - უგამონაკლისოდ თითოეულისთვის გათვალისწინებული! - სამართლებრუსახელმწიფოებრივად შესაძლო უფლება ერთბაშად განხორციელდებოდა. თუმცე სადაც და როდესაც ვლინდება დეფიციტები, სამართლებრივი სახელმწიფოს თვალსაზრისით, ისინი, ჩვეულებრივ, უნდა აღმოიფხვრას; „სამართლებრივი სახელმწიფოს გადახურების“ ვერანაირი საბაბით მათ ვერ განვავრძობთ. რა დროსაც საქმე მართლაც ეხება ხარვეზებს, სამართლებრივი სახელმწიფოს თვალსაზრისით, და, ამდენად, გადაცდომებს სამართლებრივი სახელმწიფოს წინააღმდეგ, სუბიექტს, თავის მხრივ, მაინც როდი განიხილავენ „მტრად“, სახელდობრ, ლეგიტიმური პრეტენზიით, როგორც ეს „მტრის სისხლის სამართალს“ სწადია შემოგვაპაროს, არამედ დანაშაული ჩაიდინება მოქალაქის წინააღმდეგ (იხ. უფრო ვრცელ კონტექსტში თანამედროვე გერმანული სისხლის სამართლის ერთ-ერთი ყველაზე მძაფრი დაპირისპირებისადმი V. Schöneburg, Der verlorene Charme des Rechtsstaates. Oder: was brachten die Mauerschützenprozesse?, in: WeltTrends. Zeitschrift für internationale Politik und vergleichende Studien, 34/Frühjahr 2002, S. 97 მმ; შდრ. R. Maurach / F.-Ch. Schröder / M. Maiwald, Strafrecht BT, 10. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2009, 2/II/18).

<sup>2</sup> Jakobs: Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft, გვ. 51; Feindstrafrecht, გვ. 290, 294, 296; Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 90.

ტური ქცევისთვის<sup>1</sup> შეიძლება არსებობდეს, რამეთუ ყოველივე სწორედ წესებზეა დამოკიდებული.

თუ, ამასთანავე, სუბიექტის სამართლებრივი მოპყრობა ვერ გამოირიცხება მისი სამართლებრივი სახელმწიფოსთვის ჩვეული მოპყრობის გამორიცხვის გარეშე, ეს არანაკლებ თვალსაჩინოა და იაკობსის მტკიცებას იმის თაობაზე, თითქოს „მტრის სისხლის სამართალი“ სამართლებრივი სახელმწიფოსთვის სარგებელს წარმოადგენდეს<sup>2</sup>, ვერავითარ შემთხვევაში ვერ გავიზიარებთ. არამედ სამართლებრივი სახელმწიფო ანუ სამართალი რჩება ყოვლისმომცველ მოთხოვნად, რა დროსაც ის ყველაზე უფრო მწვავე გამოწვევებისთვისაც *საკუთარ* ინსტიტუტებს ფლობს<sup>3</sup>, რომელთა რიცხვს, ს. შ., აუცილებელი მოგერიების ინსტიტუტი განეკუთვნება. ხარვეზებიდან სამართლებრივი სახელმწიფოს ჭრილში, პირდაპირ რომ ვთქვათ, პირდადებული სიცარიელიდან მოცემულ კონტექსტში, რომელსაც „მტრის სისხლის სამართალი“ გვთავაზობს, შესაძლოა ამის საპირისპიროდ გამომდინარეობდეს თითქოს ყოველივე, მაგრამ არა უფლება. ხოლო თუ „მტრის სისხლის სამართალი“ იმის პრეტენზიას აცხადებს, რომ წარმოადგენდეს სამართალს, რა დროსაც ის სახელმწიფოს, მის ორგანოებს და მოქალაქეებს „მტრებთან“ ბრძოლისას ზღუდავს, ნორმლოგიკურად ამის წინაპირობა გახლავთ ის, რომ „მტერი“ აღჭურვილია უფლებით ეს სახელმწიფოს, მის ორგანოებსა და მოქალაქეებს მოსთხოვოს. „მტრის სისხლის სამართალი“, რომელიც ზღუდავს და თუ ის ამაში უნდა ვლინდებოდეს როგორც სამართალი, უნდა უზრუნველყოფდეს, შესაბამისად, სამართლებრივ დაცვას, მაგრამ ეს „სამართლებრივი დაცვა“ ისევე ვერ შეეხება მოქალაქეს, რადგან მოქალაქეს „მტრის სისხლის სამართალი“ არ იცავს, როგორც თავად „მტერს“, ვინაიდან ის, მისი ცნება რომ პირდაპირ არ გამოირიცხოს, „უუფლებო“ რჩება.

აუცილებელ მოგერიებასთან პარალელიზება, ამრიგად, მხოლოდ ნეგატიური „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ პერსპექტივიდან<sup>4</sup> იკვეთება მისწრაფების ობიექტად, სახელდობრ, საქმე ეხება მხოლოდ იმას, რომ „თავდასხმა (...) არა ნებისმიერად, არამედ მხოლოდ საჭიროების ფარგლებში შეიძლება იქნეს მოგერიებული“. - მაგრამ თუ არ ხდება ამის, როგორც თავდამსხმელის უფლების, ინსტიტუციონალიზება, ანუ სწორედ „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ მასშტაბების საწინააღმდეგოდ, მაშინ მთელი „დაცვის იდეა“ აბსტრაქციად მუტირებს, რადგან ყოველი სამართლებრივი დაცვა შეიძლება განკუთვნილი იყოს ადამიანისთვის სწორედ მხოლოდ როგორც პიროვნებისთვის ანუ სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტისთვის. თუ

<sup>1</sup> Ibid., გვ. 88.

<sup>2</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 294, 297 და passim.

<sup>3</sup> სხვაგვარად K. Viquez, Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?, in: Política Criminal, 3/2007, გვ. 11 მ.

<sup>4</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 292.

ნორმოლოგიკური ჭრილის ფარგლებს უგულებელვყოფთ, როგორც ამას „მტრის-სისხლისსამართლებრივად“, საერთოდ, აქვს ადგილი<sup>1</sup>, ძნელად თუ გადავლახავთ უხემდეგრადაციებს. ოღონდ აქ ისეთ ვითარებასთან როდი გვაქვს საქმე, თითქოს უკანასკნელი მოუქნელობა პირველს მაინც გამორიცხავდეს: „დეპერსონალიზებულს“, უკეთეს შემთხვევაში, შეუძლია მხოლოდ ადევნოს თვალყური, თუ რამდენად და, საერთოდ, ილაგმება თუ არა გადაცდომები, რის საპირისპიროდაც ის კონტინგენტური შედეგების გამოსარიცხად ინსტიტუციონალიზებულ პრეტენზიას არ ფლობს. მაგრამ თუ რა მიზნით უნდა ჰქონდეს ადგილი „დეპერსონალიზებას“ აქამდეც, ე. ი. „მტრის“ წინააღმდეგ მიმართული ანუ მისგანაც კი არ მომდინარე საფრთხეთა მოგერიების თვალსაზრისით, ამაზე „მტრის სისხლის სამართალი“ სდუმს.

მსგავს სქემებს ძნელად თუ აღვიქვამთ სხვაგვარად, ვიდრე როგორც ტოტალიტარულს. თავის მხრივ, უკანა მხარეს არსებითად ღრმად აქვს გადგმული ფესვები ბუნებრივ მდგომარეობაში, სადაც თავად „საშიშ ინდივიდს“ არ მოეპოვება გავლენა „ექსცესიურ ძალადობაზე“, იქნება ის აქციის ან მხოლოდ „რეაქციის“ ფორმით შემოსილი, ანუ მისი მხოლოდ „ინტუიციური“ (სრულიად „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ გაგებით!) თუ ფაქტობრივი საშიშროების თვალსაზრისით. მაგრამ ხსენებული შემთხვევითი შედეგები „დეპერსონალიზებასთან“ მიმართებაში არც ამჯერად არის ერთადერთი პრობლემა, ის punctum saliens-საც კი არ წარმოადგენს, რომელზედაც „მტრის სისხლის სამართლის“ ჭეშმარიტი სახის ამოცნობაა დამოკიდებული თავის უკიდურეს გამოვლინებაში.

რა დროსაც პიროვნებისადმი საკუთრივ სამართლებრივ მოპყრობაზე უარს ვაცხადებთ, ე. ი. როდესაც ადგილი აქვს სწორედ „დეპერსონალიზებას“, მთლიანი პრობლემატიკა (ოპტიმალური გათვლებით) შიშველი ინსტრუმენტული თანაფარდობის სიბრტყეზე გადადის და აქ ყოველგვარი ძალისხმევა უკვე წამების აკრძალვის მოსაძიებლად ამაოა: „იაკობსის თანახმად, შესაძლოა წამების უარყოფის პრაგმატული მიზეზები არსებობდეს - მაგალითად, რათა 'მტერი' ზედმეტად არ გაღიზიანდეს. ამის საპირისპიროდ, წამების სამართლებრივ აკრძალვას მტრის სისხლის სამართლის ფარგლებში უკვე ადგილი არ აქვს“<sup>2</sup>. უფრო მეტიც: უსაფრთხოების უფლების „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ „ოპტიმირება“ ასევე არ გამორიცხავს ეჭვის ნიადაგზე მკვლელობას - „ჭაობები“<sup>3</sup>, თუმც იმ განსხვავებით, რომ პოზიტიურსამართლებრივად ისინი არც არსებობს („დესკრიფციულად მოაზრებული“<sup>4</sup> „მტრის სისხლის სამართალი“) და არც შეიძლება სამართლებრივ სახელმწიფოში არსებობდეს.

<sup>1</sup> Ibid., გვ. 294; ამის საწინააღმდეგოდ დაწვრილებით Bung, Zurechnen-Können, გვ. 319 მ.

<sup>2</sup> Bielefeldt, Folterverbot, გვ. 10.

<sup>3</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 290.

<sup>4</sup> Ibid., გვ. 290, 297.

#### IV. „დეპერსონალიზება“ მშვიდობაში vs. პერსონალიზება ომში

ვებებით რა ჰიპოთეზას, რომ „მტრის სისხლის სამართალი“, განსხვავებით, „მოქალაქის სისხლის სამართლისაგან“, „ნორმის მოქმედებას“ კი არ ინარჩუნებს, არამედ „საფრთხეებს ებრძვის“, თუმც „მასიურად“ „შერეული ფორმების“ ჩათვლით<sup>1</sup>, სახეზე, ყოველ შემთხვევაში, განსახილველი კონცეფციის ზედაპირი როდია<sup>2</sup>. მაგრამ იაკობსის თეზისი, რომლის თანხმადაც „ღონისძიება მტრის წინააღმდეგ არაფერს არ ნიშნავს, არამედ მხოლოდ აიძულებს“<sup>3</sup>, ანუ მთავარი წარმმართველი თვალსაზრისი მოცემულ კონტექსტში, იქ ადამიანის ძირითადი უფლებების დარღვევათა მაგალითზე კარგავს თავის ქმედითობას, რის შესაბამისადაც „სასჯელი“ ადამიანის უფლებათა დამრღვევი „მტრის“ წინააღმდეგ „ნორმის მოქმედების *შენარჩუნების* საშუალებიდან ნორმის მოქმედების *დაფუძნების* საშუალებად მუტიერბს“<sup>4</sup> ან სხვაგვარად რომ ვთქვათ: „საქმე ეხება (...) არა 'საერთო-კანონიერი მდგომარეობის' *შენარჩუნებას*, არამედ მის *ჩამოყალიბებას*“<sup>5</sup>, რაც, თავის მხრივ, ნიშნავს, რომ „მტრის-სისხლისსამართლებრივად“ მოდელირებული „სასჯელი“ აქ<sup>6</sup>, ანუ „ნორმის მოქმედების დაფუძნების“ ჭრილში, ვერ იქნება კონკრეტიზებადი როგორც შიშველი იძულება „მნიშვნელობის შინაარსობრივი დატვირთვის“ გარეშე.

„მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ ფორმულა „საფრთხის ჩახშობა კომუნიკაციის ნაცვლად“<sup>7</sup>, რა დროსაც, უკანასკნელი თვალსაზრისით, ინტერაქციის ნაცვლად, საქმე ცალმხრივ „კომუნიკაციას“ ეხება, მაშასადამე, როგორც ჩანს, ამ ასპექტში ისედაც განწირულია. მხოლოდ ხსენებული „მნიშვნელობა“ *ვერც ერთ* სამართლებრივ რეაქციაში ვერ თავსდება: მისი წინაპირობა ნორმის მოქმედებაა და *დელინქენტის* აბსტრაქტიფიცირებისთვის ხელშესახები საფუძველი არ არსებობს, რამეთუ სადაც ეროვნულ მართლმსაჯულებას არსებულ ჭრილში არ ძალუძს თვისი სიტყვის წარმოთქმა, ეს სწორედ საერთაშორისო მართლმსაჯულებას შეუძლია, კერძოდ კი, იმგვარად, რომ ეს ადამიანის უფლებათა დამრღვევთათვის გულის ფანცქალით შენახულ საიდუმლოდ როდი რჩება, ე. ი. საქმე ეხება დამკვიდრებულ ადამიანის უფლებებს როგორც საორიენტაციო ბაზისს. სხვა მხრივ: თუმც „ნორმის მოქმედების დაფუძნების“ საპირისპიროდ მისი „შენარჩუნება“ ვერ მოიაზრება სასჯე-

<sup>1</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 90.

<sup>2</sup> გამოწვლილვით F. M. Llinares, Persona o enemigo; Vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, in: Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, ტ. I, №. 1, ივლისი, 2006, გვ. 140 მ.

<sup>3</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 90.

<sup>4</sup> Ibid., გვ. 94.

<sup>5</sup> Ibid., გვ. 95.

<sup>6</sup> იხ. „სასჯელის მნიშვნელობისა“ და „სასჯელის მიზნის“ იაკობსისეული დიფერენცირებისადმი განსახილველ კონტექსტში *Bung*, Feindstrafrecht, გვ. 67 მ.

<sup>7</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 89.

ლის ცნებაში უცხო სხეულად, მაგრამ ეს არ არის გადამწყვეტი, არამედ ის, რომ დამნაშავის *ინსტრუმენტალიზება* ვერც „მტრის-სისხლისსამართლებრივად“ მოხერხდება „ნორმის მოქმედების დასაფუძნებლად“ და ვერც, „მოქალაქის სისხლის სამართლის“ თვალსაზრისით, „ნორმის მოქმედების შესანარჩუნებლად“.

ამავე დროს, ზემომოტანილი კონტექსტის გათვალისწინებით პრობლემის კანტისეული „ლოკალიზება“ „(ფიქტიური) ბუნებრივი მდგომარეობისა და „სახელმწიფოებრივი მდგომარეობის“ გზაგასაყარზე, რომელსაც იაკობსი პრევენციული კანონმდებლობის (სახელდობრ., ეკონომიკური დანაშაულობის მაგალითზე, ისევე როგორც ტერორიზმთან მიმართებაში და „საერთოდ ‘დანაშაულთან’ მიმართებაში, „მეტატექნიკური“ გაგებით) „მტრის-სისხლისსამართლებრივ“ ჭრილში გამოყენებისას ეყრდნობა<sup>1</sup>, კვლავინდებურად მეტისმეტად განვრცობილი რჩება<sup>2</sup>. „მდგომარეობა ‘სამოქალაქო-კანონიერი’ მდგომარეობის ჩამოყალიბებამდე“ იქნებოდა „ბუნებრივი მდგომარეობა და ამ მდგომარეობაში არ არსებობს პერსონალურობა, ყოველ შემთხვევაში (?) უზრუნველყოფილი პერსონალურობა“<sup>3</sup>; მაგრამ ადამიანის უფლების ხელმყოფი „*იმავე* საზოგადოებიდან წარმოიშობა, რომელიც მას ასამართლებს“ თუ ვითარება „უცხო ქვეყნის მართლმსაჯულებაზე“ დამოკიდებული<sup>4</sup> (რადროსაც საქმე არასოდეს არც იზოლირებულად აღებულ „სხვა“ საზოგადოებას ეხება, არამედ ყოველთვის მხოლოდ საერთაშორისო მართლმსაჯულებას), არცერთგან სახეზე არ არის ბუნებრივი მდგომარეობა, რომლის პირობებშიც ვერც სასჯელი და პრევენციული ღონისძიება<sup>5</sup>, როგორც სამართლებრივი ინსტიტუტები, მოცემული ვერ იქნება.

ის, რომ „*სამართლის განხორციელებული მოქმედების მდგომარეობაში*, სწორედ ფუნქციონირებად სახელმწიფოში“<sup>6</sup> საქმე არა მხოლოდ „დელიქტის ძირითად შემთხვევებს“ ეხება, არამედ იმავე ზომით „პრინციპულ დევიაციებსაც“, არა უბრალოდ „ვირტუალური“, არამედ „ნამდვილად მოქმედი“ წესრიგიდან და რომ ამით „ნორმის მოქმედების შენარჩუნება“ მოიაზრება პარალელურად, წარმოუდგენელი სულაც არ არის<sup>7</sup>, ისევე როგორც ის, რაც მართლწესრიგმა, მაგალითად, „ტერორისტის წინააღმდეგ უნდა გააკეთოს, თუ გადარჩენა სურთ“, „(გაზომიერებულ) ომად“ იწოდება<sup>8</sup> თუ არა, ისევე არ წარმოადგენს ომს ბუნებრივ მდგომარეობაში, როგორც, მაგალითად, *სამოქალაქო* ომს, რომელიც „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ თვალ-

<sup>1</sup> Ibid., გვ. 90, 92.

<sup>2</sup> იხ. ამასთან დაკავშირებით *Bung*, Feindstrafrecht, გვ. 69.

<sup>3</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 95.

<sup>4</sup> Ibid., გვ. 94 მ.

<sup>5</sup> უფრო ახლოს *Bung*, Feindstrafrecht, გვ. 69.

<sup>6</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 94 მ.

<sup>7</sup> შდრ. Sinn, Moderne Verbrechenverfolgung, გვ. 113 მ და passim.

<sup>8</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 92.

საწიერიდან, საერთოდ, ამოუხსნელია<sup>1</sup>. ცხადია, ტერორიზმის წინააღმდეგ საერთაშორისო ბრძოლის ეპოქაში, როდესაც ტერორისტები ზოგან ღია სახელმწიფოებრივი მხარდაჭერით და ასევე ღია დაცვით სარგებლობენ, შესაძლოა ზოგჯერ გავიფიქროთ კიდევ, რომ „ცნებები ‘ომი’ და ‘სისხლის სამართლის პროცესი’ ერთმანეთში აღრეულია“<sup>2</sup>, მაგრამ ეს არაფერს ცვლის იმ თვალსაზრისით, რომ ბუნებრივ მდგომარეობაში უსაფრთხოების უფლება არ არსებობს და ვინც ტერორისტების ანუ „პრინციპულ მეტოქეთა“ წინააღმდეგ იბრძვის, იბრძვის არა მის მოსაპოვებლად, არამედ ახორციელებს მას, მოჰყავს სწორედ მოქმედებაში, ე. ი. აპელირებს უკვე არსებულ პრეტენზიაზე, რომელიც, ს. შ., მხოლოდ *სამართლებრივად* და არა, ასე ვთქვათ, ბუნებრივი მდგომარეობის ძალით შეიძლება იყოს *ლეგიტიმური*<sup>3</sup>. როგორც *ომს*, ამ ბრძოლას, თავის მხრივ, მხოლოდ *in extremis* ძალუძს ლეგიტიმური გამოსავლის განსახიერება<sup>4</sup>, მაგრამ არასოდეს „უუფლებო მტრების“ წინააღმდეგ: ისინი, თანამედროვე გაგებით, არც ერთ ომში არ არსებობენ და, გარდა ამისა: განსაზღვრულ ნორმატიულ მოლოდინებს აყალიბებენ და ეჭიდებიან, რომლებიც შეეხება მტრებს ნებისმიერ ომში, არა - *sit venia verbo* - იმ გაგებით, რომ მათ არავინ გაითვალისწინებს. *აშ* სახით ყალიბდება შემდგომ საერთაშორისო სისხლის სამართალში<sup>5</sup> ომის დამნაშავეს ცნებაც - ყველა თავის გამოვლინებაში ბუნებრივი მდგომარეობისთვის უცხო ფენომენი.

ტენდენციასთან, კერძოდ კი, სამართლებრივთეორიულად შეუქცევად ტენდენციასთან, რომელიც იქ დროებით იკვეთება, „მტრის სისხლის სამართლის“ ამოსავალი იდეა ძნელად თუ მოიყვანება შესაბამისობაში, არამედ საქმე ეხება სწორედ პრინციპულად ურთიერთშეუთავსებელ საწყისებს: მტრის პერსონალურობა, როგორც ამოსავალი მომენტი ომში, სადაც მოცემული ცნების ჭეშმარიტად სამართლებრივი ადგილია, პირველ შემთხვევაში და „მტრების“ ანუ „(სამართლებრივი) არაპიროვნებების“ ძიება სოციალური მშვიდობისას მეორე შემთხვევაში. სხვა მხრივ, იქნება ეს ტერორისტებთან თუ ადამიანის უფლების დამრღვევებთან მიმართებაში, სადაც გარდაუვალია, რომ „*ჯერ* ომი წარმოებს“<sup>6</sup>, მტრის ცნება ასევე ვერ მოიაზრება თვით-

<sup>1</sup> მაგრამ იხ. Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 294; შდრ. A. Aponte, Feind oder Bürger? Günther Jakobs und das Dilemma eines feindlichen Strafrechts, in: Bitte bewahren Sie Ruhe! Leben im Feindrechtsstaat, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Berlin, 2006, გვ. 152.

<sup>2</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 92; იხ. აგრეთვე A. Aponte, Krieg und Politik – Das politische Feindstrafrecht im Alltag, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006, გვ. 302.

<sup>3</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 95.

<sup>4</sup> შდრ. W. S. Heinz / J.-M. Arend, The International Fight against Terrorism and the Protection of Human Rights. With Recommendations to the German Government and Parliament, 2005, გვ. 30 მ და passim.

<sup>5</sup> იხ. განსახილველი კონცეფციისადმი საერთაშორისო სისხლის სამართლის კონტექსტში P. L. B. de Quiroga, Cicero: Bellum Iustum and the Enemy Criminal Law, in: M. Bergsmo, E. J. Buis (Editors), Philosophical Foundations in International Criminal Law: Correlating Thinkers, Brussels, 2018, გვ. 3 მმ.

<sup>6</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 95.

მიზნად, რომელიც აქ პროცესის სუბიექტის ცნებას ჩაანაცვლებდა<sup>1</sup>; არამედ საქმე მხოლოდ მაქსიმალურად ეფემერულ გარდამავალ გადაწყვეტას შეიძლება შეეხებოდეს საკუთარი მნიშვნელობის გარეშე, რომელიც მოწმობს, რომ ტერორისტი, როგორც ტერორისტი, ისევე როგორც ადამიანის უფლების დამრღვევი, როგორც ადამიანის უფლების დამრღვევი, უნდა განიხილებოდეს არა მტრად, არამედ დელინქენტად<sup>2</sup>. თუმც სიტყვით „მტრის-სისხლისსამართლებრივად“ საპირისპიროს თავიდან აცილება პროკლამირებული<sup>3</sup>, ყოველ შემთხვევაში, აშკარაა, რომ „მტრის სისხლის სამართლისთვის“, როგორც „პრევენციული სამართლისთვის“ დანაშაულის ცნების არსი ამოუცნობი რჩება.

## V. უსაფრთხოების სახელით?

მოქალაქის ცნებას ნამდვილად დავიყვანთ „მტრის“ ცნებამდე განსაზღვრული რეკურსებით ხელშეკრულების თეორიის თეზისებზე უპირატესად ჰობზისა და კანტის ან ნაკლებად რუსოსა და ფიხტეს ან ლაიბნიცის ფილოსოფიიდან<sup>4</sup> - თუ უარყოფთ მას სხვა სახით განსახილველ კონტექსტში, ს. შ., როგორც „გონიერ ეგოისტს“ კანტისეული გაგებით<sup>5</sup> ანუ, უბრალოდ, ამოვალთ „არასოციალიზებადი სუბიექტიდან“ მონტესკიეს მიხედვით,<sup>6</sup> - შესაძლოა მაინც სხვა პრობლემად გვესახებოდეს<sup>7</sup>. მაგრამ ეს ასე არ გახლავთ, მიუხედავად იმისა, რომ მოცემული ცნება „პრინციპულად დამაკნინებლად“ მოიაზრება თუ არა<sup>8</sup> ან მხოლოდ როგორც *terminus technicus* გამოიყენება<sup>9</sup>. უწინარეს ყოვლისა, „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ თვალთახედვა ჰეგელის სასჯელის თეორიის ამოსავალი დებულების წინააღმდეგ

<sup>1</sup> Aponte, *Krieg und Politik*, გვ. 302.

<sup>2</sup> Heinz/Arend, *The International Fight against Terrorism*, გვ. 9, 30 მ.

<sup>3</sup> Jakobs: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, გვ. 92; *Feindstrafrecht*, გვ. 294.

<sup>4</sup> Jakobs: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, გვ. 89 მმ; *Feindstrafrecht*, გვ. 289, 292 მ; იხ. აგრეთვე „სამართლებრივი სიკეთის მტრის“ ცნებისადმი ივ., *Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung*, გვ. 753 მ; კრიტიკულად, უწინარეს ყოვლისა, კანტზე იაკობსისეულ მითითებასთან მიმართებაში: J. Arnold, *Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen*, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, Heft 8-9/2006, გვ. 305 მ; Bung, *Feindstrafrecht*, გვ. 69 მ; Bielefeldt, *Folterverbot*, გვ. 9.

<sup>5</sup> გამოწვლილვით R. Saage, *Eigentum, Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant*, 2. Aufl., Baden-Baden, 1994, გვ. 134 მ.

<sup>6</sup> Ch.-L. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, 1977, გვ. 96.

<sup>7</sup> იხ. „კონსტრუირებული მტრის“ ცნებისადმი Aponte: *Krieg und Politik*, გვ. 300; *Feind oder Bürger?*, გვ. 145 მმ; უფრო კრიტიკულად იმავე გაგებით Malek, *Feindstrafrecht*, გვ. 317.

<sup>8</sup> Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, გვ. 88.

<sup>9</sup> თუმცადა რაც არ ნიშნავს იმას, რომ სისხლის სამართალში იქვე მისი არავითარი კვალი არ ჩანდეს. მაგრამ ინსტრუმენტული კორელაციებიდან, რომლებშიც, მაგალითად, „ნების მტრული მიმართების“ მომენტი (იხ. K. Lackner / K. Kühl, *StGB*, 22. Aufl., München, § 211/6 მ) ვლინდება, ძნელად თუ შევძლებთ ემპირიტად სამართლებრივის ამოკითხვას, არამედ სწორედ პირიქით.

არის მიმართული<sup>1</sup>, სასჯელის თეორიისა, რომლის საფუძვლიან გამოყენებასაც ყველგან სხვაგან იაკობსი თავად ესწრაფვის<sup>2</sup>. - თუ, ამრიგად, „მტრის სისხლის სამართლის“ „რეაქცია“ არ ეხება „პიროვნებას“, არამედ „ფსიქოფიზიკურ სისტემას“ და არა მხოლოდ „აქტუალური დამნაშავის“ („მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ „პრინციპული დევიაციის“ კვანტიტატურ ასპექტში), არამედ იმავე ზომით „პოტენციური დამნაშავის“ შემთხვევაშიც, საერთოდ, ყოველგვარ დანაშაულამდე (იმავე კონტექსტის კვალიტატურ ასპექტში) უნდა განხორციელდეს, მაშინ ეს სწორედ ის თავისებურებებია, რომელთაც იაკობსი სხვა შემთხვევაში არა მართლწესრიგს, არამედ სამართლიანად „ყველაზე ტოტალიტარულ წესრიგს“ განაკუთვნებს<sup>3</sup>.

მაშასადამე, საზოგადოება, რომელიც თავს „საშიშ ინდივიდთან“ status belli-ში მოიაზრებს, თავადვე არანაკლებ საშიში იქნებოდა და ჩვენთვის აქტუალური შემთხვევაც ამის ნათელი მაგალითია, რა დროსაც „მტრის-სისხლისსამართლებრივად“ საქმე ეხება „დეპერსონალიზებას“ მის უკიდურეს გამოვლინებაში(ც). რამეთუ საზოგადოებაში, რომელიც მოქალაქეების „საშიშ ინდივიდებად“ გარდასახვას შეძლებდა, ვერ მოვიძიებდით ადამიანის უფლებებს, ე. ი. საქმე უკვე განსაზღვრებისამებრ არ შეიძლება შეეხებოდეს სამართლებრივ სახელმწიფოში ნებისმიერი პირის მოკვეთას ანუ ადამიანის უფლებების მიღმა აღქმას, არამედ კანონგარეშე „მტრად“ სტიგმატიზების საკითხი მხოლოდ ადამიანის უფლებათა ცნების ეროზიის ხარჯზე შეიძლება დაისვას, რადგან ისინი სწორედ *ნებისმიერის* უფლებებია ანუ განუსხვისებელია<sup>4</sup>. ამისდა კვალად, თუ „მტრის სისხლის სამართალი“ გვმოდღვრავს, რომ „მოქალაქის სტატუსი უპირობოდ არაფერ უკარგავს არ უნდა წარმოადგენდეს“<sup>5</sup>, ეს ჩვენ დროებასთან როდი მოიყვანება რაიმე კავშირში, ვინაიდან ადამიანის უფლებათა ხანაში მოქალაქის სტატუსი სწორედ „უკარგავი რამ“ არის. ეს, თავის მხრივ, ნათელს ჰყენს იმას, თუ რატომ განიხილავს წესისა თუ გამონაკლისის სახით დეპერსონალიზებაზე ორიენტირებული „მტრის სისხლის სამართალი“ ადამიანის უფლებებს როგორც „ე. წ. ადამიანის უფლებებს“<sup>6</sup>.

ამავე დროს, უკეთუ იმას, რაზედაც იაკობსი პოზიტიურ სამართალში აპელირებს<sup>7</sup>, უნდა მივყავდეთ დასკვნამდე: „მტერი“<sup>8</sup>, ძნელად თუ ავიცილებდით თავიდან მი-

<sup>1</sup> შდრ. B. Haffke, Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?, in: Kritische Justiz, 2005 (H. 1), გვ. 22.

<sup>2</sup> Jakobs, Schuldprinzip, გვ. 26 მმ; მაგრამ იხ. იგ., Rezension: Benno Zabel: Schuldtypisierung als Begriffsanalyse. Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation, Berlin, 2007), Höchst-richterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 5/2007, გვ. 232.

<sup>3</sup> Jakobs, Schuldprinzip, გვ. 26.

<sup>4</sup> დეტალურად Bielefeldt, Folterverbot, გვ. 5 და passim.

<sup>5</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 89.

<sup>6</sup> იხ. Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 289.

<sup>7</sup> იხ.: ibid., გვ. 289 მ, 293 მმ; იგ., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 92 მ და passim.

<sup>8</sup> კონკრეტიზებით მოცემულ კონტექსტში Aponte, Feind oder Bürger?, გვ. 140 მ.



სი გამოვლინების უნაირფეროვანეს სახეებს შორის „სისხლის სამართლის“ ფარგლებს მიღმა, რომ არაფერი ვთქვათ იმაზე, თუ რატომ ვერ აღიქმება აქ *ყოველი* დამნაშავე როგორც „მტერი“, რა დროსაც უფლებები *მხოლოდ* „პრინციპულ მეტოქეს“ როდი „ჩამოერთმევა“<sup>1</sup>, სხვა სიტყვებით: სადაც არა მხოლოდ პრევენციული ღონისძიება, არამედ სასჯელიც უკვალოდ ვერ განხორციელდება. ამდენად, უფლებების „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ „გაუქმების“ პერსპექტივიდან, რაც განსახილველ კონცეფციაში განიხილება როგორც „მტრების“ იდენტიფიცირების „მთავარი ნიშანი“<sup>2</sup>, მუტირებს იაკობსთან ყოველი დელინქენტი - უფრო ზუსტად, ყოველი სამართალ-დამრღვევი - „მტრად“. თუ მოვალეობათა სიბრტყეზე შეინიშნება, რომ „მტრის სისხლის სამართალი“ „მტრებად“ მხოლოდ მათ აღიარებს, რომლებიც „პერსონალური ქცევის მინიმალურ კოგნიტიურ გარანტიას“ არ უზრუნველყოფენ - მორიგი ცენტრალური მასშტაბი<sup>3</sup>, ეს სწორედაც რომ არ მოწმობს „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ პოსტულატების თანაზომიერებაზე, უფრო მეტიც: ეს დისონანსი უკვე მხოლოდ უკანასკნელი ასპექტის ფარგლებში იმავე სიციხადით იკვეთება, ე. ი. „სასჯელი არა მხოლოდ ნიშნავს რამეს, არამედ ფიზიკურად რამის გამომწვევიცაა (...). იძულება მოცემულ კონტექსტში არც არაფერს უნდა ნიშნავდეს, არამედ უნდა მოქმედებდეს, ანუ ის შეეხება არა პიროვნებას სამართალში, არამედ საშიშ ინდივიდს“<sup>4</sup>, მაშასადამე, „მტრის-სისხლისსამართლებრივად“: „მტერს“ და თუ, ამასთანავე, ამოსავალი ბაზისი იმაზე მეტყველებს, რომ „მოქალაქის სისხლის სამართალთან“ და „მტრის სისხლის სამართალთან“ მიმართებაში საქმე „ერთი და იმავე სამყაროს ორ პოლუსთან“ გვაქვს<sup>5</sup>, ამით ხომ არაფერი იცვლება იმ თვალსაზრისთან დამოკიდებულებაში, რომ „მტრის სისხლის სამართლის“ კონცეფციაში ყოველი დელინქენტი (მეტად თუ ნაკლებად) „მტრად“ გარდაისახება, რაც აქ, მართალია, შემდგომი განვრცობის საგანი ვერ იქნება.

მტრის ცნების წინაპირობა ომის ცნებაა და სადაც სამართლებრივი სახელმწიფოს მშვიდობას უსაფრთხოების სახელით ომი აუქმებს, უწინარეს ყოვლისა, მხედველობის მიღმა რჩება ის, რომ *მშვიდობის ყოველ პერმანენტულობაში მეტი უსაფრთხოებაა, ვიდრე „ყველაზე გაზომიერებული“ ომის ყოველ პერმანენტულობაში*. საზოგადოების „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ აღქმა ანუ „საზოგადოება“, როგორც კვაზისოციალური კონსტრუქცია, რომელიც „აძევებს“<sup>6</sup> და „ეომება“, ძირეულად გან-

<sup>1</sup> Jakobs: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 89; Feindstrafrecht, გვ. 293.

<sup>2</sup> Ibid., გვ. 293, 296.

<sup>3</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 93.

<sup>4</sup> Ibid., გვ. 88 მ.

<sup>5</sup> Ibid., გვ. 88; იგ., Feindstrafrecht, გვ. 293.

<sup>6</sup> და ამას “თვითგაძევებაც” რომ ერქვას: Jakobs: Feindstrafrecht, გვ. 293 და passim; Personalidad y exclusión en Derecho penal, in: *ders.*, Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, 2004, გვ. 66 მ; მაგრამ იხ. „გამომრიცხველი“ თვალთახედვის საწინააღმდეგოდ, საერთოდ, იგ., Norm, 1. Aufl., გვ. 101 მ.

წირულია, რადგან *საზოგადოება ომის პრევენციაა*, ანუ არასოდეს უფრო ნაკლები, ვიდრე ომის პრევენცია. „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ პოსტულატებიდან გამომდინარე „სოციალური“ მსოფლმხედველობა: სამყარო, როგორც „ბრძოლის ველი“, შესაძლოა, უკიდურეს შემთხვევაში, მოიცემოდეს მხოლოდ უმართლო წესრიგთა პირობებში. მთლიანი კორელაციის ინციდენტური ბირთვი კონკრეტიზებას „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ წინააღმდეგობათა სპექტრის უკვე მორიგ სეგმენტში ჰპოვებს. თუმც დაითქმის, რომ „მტრის სისხლის სამართალი“ უნდა აღიქმებოდეს როგორც „ისეთი რამ, რაც ხანგრძლივი გამოყენებისთვის“ გამოუსადეგარია, მაგრამ ზ. ა. თვალსაზრისთან მიმართების გარეშე, თუ რატომ ეხება ასეთ შემთხვევაში საქმე არა „პრესკრიფციულობას“, არამედ მხოლოდ და მხოლოდ იმას, ოდითგანვე ფუნქციონირებადი „აღიწეროს“ (რაც, თავის მხრივ, ნიშნავს, რომ ის სწორედ ნებისმიერი გამოყენებისთვის გამოუსადეგარია, და არა, ვთქვათ, იმას, თითქოს აქ სახეზე პოზიტიურსამართლებრივად პერმანენტულად წარმოებული ომი იყოს), და თუმც გვპირდება „მტრის სისხლის სამართალი“ „მშვიდობის დიქტატს“, მაგრამ იმის უზრუნველყოფის გარეშე, რომ არ იარსებებენ ტერორისტები ან „ნოტორიულად უშუქო ველოსიპედისტები“<sup>1</sup>, რომელთა მიზანში ამოღებასაც ის ესწრაფვის.

ამრიგად, პოზიტიური სამართლის „მტრის-სისხლისსამართლებრივ“ გამოყენებაზე საუბარი ცალსახად გამოირიცხება, მათ შორის პროცესუალურსამართლებრივი კომპონენტების მაგალითზე<sup>2</sup>. რადგან თუ იმით, რომ გამონაკლის შემთხვევებში ბრალდებულს სასამართლოს შესახებ კანონის შესავალი კანონის (გფრ) § 31 მმ შესაბამისად მესამე პირისთვის სხვადასხვა სახის საფრთხეთა თავიდან აცილების მიზნით დამცველთან კონტაქტის შესაძლებლობა არ ეძლევა, ძნელად თუ ვინმე შეძლებს იმის რეზიუმირებას, რომ სახელმწიფო აწარმოებს ომს დაპატიმრებულის წინააღმდეგ ან, სულ მცირე, საქმე ეხებოდეს ომის ტყვეს, მაშინ მტრის ცნება უკვე ამიტომ არ არის არავითარ შემთხვევაში ნაკლებად აბსტრაქტული და წინასწარი პატიმრობაც ხომ, სს საპროცესო კოდექსის (გფრ) § 112, 112 ა-ს მიხედვით, წამებად ვერ განიხილება. მაგრამ (სისხლის) სამართლის განხორციელება და ომი არასოდეს არის ანტითეატური ცნებები მხოლოდ დაპატიმრების მომენტიდან, არამედ ყოველთვის თავიდანვე რჩება ასეთად. იმავე ვითარებასთან გვაქვს საქმე მატერიალურსამართლებრივ შედეგებთან მიმართებაშიც, ს. შ., ტერორისტული გაერთიანებების შექმნის შემთხვევაში სსკ-ის (გფრ) § 129 ა აბზ. 6 მ შესაბამისად. მართალია, ეს და არაერთი სხვა მომენტი იმის მომასწავებელი როდია, რომ პოზიტიურსამართლებრივი კონტექსტი, როგორც ასეთი, არ შეიძლება სხვაგვარად გამოიყურებოდეს, ოღონდ ეს და მასთან ერთად „მოქალაქის სისხლის სამართლის“ „მტრის სისხლის სამართალით“

<sup>1</sup> Jakobs: Feindstrafrecht, გვ. 290, 292, 294; Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 92.

<sup>2</sup> Ibid., გვ. 93; დაწვრილებით მოცემულ კონტექსტში იგ., Feindstrafrecht, გვ. 296.

ყოველგვარი „განტვირთვაც“<sup>1</sup> ჭეშმარიტად სოციალურ ანუ სამართლებრივი სახელმწიფოს თვალსაზრისით ამოცნობად სურათს სწორედაც ვერ წარმოქმნიდა. პირველი გაგებით, არანაკლები სიცხადით, ვიდრე უკანასკნელი გაგებით, რაც იმას ნიშნავს, რომ „საზოგადოებიდან ექსკლუდირება“ უკვე ყოველ ჭეშმარიტად სოციალურ თვალსაზრისთან განსაზღვრებისამებრ შეუთავსებელია.

„მტრის სისხლის სამართალი“ შესაძლოა კიდევ ფლობდეს თავის ვირტუალურ საგანს - „ბრძოლა საფრთხის წინააღმდეგ“, ის, როგორც ასეთი, ს. შ., შესაძლოა ზღუდავდეს სახელმწიფოსაც „საფრთხის წინააღმდეგ ბრძოლაში“ და ა. შ.<sup>2</sup>; მაგრამ ვინც არ არის „პიროვნება სამართალში“, ვერც „მტრის სისხლის სამართლის“ სუბიექტად მოიაზრება და სადაც სუბიექტი არ არსებობს, იქ ვერც „მტრის სისხლის სამართალი“ იარსებებს. მაშასადამე, საკითხი იმის თაობაზე, გვაქვს თუ არა აქ საქმე, საერთოდ, სისხლის სამართალთან „ვრცელი გაგებით“ (იაკობსი<sup>3</sup>) ან „მტრის სისხლის სამართალი“ წარმოგვიდგება როგორც *contradictio in adjecto* (მელია<sup>4</sup>), კვლავაც მხოლოდ იმ კონტექსტში როდი წამოიჭრება, რომელშიც საქმე „პრევენციულ სამართალს“ უნდა შეეხებოდეს. „მტრის სისხლის სამართალი“, სხვაგვარად რომ ვთქვათ, გაცილებით უფრო მნიშვნელოვან „საფრთხეებს“ ქმნის, ვიდრე მათ „დაძლიევას“ შეძლებდა<sup>5</sup> და იმის არავითარი გარანტია არ მოიპოვება, რომ ეს გზა ტერორისტულ მართლმსაჯულებამდე არ მიგვიყვანს. იმავე მიზეზით სამართლებრივ სახელმწიფოში „მტრის სისხლის სამართლისთვის“ მაშინაც არ რჩება საკმარისი სივრცე, თუ უარს ვიტყვით „მტრების“ - რაც ომის სამართალშიც კი ვერ იქნება სხვაგვარად -, როგორც „სამართლებრივი არაპიროვნებების“, კონსტრუირებაზე. ვინაიდან „მტრად“ გამოცხადება, ამაში შმიტისეულ თუ იაკობსისეულ კონოტაციას ვიგულისხმებთ<sup>6</sup>, ყველაზე დიდი, მხოლოდ ალტერნატიული სახელწოდებაა სისხლის სამართლის პოლიტიზებისთვის. როგორც სამართლის ისტორია თვალნათლივ ილუსტრირებს: სამართლებრივ უსაფრთხოებას ასეთ შემთხვევაში არავინ განიცდის. „მტრის“ ცნება გარდუვალად და სრულიად უთხრის ძირს უსაფრთხოებაზე ყოველგვარ უფლებას. ამიტომაც არის, რომ ლეგიტიმური წესრიგები არ ეძიებენ მტრის სახეს, ე. ი. საქმე ეხება სამართლებრივი სახელმწიფოს თვალსაზრისით ანუ შეუქცევადად არა-აქტუალურ ცნებას.

<sup>1</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 94.

<sup>2</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 293 მ.

<sup>3</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 89, 91.

<sup>4</sup> Meliá, Feind„strafrecht“, გვ. 268.

<sup>5</sup> იხ. ამის საპირისპიროდ თავისუფლებასა და უსაფრთხოებას შორის სამართლებრივი სახელმწიფოს თვალსაზრისით რელევანტური ურთიერთობისადმი M. Kaiifa-Gbandi, Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU und rechtsstaatliche Defizite, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 11/2006, გვ. 522.

<sup>6</sup> იხ. „მტრის-სისხლის სამართლებრივი“ დიფერენცირებისადმი Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 294.

რაც „მტრის სისხლის სამართლისთვის“ ამით, უწინარეს ყოვლისა, გაურკვეველი რჩება, მცდარად მოქმედი პიროვნების ფენომენია: *არ არსებობს (ნორმის მოქმედების) ზიანი წინმსწრები საფრთხის გარეშე*. მოქალაქე, რომელიც დელინქვირებს, იმგვარად, რომ მის ცნებაში დელინქვირების საფრთხე ვერ მოიაზრება, ყოველ შემთხვევაში, არ მიუთითებს *იმ* სამყაროზე, რომელშიც სისხლის *სამართალი* ვითარდება. არამედ საქმე არ უნდა ეხებოდეს ნორმატიულ მოლოდინებს, უკუქცევითი ძალის არავითარ აკრძალვას, მოკლედ - სამართლებრივ სახელმწიფოს. ამავე დროს, ნორმატიული მოლოდინები შესაძლოა გაწვილდეს, რა დროსაც ეს ანუ საფრთხე სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას არ გამოორიცხავს, არამედ სწორედ თავშივე განაპირობებს მის თემატიზებას, სახელდობრ - არსებითად (რაც „მტრის-სისხლისსამართლებრივად“ კვლავაც ამოუხსნელია) - უფრო ვრცელი გაგებით, ვიდრე ეს მხოლოდ პრევენციული გაგებაა. დამნაშავის პერსონალურობა, მართალია, არა სხვაგვარად, ვიდრე ნორმის მორჩილად მოქმედისა, არ წარმოადგენს ad-hoc-კონტურების სიმბოლოს, არამედ ინტერაქციონისტული კონტინუუმს.

## VI. რეალური ყოფის დიალექტიკა

ის, რომ „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ მიდგომა სპეციფიკურად *სისხლისსამართლებრივ* თვალსაზრისს არ ეფუძნება, არავითარ არგუმენტაციას არ საჭიროებს<sup>1</sup>. ამ კუთხით აქ ცნებათა ჭეშმარიტად სისხლისსამართლებრივი კონსტრუირების ამოსავალი წერტილის ძიებაც ამაოა. რაც რჩება, არის საკითხი, შეიძლება თუ არა განმანაკლისების პრობლემატიზება და თუ შეიძლება, რამდენად. ამის შესაბამისად, დანაშაულსა და სასჯელს შორის „სტანდარტული“ ურთიერთობა რჩება, „თუ დამნაშავე, მიუხედავად დანაშაულისა, იმის გარანტიის საფუძველს იძლევა, რომ მეტად თუ ნაკლებად მოიქცევა როგორც მოქალაქე, ანუ როგორც სამართლისადმი ერთგული პიროვნება. როგორც ნორმის მოქმედება *სრულიად* კონტრაფაქტურად ვერ შენარჩუნდება, ასევეა პერსონალურობაც (...). თუ სხვა პირი აწარმოებს გათვლებს არა მხოლოდ როგორც ინდივიდი ანუ როგორც გუნებისა და უგუნებობის შესაბამისად მაკალკურირებელი არსება, არამედ თუ ის უნდა აღიქმებოდეს როგორც პიროვნება, ე. ი. თუ მისი ორიენტაცია სამართალსა და უმართლობაზე ხელშესახებია, მაშინ ეს ნორმატიული მოლოდინიც მეტად თუ ნაკლებად კოგნიტიურად გამყარებული უნდა იყოს, კერძოდ კი, იმისდა მიხედვით უფრო გარკვევით, რაც უფრო მნიშვნელოვანია განსახილველი ნორმები“<sup>2</sup>. „მუდამ ანომიური ქცევა“ ანუ „ნორმატიული მოლოდინის ნოტორიული გაწვილება“, ამასთანავე, წარმოაჩენს, იმავე თვალთახედ-

<sup>1</sup> იხ. „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ დუალიზებისადმი *ibid.*

<sup>2</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 91.

ვის ფარგლებში, იზოლირებულად აღებულ „ფაქტიურ საშიშროებას“<sup>1</sup>, რომელიც გამორიცხავს მოქმედის „პიროვნულობას“.

თუ ზემოაღნიშნულს გადავიტანთ თვით ნორმის მოქმედებაზე, მივიღებთ, რომ „საკმარისი კოგნიტიური უსაფრთხოების გარეშე ნორმის მოქმედება ეროდირებს და ცარიელ დაპირებად იქცევა, იმიტომ რომ ის უკვე ნამდვილად გასაცხოვრებულ საზოგადოებრივ სახეს არ გვთავაზობს (...). პიროვნებებს არა მხოლოდ უფლების ფლობა სურთ, არამედ თავისა და სხეულის გატანაც, ანუ თავიანთთვის, როგორც მოთხოვნილებების მქონე ინდივიდებისთვის, გამოსავლის პოვნა და ნდობა იმისა, რაც არ შეიძლება იყოს ამ გამოსავლის მოსაპოვებლად, სწორედ მხოლოდ მაშინ არის საორიენტაციოდ ვარგისი, თუ ეს ცოდნით, რაც იქნება, მეტისმეტად არ იცრდილება“<sup>2</sup>, უფრო ზუსტად, „განვითარებული მართლწესრიგი პიროვნებებისთვის უზრუნველყოფს არა მხოლოდ შიშველ უფლებას, არამედ აგრეთვე - მეტად თუ ნაკლებად - უფლების გამოყენებასაც“<sup>3</sup>. მაგრამ გარკვეული მოდიფიცირების გარეშე ნორმატიული მოლოდინების კონტრაფაქტური შენარჩუნების ანუ „სხვათა ნორმისადმი ერთგულების მოსალოდნელობის“<sup>4</sup> თაობაზე იაკობსის ადრინდელი თეზისი ძნელად შეთავსებადი<sup>5</sup>; მაგრამ ასეთი მოდიფიცირების მცდელობა არამც და არამც არ იქნებოდა ურიგო<sup>6</sup>, უფრო მეტიც: *flustra ferentur leges nisi subditis et obedientibus*. მაგრამ მთავარი აქ ეს არ არის, არამედ ძირითდი საზომი სხვაგან ძეგს.

საზოგადოება „ჯიუტ დამნაშავესაც არ ათავისუფლებს მოვალეობისაგან, არ ჩაიდინოს დანაშაული“<sup>7</sup>. საკითხავია, თუ რატომ უნდა ეხებოდეს აქ, საერთოდ, საქმე „მოვალეობებს“ და „დელიქტებს“<sup>8</sup>, რა დროსაც დამნაშავე განიხილება როგორც „არაკომპეტენტური“? ამაზე პასუხი, თუ რატომ უნდა შენარჩუნდეს ასეთი დამნაშავის მოვალეობები „ხელუხლებელი“, რა დროსაც „მოვალეობის შესრულების კოგ-

<sup>1</sup> Ibid., გვ. 90 მმ; იგ., Feindstrafrecht, გვ. 292.

<sup>2</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 91.

<sup>3</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 291; შდრ. M. Pawlik, Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 7/2006, გვ. 283.

<sup>4</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 91.

<sup>5</sup> გამოწვლილვით *Llinares*, Persona o enemigo, გვ. 141 მმ.

<sup>6</sup> ოღონდ ამასობაში იკვეთება იაკობსის „მოქალაქის სისხლის სამართლის შესახებ მოძღვრების“ ფუძემდებლური პრინციპის მთელი აბსტრაქტულობა, რადგან რომელ საზოგადოებაში ეხება საქმე ისეთ „ნორმის მოქმედებას (-ის შენარჩუნებას)“, რომელსაც არაფერი ექნებოდა საერთო „(სამართლებრივ) სიკეთეთა უსაფრთხოებასთან“ (Jakobs, Handlungsbegriff, გვ. 37 და passim)?

<sup>7</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 294.

<sup>8</sup> რაც არანაკლებ მიუღებელია ისეთი სისხლის სამართლისთვისაც, როგორც ფრანგულია, რომელსაც, ერთის მხრივ. „იდეოლოგიურად არასოდეს უკუუგდია სოციალური დაცვის ღონისძიებები“, მეორეს მხრივ კი, „დეზუმანიზებულია“ იურიდიულ პირთა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის გათვალისწინებით (იხ. ორივე ასპექტში J.-F. Dreuille, Le droit pénal de l'ennemi: éléments pour une discussion, Jurisprudence. Revue critique, Université de Savoie, 2012, გვ. 157 მ და passim).

ნიტიური მოლოდინი არ არსებობს“, ძვეს, ამ კონცეფციის მიხედვით, არსად სხვაგან, არამედ შემდეგში: „სხვაგვარად ის მოვალეობის დარღვევის მოუცემლობის გამო ვერ იქნებოდა დამნაშავე“<sup>1</sup>. თუმც სახეზე მოვალეობათა მატარებელია, მაგრამ არა მოვალეობათა „კომპეტენტური“ მატარებელი, და სწორედ ასევე თუმც მოიცემა დანაშაული, მაგრამ არა „დანაშაულის ორდინარული შემთხვევა“<sup>2</sup>. მოვალეობა და დელიქტი, სხვაგვარად, ვიდრე პერსონალურობა და ნორმის მოქმედება, შესაბამისად, „მტრის-სისხლისსამართლებრივად“, ასე ვთქვათ, „უსასრულოდ“ რელატივირებადი ერთეულებია. მაგრამ ეს რომ წრეწირის კვადრატულობაა, თვალსაჩინოა და გამოსავლის ძიება აბსტრაქტული ურთიერთობებისადმი შიშველი იმანენტურობის გაგებით ვერ მიიმართება.

„მტრის სისხლის სამართალი“ თავისი არსით აქაც ეწინააღმდეგება პრობლემის ჭეშმარიტად სოციალურ დასმას, რადგან „პრინციპული რენეგატის“ „კომუნიკაციის უუნარობა“ სწორედ ვერ საბუთდება<sup>3</sup>. მიზეზი, რომლის გამოც აქ არა მხოლოდ „საიმედოდ შეარცხვის-შესაძლებლობა“, არამედ იმავე ზომით „ორიენტირების უზრუნველყოფელი სახით ნორმის შესრულების მოლოდინის-შესაძლებლობა“<sup>4</sup> არის შესაძლებელი<sup>5</sup>, შემდეგში მდგომარეობს: *ადამიანი სოციალური არსებაა*. თუ თეზისი მართებულია - და თუ არა, მაშინ რას ეფუძნება საზოგადოება თავის უსასრულობაში? -, აქ „პერსონალური ქცევის მინიმალური კოგნიტიური გარანტიის“ ცნება, რომელიც „დეპერსონალიზებაზე“ ორიენტირებული, შორსმიმავალი კონსტრუქცია ვერ იქნება, რამეთუ ასეთ შემთხვევაში აქტუალური „მინიმალური გარანტია“ ნებისმიერ „ჯიუტ დამნაშავესთან“ მიმართებაში მეტნაკლებად პრეზუმირებადია, და ეს, თავის მხრივ, სწორედ იმას მოწმობს, რომ „მტრის სისხლის სამართალი“ ვერც ერთი ჭეშმარიტად სოციალური თვალთახედვის საპირწონედ გამოდგება. აქედან, უწინარეს ყოვლისა, გამომდინარეობს ის, რომ მონოტროპული დანაშაულობის სუბიექტი და „ზოგადად ანტისოციალური განწყობიდან“ რეზულტირებელი პოლიტროპული დანაშაულობის სუბიექტი, შესაბამისად, „ნაწილობრივ მტრად“ და „ტოტალურ მტრად“<sup>6</sup> ვერ აღიქმებიან.

საშიში დამანაშავე, რომელსაც სასჯელთან ერთად პრევენციული ღონისძიებაც შეეფარდება, არც „უუფლებო“ და არც „საშიში ინდივიდია“, როგორც ამის „კონსტატირებას“ „მტრის სისხლის სამართალი“ მეცადინეობს, ე. ი. თუ, ერთის მხრივ, საქმე ეხება სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტს, რომელიც არ არის დამოკიდე-

<sup>1</sup> Ibid., გვ. 293.

<sup>2</sup> Ibid., გვ. 292 და passim.

<sup>3</sup> შდრ. Sinn, Moderne Verbrechenverfolgung, გვ. 114.

<sup>4</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 297.

<sup>5</sup> იხ. აგრეთვე Bung, Zurechnen-Können, გვ. 320 მ.

<sup>6</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 293 მ.

ბული სახელმწიფოსა და მისი ორგანოების „სვიან“ გამჭრიახობაზე, არამედ საკუთარი უფლებები მოქმედებაში მოჰყავს (უკვე თანაფარდობის პრინციპიც სსკ-ის [გვრ] § 62 შესაბამისად იმავე გაგებით არის ჩამოყალიბებული), მეორეს მხრივ, მოვალეობებიც ასევე არ მდებარეობს სამართლებრივი ურთიერთობის მიღმა და „მტრის- სისხლისსამართლებრივ“ ნომინალიზამდე მათ პრევენციული პატიმრობა ვერავითარ შემთხვევაში ვერ დაიყვანს. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, უწინარეს ყოვლისა, მოვალეობათა მატარებელი, რომელიც მოვალეობის(-ათა) დარღვევისაგან უნდა შეკავდეს, ანუ „პოტენციური დამნაშავე“, გვსურს ჩვენ ეს თუ არა, არ არის „ინდივიდი“, რადგან მოვალეობა მის ცნებას არ ესადაგება, არამედ პიროვნების ცნებაზე მიუთითებს; ის, რომ, ამასთანავე, პოზიტიური სამართალი არც უმნიშვნელო აბსტრაქციას ეპოტინება, არამედ მოვალეობა და დელიქტი, უფრო ზუსტად: პერსონალურობა რომ ინტერაქციონისტულად რელევანტური შინაარსით დატვირთული რჩება, ასევე თვალსაჩინოა: თუ პრევენციული ღონისძიების ადრესატი დელინქირებს, მან სისხლისსამართლებრივად უნდა აგოს პასუხი.

იაკობსის მცდელობა, აქ პიროვნებები არაკომპეტენტური ინდივიდებით ჩაანაცვლოს, იმავდროულად, პიროვნების შესახებ *მისივე* თეორიის გადასახედიდან შემთხვევითად ვერ მიიჩნევა, არამედ ის არსებითად ნაყოფიერი იქაც კი არ არის, სადაც საქმე მხოლოდ სასჯელს ეხება. მკაცრად რომ ვთქვათ, სახეზეა იზოლირებულად ნორმიდან წარმომდგარი პერსონალურობა, რომელიც პიროვნების შესახებ ტრადიციულ, მხოლოდ ინსტრუმენტულ წარმოდგენასთან შედარებით თუმც მნიშვნელოვანი წინსვლაა, მაგრამ არც სასჯელი, რომელიც „ნორმის აქტუალური დამრღვევისკენ“ მიმართება, და არც მასთან ერთად „ნორმის პოტენციური დამრღვევისადმი“ მიმართული პრევენციული ღონისძიება ვლინდება უგამონაკლისოდ მხოლოდ „მართებულად მოტივირებულთა“ სამყაროში. შესაძლებელია ლავირება ანუ მზერის „საზოგადოების გარემოზე“ გადატანა. „ფორმალური პიროვნება“, „არანამდვილი პიროვნება“, „არაპიროვნება“ და ა. შ., ამასთანავე, ამა თუ იმ სახით პერსონალურობის ჭეშმარიტად სოციალურად უცხო წყვეტადობას ეფუძნება. შესაბამისად, პიროვნების იაკობსისეული ცნება თავისი არსით „ნორმის კონფორმული სამყაროს გეგმათა“ უნატიფეს ჰარმონიაზეა გათვლილი, რის საპირისპიროდაც ნამდვილი ყოფის დიალექტიკასთან ის არსებითად შეუთავსებელია.

დანაშაულის ჩამდენი პრევენციული ღონისძიების ადრესატის წინააღმდეგ საქმე რომ სისხლისსამართლებრივ რეაქციათა სისტემის მხოლოდ მეორე კვალთან გვექნდეს, ზ. ა. ასპექტთან მიმართებაში სხვაგვარი ვითარება იქნებოდა წარმოდგენილი. აქ საქმე გვექნებოდა „ინდივიდებთან“, ოღონდაც ასეთ შემთხვევაში მხოლოდ დელიქტი როდი იქნებოდა, სულ მცირე, უცნაური კონსტრუქტი, არამედ ვერც პრევენციული პატიმრობა იქნებოდა თავიდანვე თავის სუბსიდიარულობაში შესაძლებე-

ლი, რაც, მაშასადამე, ამოსავალ წერტილს ამხელს სწორედ როგორც აშკარა აბსტრაქციას. სხვა მხრივ, ძნელად თუ შევძლებთ ვამტკიცოთ, რომ თვით სასჯელი, როგორც ცალმხრივად-„კომინიკაციური“ „წინააღმდეგობა“ პოზიტიური ზოგადი პრევენციის ფარგლებში (ან მის ფარგლებს გარეთაც) „ინდივიდისა“ და „პიროვნების“ დიფერენცირების ნიმუშს წარმოადგენდეს, მაგრამ რაც, გაკვრით რომ შევნიშნოთ, მოცემულ ასპექტში ანუ სასჯელის „მნიშვნელობის ასპექტთან“ მიმართებაში იაკობსის მიხედვით ასეც უნდა ყოფილიყო<sup>1</sup>.

მაშასადამე, „მტრის სისხლის სამართლის“ „*inimicus*-ის“ მაგალითზე, უწინარეს ყოვლისა, საქმე არ ეხება არც სისხლის სამართლის პრევენციული პატიმრობის სუბიექტს, რომელიც სამართალდარღვევებისაგან უნდა შეკავდეს, არც ომის ტყვეს ომის სამართლის მიხედვით, რომელიც, თავის მხრივ, უკვე იმისგან უნდა შეკავდეს, რაც მას, როგორც მტერს, თუმცაღა, „ხელეწიფება“. ამასთანავე, „დათმობა“, თითქოს საქმე არ ეხებოდეს „სხვას“ (მაგალითად, როგორც „*hostis*-ს“)<sup>2</sup>, სადაც საუბარია „საზოგადოებიდან ექსმიტირებულებზე“, ამო ცრემლია. ვისაც, როგორც ასეთსაც, არ უნდა გულისხმობდეს „მტრის სისხლის სამართალი“, ყოველ შემთხვევაში, ის, ვისაც ის ქმნის, სისხლისსამართლებრივად არც არსებობს და არც კონსტრუირებადია. „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ ჭიდილი სრული თავისთავადობისთვის, რომ „დანაშაულები მაშინაც რჩება დანაშაულებად, როდესაც ისინი რადიკალური მიზნებითა და დიდრონ სტილში ჩაიდინება“<sup>3</sup>, ამას ნებისმიერ შემთხვევაში ნათელს ჰფენს. „მტერს“ სისხლისსამართლებრივი ბრალი მიეწერება<sup>4</sup>, რის საპირისპიროდაც ის სასჯელის ადრესატად არ განიხილება. მაგრამ „დანაშაულის“ ასეთი „სუბიექტი“ შეიძლება არსებობდეს მხოლოდ ფიქტიურის სფეროში, რამეთუ სისხლისსამართლებრივი ბრალუნარიანობა *სისხლისსამართლებრივი* ურთიერთობის მიღმა არ წარმოიქმნება, უფრო მეტიც: პასუხისმგებლობის უუნაროთა ბრალუნარიანობა ვერასოდეს იქნებოდა პერსპექტიული პოსტულირება. თუ მეტი სიზუსტით დავაკვირდით, რასთან გვაქვს კონტექსტუალურად საქმე<sup>5</sup>, ანუ თუ როგორ უჩუმრად გარდაისახება „ბრალეული მტერი“ „ბრალეულ პიროვნებად“, რომელიც უკვე სისხლისსამართლებრივად პასუხისმგებელია, ძნელად თუ შევძლებთ გავერკვეთ იმაში, თუ კვლავაც რატომ უნდა ვეჭიდებოდეთ „მტრის“ ზედმეტ ცნებას. ეს, თავის მხრივ, მთელი სიცხადით იმაზე მიგვითითებს, რომ „შერეულ ტიპებთან“<sup>6</sup> მიმარ-

<sup>1</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 88.

<sup>2</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 294.

<sup>3</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 92.

<sup>4</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 294.

<sup>5</sup> შდრ. A. Hannachi, La théorie du droit pénal de l'ennemi, 2015, <http://hannachiahlemlaw.canalblog.com/archives/2015/06/07/32178015.html>, I/B, რომლის მიხედვითაც განსახილველ კონცეფციაში “მტერი ისჯება თავისი საშიშროებისათვის და არა თავისი ბრალეულობისთვის”.

<sup>6</sup> Ibid., გვ. 293.



თემაში სახეზე უპირატესად მშრალი ცუცვანგია. თუ ამოვალთ იქიდან, რომ დამნაშავის წინააღმდეგ, რომელიც „საერთო-კანონიერ მდგომარეობაში“ არ თანამონაწილეობს“, მხოლოდ და მხოლოდ „სასჯელთან ერთად პრევენციულად პრევენციულად უნდა ვიმოქმედოთ“<sup>1</sup>, ეს „მტრის სისხლის სამართლის“ არსს<sup>2</sup> ნაკლებად მიესადაგება, არამედ მის ძირეულ წარმოდგენებს სწორედ „ამკრთალებს“. მაგრამ მათ განსახილველი კონცეფცია არ თმობს, არამედ მიმართავს დუალიზებას: „მტრის“ წინააღმდეგ უნდა ვიმოქმედოთ არა მხოლოდ „სასჯელთან ერთად“, არამედ აგრეთვე „დანაშაულამდე“ პრევენციულად<sup>3</sup>. კერძოდ კი, ამ უკანასკნელი თვალსაზრისით, საქმე ეხება სისხლისსამართლებრივად არაიდენტიფიცირებად „საფრთხეებს“, რა დროსაც პოლარიზებული „მტრის-სისხლისსამართლებრივი“ რელატივიზების გათვალისწინებით ღია რჩება, თუ რომელი გორდიანის კვანძის გახსნას ესწრაფვის „მტრის სისხლის სამართალი“ და უდანაშაულობის პრეზუმფციაც, თუ მოცემული პრინციპის წმინდად ტექნიკურად რედუცირებულ სახეს არ ვიგულისხმებთ, მნიშვნელოვნად ირყევა<sup>4</sup>. იგივე ილუსტრაციულად: ღამით საკუთარი სახლის ჩაკეტვასა<sup>5</sup> და პოტენციურ დამნაშავეებზე ნადირობას შორის გადის ზღვარი, რომელიც განასხვავებს უსაფრთხოების უფლებას სამართლებრივი სახელმწიფოსა და უმართლო სახელმწიფოს თვალსაზრისით.

მაგრამ, ამასთანავე, „მტრის სისხლის სამართალი“ უკვე თავისავე შინაგან წინააღმდეგობრიობას სრულად ეწირება. ვისაც საკუთარ ქმედებათა არავითარი ზომით ექსტერნალიზება არ უნდა „ხელეწიფებოდეს“, ე. ი. ყოველგვარ განხორციელებულ ქმედებამდე უნდა აღიქმებოდეს არა როგორც „მოქალაქე“, არამედ როგორც „მტერი“, განხორციელებული ქმედების შემდეგ ვერც ერთი უსაგნო ფორმულის ძალით ვერ აღიქმება როგორც პასუხისმგებელი ანუ როგორც „მოქალაქე“, რომელსაც სასჯელით უნდა „შევეწინააღმდეგოთ“ და მხოლოდ პარალელურად განვსაზღვროთ როგორც „მტერი“, რომელსაც პრევენციული პატიმრობა ეფარდება. თუმც ეს ჯერ კიდევ ქცევის თავისუფლებისა და შედეგების გამო პასუხისმგებლობის იაკობ-სისეული სინალაგმიდან თვალნათლივ ამოიკითხება, რადგან შედეგების გამო პასუხისმგებლობა სწორედ მხოლოდ როგორც ქცევის თავისუფლების საფასური შეიძლება იყოს თემატიზებადი<sup>6</sup> და იმავე თვალსაზრისით, უწინარეს ყოვლისა: „უუფლებო მოვალეობათა მატარებელი“, როგორც „მტრის სისხლის სამართლის“ ცენტრალური თავისებურება<sup>7</sup>, მაშასადამე, თეორიულად, მიუხედავად ნებისმიერი

<sup>1</sup> Ibid., გვ. 294.

<sup>2</sup> ob. Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 90.

<sup>3</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 294.

<sup>4</sup> Bielefeldt, Folterverbot, გვ. 10.

<sup>5</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 292.

<sup>6</sup> გვ. Jakobs, Tun und Unterlassen, 1996, 19 მმ.

<sup>7</sup> გვ. Jakobs, Feindstrafrecht, გვ. 293.

ძალისხმევისა, ასევე ვერ გამყარდება<sup>1</sup>. ეს უფრო ზუსტად იმაზე მეტყველებს, რომ „არაპროვინება“ ანუ „მტერი“, ს. შ., მეტისმეტად ხელოვნურ ცნებას წარმოადგენს.

თავისუფლებისმოყვარე საზოგადოებაში უსაფრთხოების უფლებას წმინდად ინსტრუმენტულად ვერსაოდეს მივუდგებით. სადაც „მტრის სისხლის სამართლის“ „სუბიექტს“ „უუფლებო ინდივიდი“ ეწოდება, განსაზღვრებისამებრ არ დაიშვება იმაზე საუბარი, რომ „მტრის სისხლის სამართალი“ „მტრებთან“ ბრძოლისას ჭეშმარიტად სამართლებრივად ზღუდავს. თუ ის „ბუნებასთან“ მიმართებაში ესწრაფვის შეზღუდვას, მაშინ ადამიანის ღირსების ხელშეუხებლობა ქარწყლდება და, გარდა ამისა: „საფრთხეთა წინააღმდეგ ბრძოლასთან“ აქ „უუფლებო არაპროვინების“ ცნებაზე გადართვას in abstracto-ც არაფერი აქვს საერთო. ამრიგად, „დეპერსონალიზება“ „მტრის სისხლის სამართალში“ არა მხოლოდ „უსაფრთხოების“ სახელით წარმოებს, არამედ ოდნავ უფრო ღრმა დაკვირვების შედეგად იკვეთება აგრეთვე როგორც თვითმიზანი. სუბიექტი არაერთგან იღრევა სანივთო სამართლის საგნებში, ე. ი. „საზოგადოებას“, რომლისთვისაც ექსკლუდირება დასაშვებია, სწორედ ვერ მივყავართ მართლწესრიგამდე და რაც არანაკლებ მნიშვნელოვანია, უდანაშაულობის პრეზუმფციაც, სამართლებრივი სახელმწიფოს თვალსაზრისით, შეუცვლელი პრინციპია. სხვა სიტყვებით: „მტრის სისხლის სამართალი“ საბოლოო ჯამში ნაკლებად უპირისპირდება თავისუფალი საზოგადოების „პრინციპულ მეტოქეებს“, არამედ ვლინდება სწორედ როგორც კონტრპროდუქტიული: უარყოფს სამართლებრივი სახელმწიფოს, როგორც სამართლებრივი სახელმწიფოს, იდეას, კერძოდ კი, შეუქცევადად. მაშასადამე, (კვაზი-)სოციალურის „დეპერსონალიზებაზე“ ორიენტირებული სამყარო არამც და არამც არ წარმოადგენს სამყაროს მანუგეშებელ მონახაზს. თუმცაღა არანაკლებ არსებითია ისიც, რომ სამართლებრივ სახელმწიფოში „მტრის სისხლის სამართლის“ ნებისმიერი სხვა ვერსიაც ex aequo არაპრაქტიცირებადია.

<sup>1</sup> შდრ. Bung, Zurechnen-Können, გვ. 320.

## სისხლის სამართალი

### სტრატეგიული განვითარების პროგრამა

- I. **იურიდიულ პირთა პასუხისმგებლობა.** თანამედროვე ქართული სისხლის სამართალი უარყოფს ინდივიდუალური ბრალისა და ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის იდეას. დანაშაულის სისტემის კოლექტიურად განხორციელებად სეგმენტს აქამდე მხოლოდ უმართლობა წარმოადგენდა, რომელსაც სისხლისსამართლებრივად მარტოოდენ პრევენციული ღონისძიებები უკავშირდება. განსახილველი ცვლილება (რომელიც საკმაო ხანია მიღებულია ფრანგულ სისხლის სამართალის თეორიასა და პრაქტიკაში და რომელმაც გერმანულ სისხლის სამართლის დოქტრინაში ე. წ. ადმინისტრაციული სისხლის სამართლიდან ბირთვულ სისხლის სამართალში ვერ გადაინაცვლა) ძირეული ცვლილებაა. დანაშაულის სუბიექტის ამგვარი ტრანსფორმაცია ცალსახად მოითხოვს ბრალის, დანაშაულისა და სასჯელის ცნებათა კარდინალურ ტრანსფორმაციას. ცხადია, სისხლის სამართალში ამოსავალი სამართლებრივი სიკეთეა, სისხლისსამართლებრივად დაცული კონკრეტული ინტერესი და ამ მხრივ, აქ (ვინ ან მოცემულ შემთხვევაში რა „ხელყოფს“ უფლებასა თუ თავისუფლებას და ვინ ან რა „აგებს პასუხს“, უხილავი რჩება) კატეგორიალურად არც არაფერი გარდასახულა. უფრო მეტიც, იურიდიულ პირთა პასუხისმგებლობა სისხლისსამართლებრივი ჯარიმის კვანტიტატური ოპტიმიზაციის მეტად ხელსაყრელ პირობებსაც ქმნის, მაგრამ საკითხავია, თუ რამდენად სამართლიანად, რამეთუ ინდივიდუალური ბრალის იდეის უარყოფა თავის აუცილებელ წინაპირობად არაბრალეულ პირთა დასჯას მოიცავს. ამიტომაც ბეკარიას ინდივიდუალიზაციის პრინციპის თეორიული უკუგდება ტექნიკურად შეუძლებელია.
- II. **საპროცესო შეთანხმების ლიბერალიზაცია.** საპროცესო შეთანხმება კანონმდებლის მიერ მოიაზრება როგორც სისხლის სამართლის პოლიტიკის შერბილების ინსტრუმენტი, არაერთი აპრობირებული ფუძემდებლური პრინციპისაგან აბსტრაქტიზების ხარჯზე (საჯარო პროცესის აღმზრდელობითობა, სრულყოფილი სტატისტიკის მნიშვნელობა და სხვა). თუმცა დამკვიდრებიდან დღემდე ის ამ თვისებას ვერც ყველა კონტექსტუალურად იზოლირებულ ცალკეულ შემთხვევაში ინარჩუნებს და ვერც, მით უფრო, ინდუქციურად. ჯერ ერთი, საპროცესო შეთანხმება მომგებიან მდგომარეობაში აყენებს ბრალდების მხარეს იმის გამო, რომ დაცვის მხარისთვის პროცესუალური

ალტერნატივა ხშირად შეიძლება აღმოჩნდეს გადაულახავად სარისკო. მეორეც, სისხლის სამართალი ორკვალიანი შედეგის სისტემაა და რეპრესიაში რეპრესიულობის შემცირება (მაგ., თავისუფლების აღკვეთის გამორიცხვა გარიგებით მოცული თანხის სასარგებლოდ) ვერ გამოდგება პრევენციულ ღონისძიებათა გამორიცხვის საპირწონედ. მოცემული ინსტიტუტი, მისი გამოყენების სიხშირის გათვალისწინებით<sup>1</sup> და კონცეპტუალური ლეგიტიმაციის თვალსაზრისით, სულ მცირე, მოითხოვს დახვეწას: *პირობითი მსჯავრის პრინციპებზე აგებული პირობითი საპროცესო ჯარიმის პრაქტიკის დაშვების სახით.*

- III. ევთანაზიის დასჯადობა - წამების ლეგალიზაცია?** ა) მომაკვდავი პირისთვის სიცოცხლის მოსპობა, რომელიც სიკვდილისწინა გაუსაძლისი ტკივილები-საგან თავის დაღწევის მიზნით მისთვის სიცოცხლის მოსპობას მოითხოვს, მოქმედი კანონმდებლობით დასჯადია. ბ) დასავლეთევროპული სამართლებრივი აზრი სტაბილურად უახლოვდება დასკვნას, რომ აქ დასჯადობის საფუძველი არ არსებობს. გ) ჩემის აზრით, განსახილველ შემთხვევაში დასჯადობის საფუძველი არსებობს, ოღონდაც შებრუნებული სახით, კერძოდ კი, წამებისთვის უმოქმედობით, იმისდა მიუხედავად, სახეზეა გარანტიის როლი თუ არა (სადისკუსიო ალტერნატივა: არაადამიანური მოპყრობა).
- IV. პოზიტიური ვიქტიმოლოგია.** სისხლისსამართლებრივი რეფორმის შედეგად მოქმედ სისხლის სამართლის კოდექსში უფრო ვრცლად და ინტენსიურად არის ასახული ვიქტიმოლოგიური მიღწევები, რაც მისასაღმებელია. ამავე დროს, ეს მხოლოდ ნეგატიური ვიქტიმოლოგიაა, რომელიც დელიქტური ქცევის პროვოცირებას ებრძვის. ჩემი დაინტერესების საგანს განსახილველ შემთხვევაში უფრო მასშტაბური ასპექტი წარმოადგენს. სისხლის სამართლის მომავალი მე მესახება როგორც *პოზიტიური ვიქტიმოლოგიის სარბიელი*, რომლის ფარგლებშიც *სისხლის სამართლის უმთავრეს ამოცანას წარმოადგენს არა დასჯა, არამედ დანაშაულის მსხვერპლის დარღვეული უფლებების მაქსიმალურად ეფექტური აღდგენა, ყოველ ცალკეულ შემთხვევაში მორალური ზიანის გონივრული ანაზღაურების ჩათვლით.*
- V. ა) რეციდივი და ქმედებით დაფუძნებული სისხლის სამართალი.** რეციდივი დანაშაულის სუბიექტის საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხს განსაზღვრავს, მაგრამ არა საკუთრივ დელიქტური ქცევისა. თანამედროვე პროგრამა სუბიექტით დაფუძნებულ სისხლის სამართალსა და ქმედებით დაფუძნებულ სისხლის სამართალს შორის არჩევანს პრინციპულად უკანასკნელის სასარგებლოდ აკეთებს. აქედან გამომდინარე, *რეციდივი, როგორც პასუხის-*

<sup>1</sup> ამასთანავე, ამერიკულ სინამდვილეში, საიდანაც ის წარმოსდგება, საპროცესო შეთანხმება ბუნებრივი სტატისტიკის ნიადაგზე გავრცელდა, ჩვენთან ვრცელდება მეტწილად ხელოვნურად.

მგებლობის დამამძიმებელი გარემოება, თეორიულად ვერ საბუთდება. შესაბამისად, ქმედებით მოუცველი საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხობრივი სხვაობის გასანეიტრალებლად სისტემა უნდა გადაერთოს სისხლისსამართლებრივი რეაქციის მეორე კვალზე – პრევენციულ ღონისძიებებზე.

**ბ) მცდელობის დეპენალიზაცია.** იმავე ჭრილშია განსახილველი მცდელობის პრობლემაც. ნაპოლეონის კოდექსში მცდელობის დასჯადობის აბსოლუტურობა სისხლის სამართლის ფუძემდებლურ პრინციპთა უგულვებელყოფის ხარჯზე განხორციელდა, საიდანაც მოკიდებული დღემდე ის ასეთად ანუ აბსოლუტურად დასჯადად წარმოგვიდგება. დანაშაულის მცდელობა განსაზღვრებისამებრ დანაშაულს არ წარმოადგენს და შესაბამისად, მასზე სისხლისსამართლებრივი სასჯელის სახით რეაგირება დაუშვებელია: *nulla poena sine crimine*. მაშასადამე, ქმედების სუბიექტის ქმედებით მოუცველი საზოგადოებრივი საშიშროების გასანეიტრალებლად სისტემა აქაც უნდა გადაერთოს სისხლისსამართლებრივი რეაქციის მეორე კვალზე – პრევენციულ ღონისძიებებზე.

**გ) Punitur quia peccatum est.** რეტრიბუციური თვალთახედვის ამოსავალი მომენტი ქმედებაა, პრევენციულისა – სუბიექტი. ის, *თუ რამდენად ლოგიკურია ქმედებაზე ორიენტირებულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში სუბიექტზე ორიენტირებული სასჯელის თეორიები დომინირებდეს*, მეტად დამაფიქრებელი დისონანსია. არსებითად განსხვავებულ ვითარებასთან გვაქვს საქმე მართლმსაჯულების სფეროში, სადაც, მაგ., დანაშაულის სუბიექტის პიროვნების საშიშროების ხარისხი „მხოლოდ უმცირეს შემთხვევებში“ ამკაცრებს სასჯელს, გაბატონებული სასამართლო დოქტრინა კი ამას დაუშვებლად მიიჩნევს (Emiliano Borja Jiménez, Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena, Revista Nuevo Foro Penal, Vol. 12, No. 87, Julio-Diciembre 2016, Universidad EAFIT, Medellín, გვ. 120 მ და passim). აღსანიშნავია, რომ თვით ფოიერბახიც კი პირველადი პრევენციული ბარიერის გადალხვისას *მხოლოდ* რეტრიბუციურობაზე საუბრობს.

**VI. კომპოზიტური განზრახვა vs. საქართველოსა და რუსეთის სსკ.** ერთის მხრივ, სისხლისსამართლებრივი რეფორმის შედეგად (1999-2001) ქართველმა კანონმდებელმა პირდაპირი განზრახვის ცნება საკუთარ სისხლის სამართლის თეორიაში თითქმის ორი ათეული წლის წინ განვითარებულ თვალსაზრისზე დაყრდნობით (ხორნაბუჯელი, 1981) ინტელექტუალურ კომპონენტამდე დაიყვანა: პირს არ სურს მართლსაწინააღმდეგო შედეგი, მაგრამ ითვალისწინებს მისი დადგომის აუცილებლობას - II(?) ხარისხის პირდაპირი განზრახვა. მეორეს მხრივ, მოახდინა რამოდენიმე წლით ადრე რუსი კანონმდებლის მიერ (1996) ირიბი განზრახვის ინტელექტუალური სეგმენტისა და

პირდაპირი განზრახვის ნებელობითი სეგმენტის კომბინირებით წარმოქმნილი ბრალეული ქცევის ახალი სახის რეცეფცია, როდესაც პირს სურს მართლ-საწინააღმდეგო შედეგი, მაგრამ ითვალისწინებს მისი დადგომის შესაძლებლობას – I ხარისხის პირდაპირი განზრახვა. ნულოვანი წლების მიჯნაზე უკანასკნელი კონსტრუქცია მე თეორიულად მიზანშეუწონლად მივიჩნე, დამამძიმებელი ხასიათის გამო, მაგრამ ეს დოგმატური კონტექსტის მიღმა – ალბათ – მხოლოდ ფორმალური დამამძიმებაა. ამიტომ, ვფიქრობ, სასურველია კომპოზიტური განზრახვის ცნება (კუტალია, 1998) იდენტურად დაუპირის-პირდეს ქართულ და რუსულ ლეგისლაციურ სინამდვილეს.

**VII. პირველადი ზოგადი პრევენცია.** ფოიერბახის ფსიქოლოგიური იძულების თეორია არსებითად უსაფუძვლო კრიტიკის საგანია. პრიორიტეტულად მტკიცება იმისა, თითქოს სისხლის სამართალი ყალიბდებოდეს საზოგადოებაში იმ განზრახვით, რომ პირი უკვე განხორციელებული დანაშაულისთვის დაგ-საჯოთ – რეპრესიულად თუ შემდგომი სპეციალურ- ან ზოგადპრევენციული მიზნით, ალოგიზმია. ამას ვერ იგუებს სისხლის სამართალი ვერც დეფინიციურად ან კატეგორიულად, ვერც ნორმატიულად ან ფუნქციონალურად. დიახ, თავის დროზე ჯალათის ინსტიტუტის შემოღებაც სისხლის-სამართლებრივი აზრის დიდი მონაპოვარი იყო (რადგან ერთი დარტყმით ყველას როდი შეეძლო თავის მოკვება) და კენისთან მოტანილ მაგალითშიც კატასტროფით გზააბნეული მეზღვაურები ნაპირზე აღმართულ სახრჩობელას აღტაცებით აღიქვამდნენ როგორც ცივილიზებულობის ნიშანს. მაგრამ მტკიცება იმისა, რომ დასჯის მოწესრიგება უფრო მნიშვნელოვანი იყოს, ვიდრე დანაშაულის თავიდან აცილება, რბილად რომ გავიმეოროთ, უზუსტობაა. ამრიგად, ბრალის გაბათილება თუ მეორადი პრევენცია, როგორც თანამედროვე სისხლის სამართლის ცენტრალური დილემა, მეორეხარისხოვანი საკითხია, *მთავარი კი ყოვლად წინმსწრები ზოგადი პრევენციაა.*

**VIII. ობიექტივიზმი და სუბიექტივიზმი.** დანაშაულის სუბიექტი სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტია და დელიქტური ქცევის გამოვლინების ექსკლუზიური სფეროც სამართლებრივი ურთიერთობაა, *დარღვეული უფლებებისა და დარღვეული მოვალეობის სახით.* ამავე დროს, ჯერ ერთი, მატერი-ალურად მოვალეობის დარღვევა უფლების ხელყოფის არარსებობის პირობებში არაფერს ნიშნავს (მაგ., უვარგისი, არარეალური მცდელობა). მეორეც, პროცესუალურადაც ამოსავალი ეს უკანასკნელი მომენტია. მაგრამ მესამე და მთავარი, აქამდე უმახვილო მომენტი: მოვალეობის ადრესატს დეზავუირებული მოვალეობის გამო *სასჯელი ეფარდება*, ე. ი., სამართლებრივი გაგებით, მიეყენება „იგივე“ ზიანი, რა ზიანიც მან უფლების დარღვევით გამოიწვია. ამიტომაც მეტი სიფრთხილე გვმართებს! შესაბამისად, დანაშაულის სისტემაში ობიექტურ და სუბიექტურ ასპექტთა ანუ უფლების დარღვევისა

და მოვალეობის დარღვევის არაეკვივალენტური აქცენტირების თეორიული დეტერმინანტი არ არსებობს.<sup>1</sup>

**IX. ცნება, მოძღვრება, თეორია.** ა) ის, რომ სისტემატიკურად ვერც უმართლობის შესაბამისი და ვერც ბრალეული „ქმედება“ იარსებებს, არამედ მხოლოდ ქმედების უმართლობის შესაბამისი და ბრალეული შემადგენელი ნაწილები, გვიმხელს ქმედების სისხლისსამართლებრივი ცნების სპეციფიკურ ამოცანას, რომელიც *დანაშაულს* თავის კომპლექსურობაში აყალიბებს როგორც პასუხისმგებლობის *გენერიულ* საფუძველს სისხლის სამართალში. ვერტიკალურად განლაგებული დანაშაულის ნიშნების თვალსაწიერი აგებულებით-ტექნიკური ფუნქციონალიზმის თვალსაწიერია და დანაშაულის ცნების ფუნქციაზე ინსტიტუციონალურად კომპეტენტური ინტერაქციის ფარგლებში ის არაფრის მეტყველია. რაც, ამის საპირისპიროდ, ჭეშმარიტად ფუნქციონალური კონცეფციიდან გამომდინარეობს, არის მხოლოდ და მხოლოდ *დანაშაულის პეტერარქიული ანუ პოლიცენტრიული სისტემა*. ბ) ქმედების ინტერპერსონალური მოძღვრების, როგორც ქმედების ფუნქციონალური მოძღვრების, ფარგლებში სისხლისსამართლებრივი ქმედება *ინტერპერსონალურობის პროგრესია*. გ) სისხლის სამართლის პროცესი და სასჯელაღსრულებითი სამართალი არ არის სტადიალური რგოლი მატერიალური სისხლის სამართლის სეგმენტურ სფეროებს შორის, რომლებიც განხორციელებულ ფაქტამდე და აღსრულებული სასჯელის შემდგომ შეიძლებოდა აღმოგვეჩინა. სასჯელის შეფარდება და აღსრულება კი არ ჰყოფს მატერიალურსამართლებრივ ურთიერთობას, არამედ ამ უკანასკნელით არის მოცული, *მისი (მატერიალური სისხლის სამართლის) განხორციელების ფორმა*: საქმე ეხება სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ზოგად განგრძობადობას. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, *განგრძობადობის თეორიის არსი სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის უსასრულობაში ძევს*.

**X. კონტინენტური დოქტრინის მარგალიტი.** დაბოლოს, რა დროსაც უახლეს კონტინენტურ სამართალს ძირითადი მახვილი სუბტილურ სოციოლოგიურ და ფილოსოფიურ ნიუანსებზე გადააქვს, ფორმალური ლოგიკისა და სოციალური ფსიქოლოგიის დართვითა თუ გამორიცხვით, ჩნდება დანაშაულის ცნება, რომელიც ორიოდ პროცესუალურ დეტალზე დაყრდნობით, შეიძლება ითქვას, ლიდერობს სივრცესა და დროში: დანაშაული „სასამართლოს მიერ სისხლის სამართლის კანონის მატერიალურ ან (? – ლ.-გ. კ.) პროცესუალურ სამართალთან შესაბამისობაში აღიარებული დარღვევაა, როდესაც სასამართლო მიზანშეწონილად მიიჩნევს შეუფარდოს დამრღვევს პასუხისმგებლობის სპეციფიკური ზომები, რომლებიც დასაშვებია მხოლოდ პი-

<sup>1</sup> არსი: სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფა →← ნორმის საწინააღმდეგობა; *ჯერარსი*: უფლების დარღვევა ↔ მოვალეობის დარღვევა.

რის დამნაშავედ აღიარების პრობლემაში“ (С. Пашин, Понимание преступления, 2000, გვ. 87). თეორიულად ბევრგან, მაგრამ შედეგების მიხედვით განგრძობადობის თეორია, რომლის შექმნასაც მე ერთი ათეული წელი სრულად შევალიე, პაშინის ამ თვალთახედვას ერთადერთი ნაბიჯით უსწრებს: აღსრულებული სასჯელის სისტემატიკური ინტეგრალურობით.



## სასჯელი

### I

#### რეტროსპექტიული კონცეფციები (სასჯელის „აბსოლუტური“ თეორიები)

#### 1. ტალიონის პრინციპი კანტთან

##### ა. შესავალი: დანაშაული როგორც დახვეწილი ბოროტება

კანტი: “მაშინაც კი, სამოქალაქო საზოგადოება ყველა წევრის თანხმობით რომ იმ-  
ლებოდეს (მაგ., კუნძულზე დასახლებულმა ხალხმა რომ გადაწყვიტოს მისი სხვა-  
დასხვა მიმართულებით დატოვება და მთელს მსოფლიოში მიმოფანტვა), ციხეში  
მყოფი უკანასკნელი მკვლეელი სიკვდილით უნდა დაისაჯოს, რათა თითოეულს  
მიეზღოს ის, რის ღირსიც თავისი ქმედებების გამო არის და სისხლის მიზეზი არ  
იტვირთოს ხალხმა, რომელმაც ეს დასჯა არ მოიწადინა (...)”<sup>1</sup>. ამის შედეგად კანტი  
მიიჩნევა სასჯელის „აბსოლუტური“ თეორიის მთავარ წარმომადგენლად<sup>2</sup> და  
სასჯელს, აცლის რა პრევენციულ თუ ნებისმიერ სხვა „უტილიტარულ“ გარსს,<sup>3</sup>  
*სამართლიანობის მოთხოვნად* აღიქვამს<sup>4</sup>. აღსანიშნავია, რომ კანტის თვალთახედ-  
ვა, უწინარეს ყოვლისა, პრინციპულად შეუთავსებელია „დანაშაულისა და სასჯე-  
ლის თანამედროვე ეკონომიკურ ანალიზთან“<sup>5</sup>, შეიძლება ითქვას, სახეზეა ურთი-  
ერთსაპირისპირო უკიდურესობები. მაგრამ განსახილველ კონტექსტში მთავარი  
სხვა რამ არის. ზემოწარმოდგენილ „კუნძულის მაგალითში“ კანტთან *jus talionis*  
წარმოდგენილია პირდაპირი თეოლოგიური გაგებით: მკვლელობა - სიკვდილით  
დასჯა, ანუ იმგვარად, რაგვარადაც ტალიონის პრინციპი მოიცემა ძველ აღთქმაში:  
თვალი თვალის წილ, კბილი კბილის წილ. იმთავითვე შევნიშნავთ, რომ ამ თეოლო-  
გიური დოგმის კანტისეული პოზიტივიზირების მცდელობას<sup>6</sup> - ირიბ მცდელობას,

<sup>1</sup> Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, in: Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900 მმ, ტ. VI, გვ. 333.

<sup>2</sup> Andreas Mosbacher, *Kants präventive Straftheorie*, in: ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy), Vol. 90, No. 2 (2004), გვ. 210.

<sup>3</sup> განსხვავებით, მაგ., პლატონისა თუ სენეკასგან, რომლებიც რომის ქალაქ-სახელმწიფოსთვის სამა-  
გიეროს მიზღვის იდეას დაუსაბუთებლად რაცხდნენ (Axel Montenbruck, *Deutsche Straftheorie, Ein  
Lehrbuch*, 2. ergänzte Auflage, Open Access der Freien Universität Berlin, 2017/18, გვ. 30).

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> B. Sharon Byrd, *Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution*, in: *Law  
and Philosophy*, Vol. 8, No. 2 (Aug., 1989), გვ. 151.

<sup>6</sup> პოზიტივიზირებული ის, ცხადია, ადრეც იყო, კერძოდ კი, ძველ ებრაულ სამართალში (იხ. შედარე-  
ბებისთვის Morris J. Fish, *An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment*, In: *Ox-  
ford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, No. 1[2008], გვ. 57 მმ).

ლეგალურობისა და მორალურობის კანტისეული დიფერენცირების გათვალისწინებით - ჩვენ აქ არც ვიქტიმურ ქცევასთან და არც სხვა რომელიმე დამხმარე თუ გამონაკლისების სიბრტყეზე მდებარე ასპექტთან ვაპირებთ დაპირისპირებას; უფრო მეტიც, კანტისეულ სამართლებრივ-ფილოსოფიურ თეოლოგიასა და დანაშაულის სისტემის თანამედროვე თელეოლოგიას შორის ზემომითითებული დისონანსურობაც ცალსახად მეორეხარისხოვანია, არამედ სასჯელი ჩვენი დაინტერესების საგანს მოცემულ ჭრილში წარმოადგენს როგორც რეაქცია დანაშაულზე, როგორც დახვეწილ უმართლობაზე (*დახვეწილ ბოროტებაზე*). თუ ამ ფუნდამენტური თვალთახედვის ბირთვი მართებულია, ყოველივე დანარჩენი სისხლისსამართლებრივი დიდაქტიკის საკითხია.

### ბ. თეორიული მდგრადობა

სისხლის სამართალი, რომელიც კანტის „კუნძულის მაგალითზე“ სიკვდილმისჯილთა შეწყალების ან თუნდაც ამნისტირების ნაცვლად არჩევანს სასჯელის აღსრულებაზე აკეთებს, ერთი შეხედვით, განსაზღვრებისამებრ მეტასოციალური სისხლის სამართალია.<sup>1</sup> სახელმწიფო და სამართალი, ამრიგად, კანტთან ვერ იქნებოდა სოციალური ფენომენები, სამართლებრივი და მათ შორის სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა - საზოგადოებრივი ურთიერთობის ნაირსახეობა. სოციალურად დაფუძნებული სახელმწიფოს და/ან სამართლის ლეგიტიმურობის წყარო საზოგადოების სტაბილური ფუნქციონირებაა. აქედან გამომდინარე, სასჯელის აღსრულება სოციუმის, როგორც ასეთის, აღსრულების პარალელურად ლოგიკურად ვერ მოიაზრება, მაგალითად, სოციალური სამართლიანობის მოთხოვნად. თუმცა ეს ყოველივე მხოლოდ ერთი შეხედვით. სინამდვილეში კი სისხლისსამართლებრივი რეაქციის დასაბუთება ასეთ შემთხვევაში სულაც არ მოითხოვს, გადავეშვათ თეოკრატიულობის ან ტოტალიტარული ზნეობრიობის მორევში, არამედ სასჯელის საფუძველი ამჯერადაც თვით სოციალურობის ფარგლებში ადვილად მოიძიება. სამართლებრივად ორგანიზებული საზოგადოება *ვალდებულია დაზარალებულის წინაშე* დანაშაულს სასჯელით უპასუხოს. საჯარო ბრალდების დელიქტებთან მიმართებაში ეს ვალდებულება, მართალია, ერთგვარად უჩინარია, რამეთუ დაზარალებულთა მხრიდან სისხლისსამართლებრივ დევნაზე უარი ამავე დევნას ვერ გამორიცხავს, მაგრამ ასევე თვალსაჩინოა ისიც, რომ დაზარალებულს ხელეწიფება მოსთხოვოს სახელმწიფოს პოტენციური დამნაშავის პროცესუალური დევნა და, მაშასადამე, სახელმწიფო, თავის მხრივ, საჯარო ბრალდების ფარგლებში არა მხო-

<sup>1</sup> იხ., ამასთანავე, კანტთან პირველადი ზოგადი პრვენციის თემატიკებისადმი სიკვდილით დასჯის მაგალითზე Tatjana Hörnle, Strafrecht, in: Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, IVR (Deutsche Sektion) und Deutsche Gesellschaft für Philosophie, 2011, აბზ. 9.

ლოდ და არა უბრალოდ უფლებამოსილია განახორციელოს სისხლისსამართლებრივი დევნა, არამედ ვალდებულია დევნოს ბოროტმოქმედი სისხლისსამართლებრივად. შესაბამისად, ინსტიტუციონალურ დონეზე ანუ დაზარალებულის სტატუსის გათვალისწინებით კანტის პოსტულატი თეორიულ მდგრადობას მოკლებული არ არის.

### გ. დამნაშავის თვალი = მსხვერპლის თვალი?

1532 წელს ამოქმედებული პირველი (ზოგადი: მატერიალურ-ფორმალური) გერმანული სისხლის სამართლის კოდექსი „კაროლინა“ სხეულებრივ სასჯელებთან ერთად სიკვდილით დასჯის<sup>1</sup> რვა სახეს განასხვავებდა: დაწვას, თავის მოკვეთას, (ოთხად) დანაწევრებას, ბორბალზე გახლეჩას, ჩამოხრჩობას, წყალში დახრჩობას, სარზე წამოცმას და ცოცხლად დამარხვას. არქაული გაგებით, ტალიონის პრინციპის დასაბუთება თანამედროვე სისხლის სამართალში, რომელიც არც სიკვდილით დასჯას და არც დამასახიჩრებელ ან სხეულებრივ სასჯელს აღიარებს, რა თქმა უნდა, შეუძლებელია. მაგრამ დავაკვირდეთ ტალიონის ფორმულის ონტოლოგიურად ხილვად პროპორციებს: *დამნაშავის თვალი მსხვერპლის თვალის წილ*. ჩვენ აქ სისხლისსამართლებრივად რელევანტურ წონასწორობას ვერ ვხედავთ, რადგან სისხლის სამართალი არის *არა რეტრიბუციური*, არამედ *სადამსჯელო* მექანიზმი, რადროსაც ტალიონის პრინციპში რეტრიბუციური ბალანსიც კი მიუღწეველია. სისხლის სამართლის მათემატიკის თვალსაზრისით, ჯერ ერთი, დამნაშავის თვალი ≠ მსხვერპლის თვალი, რის შედეგადაც პირობითად შესაძლოა ვისაუბროთ ტალიონის ჰეგელისეული აღქმის უპირატესობაზე ტალიონის კანტისეულ აღქმასთან მიმართებაში<sup>2</sup>. მეორეც, განვიხილოთ ბატონობის ნებისმიერი დელიქტი, მაგ., სხეულის დაზიანება ბოროტი ხულიგნობის შედეგად. მსხვერპლისთვის მიყენებული სხეულის დაზიანება სისხლისსამართლებრივად მხოლოდ იქ და იმდენად შეიძლება იყოს დამნაშავისათვის მიყენებული იმავე დაზიანების ეკვივალენტური,

<sup>1</sup> საგულისხმოა სასჯელის ამ სახის სელექციური გაუქმება რომაულ სისხლის სამართალში: “სისხლის სამართლის კოდექსმა მნიშვნელოვანი ცვლილება განიცადა. სიკვდილით დასჯა გაუქმდა რომაელების მიმართ, ან, სულ მცირე, უკვე არ გამოიყენებოდა (...) თუმცა ეს ცვლილება არ მოქმედებდა ექსტრაორდინარული გარემოებების დროს, რომელთა პირობებშიც, მაგ., ადგილი ჰქონდა დამნაშავის გამოცხადებას სახელმწიფოს მტრად. სიკვდილით დასჯა ასევე შენარჩუნდა არარომაელი მოქალაქეებისა და მონების მიმართ“ (Gustav Hugo [Revue par F. Poncelet], Histoire du Droit Romain, Bruxelles, 1840, გვ. 253). რასაკვირველია, სიკვდილით დასჯა აქ გაუქმებულად ვერ მიიჩნევა, განსხვავებით შუა საუკუნეების ქართული სისხლის სამართლისაგან - პრეცედენტული სამართლის თვალსაწიერიდან.

<sup>2</sup> იხ. აგრეთვე ტალიონის პრინციპისადმი როგორც ობიექტური შერაცხვის (ტრადიციული გაგებით) წაირსახეობისადმი კანტისა და ჰეგელის თვალთახედვათა ურთიერთდაპირისპირების მაგალითზე ლაშა-გიორგი კუტალია, ბრალი სისხლის სამართალში, თბ., 2000, თ. I, § 1.

სადაც და რამდენადაც ამოსავალი მომენტი არის არა სამართლებრივი სიკეთე, არა სამართლებრივად დასაცავი ინტერესი (!), არამედ ბოროტი განზრახვა და ეს სუბიექტივიზმია, რომელიც არსებითად არ განსხვავდება შუა საუკუნეების კანონიკური სუბიექტივიზმისაგან. დაბოლოს, *უცოდველი თვალი მუდამ გადაწონის სამართლიანობის სასწორზე ბრალეულ თვალს*, - როგორც ზნეობისა და/თუ სამართლის მეტაფიზიკის თვალსაზრისით, ისე პოზიტივისტური სინმადვილის სიბრტყეზე.

#### დ. Punitur quia peccatum est<sup>1</sup>

ვინც საფუძვლიანად იცნობს ტრადიციულ და თანამედროვე სისხლისსამართლებრივ დოგმატიკას, აღმოაჩენს, რომ სასჯელის თეორიები სისხლის სამართალში იმავე სენით არის შეპყრობილი<sup>2</sup>, რითაც ქმედების მოძღვრებები. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში პოზიტივისტური ანუ დიდაქტიკურად ეფექტური საერთო მნიშვნელის ძიებაში ჩამოყალიბებული ცალმხრივი მინიმუმები (მიზეზობრიობა, სუბიექტური თუ ობიექტური ფინალურობა, აცილებადი არაცილება, ინტენციონალურობა, სიმპტომატიზმი და სხვა) უმრავლესად დღესაც არ არის დაძლეული გაბატონებულ მოძღვრებაში. თუმცა მოცემული ლინეარიზმი მნიშვნელოვნად შეარყია თავის დროზე არტ. კაუფმანის პერსონალურმა მოძღვრებამ, რომელიც, მიუხედავად ზედაპირული შთაბეჭდილებებისა, შორსაა ეკლექტიციზმისაგან და ამჟამად როქსინის პერსონალურ მოძღვრებად არის გარდასახული, მაგრამ ხსენებული კონცეპტუალური მინიმალიზმი კვლავაც ცალსახად დომინირებს. საქმე ის არის, რომ ამ მინიმუმების „განზოგადებას“ ლეგისლაციურ სუბსტანციასთან მორგების მიზნით გარდუვალად სდევს თან რელატივიზმი, კონდიციონალიზმი, სისხლისსამართლებრივი თუ ონტოლოგიური რეალიების გამრუდება და არაერთი სხვა ტექნიკურად გამართული სისტემატიკის სამსხვერპლოზე წარმოდგენილი კონცესია.

რეტროსპექტიულ და პროსპექტიულ ასპექტებად დაყოფილი სასჯელის დოქტრინაც ამავე კვერცხუჯრედიდან მომდინარე ტყუპისცალია. საკმარისია გადავავლოთ თვალი სასჯელის აბსოლუტურ ანუ რეტრიბუციურ (punitur, quia peccatur – ისჯება, რადგან შესცოდა) და სასჯელის რელატიურ ანუ (პრევენციულობის) მიზნით განსაზღვრულ (punitur, ne peccetur – ისჯება, რათა არ შესცოდოს) თეორიებში<sup>3</sup> ერთმანეთის საწინააღმდეგოდ მოტანილ არგუმენტებს, რათა დავასკვნათ, რომ ორივე

<sup>1</sup> ისჯება, რადგან დანაშაულია.

<sup>2</sup> იხ. კონტინენტურ და ანგლო-ამერიკულ დოქტრინას შორის მეთოდოლოგიური და ზოგადთეორიული განსხვავებებისადმი სასჯელის დასაბუთების თვალსაზრისით, Javier Wilenmann, Contra las prácticas argumentativas de apelación a la “teoría de la pena” en la dogmática penal, Polít. crim. Vol. 12, Nº 24 (Diciembre 2017), Art. 4, pp. 754-785 [ [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_12/n\\_24/Vol12N24A4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A4.pdf) ], გვ. 772 მ.

<sup>3</sup> Montenbruck, Deutsche Strafrecht, გვ 30.

შემთხვევაში საქმე გვაქვს დეფიციენტურ, რუდიმენტულ მიმდინარეობასთან. რასაკვირველია, ერთ-ერთი მათგანი შესაძლოა ეფუძნებოდეს უფრო პრინციპულ ასპექტს, მეორე - ნაკლებად პრინციპულს, მაგრამ საკუთარი ძირეული ხარვეზის გამო მსგავსი თეორიები *ვერასოდეს ურთიერთგამოირიცხება*. ამიტომაც არის, რომ ქმედების ცალმხრივ მოძღვრებათა პარალელურად სასჯელის ცალმხრივი თეორიები საუკუნეზე მეტია დინამიურად ვითარდება და კომფორტულად თანაარსებობს. ამავე დროს, სტერეოტიპული მოსაზრება, თითქოს რეტროსპექტიული თვალთახედვა საკმაო ხანია დაძლეულია და გაბატონებული მოძღვრება მხოლოდ პროსპექტიული კონცეფციების მომცველი იყოს, უზუსტობაა. კანტის ნაკლებად, ჰეგელის უპირატესად, მაგრამ რეტრიბუციური შეხედულებები კვლავაც რელევანტურია<sup>1</sup>.

მიუხედავად ამისა, სახეზეა გაუვალის სისტემური წინააღმდეგობრიობა: თანამედროვე სისხლის სამართლის დოგმატიკა ერთმანეთისაგან განასხვავებს ქმედებაზე ორიენტირებულ და (დანაშაულის) სუბიექტზე ორიენტირებულ სისტემატიკას<sup>2</sup>, რადროსაც თეორიულ ლაიტმოტივად კატეგორიულად პირველ კომპოზიციას ირჩევს; რეტრიბუციური თვალთახედვის ამოსავალი მომენტი, თავის მხრივ, სწორედ ქმედებაა, პრევენციულისა - სწორედ სუბიექტი<sup>3</sup>. ის, *თუ რამდენად ლოგიკურია ქმედებაზე ორიენტირებულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში სუბიექტზე ორიენტირებული სასჯელის თეორიები დომინირებდეს*, მეტად დამაფიქრებელი კონტრადიქტორულობაა. არსებითად განსხვავებულ ვითარებასთან გვაქვს საქმე მართლმსაჯულების სფეროში, სადაც, მაგ., დანაშაულის სუბიექტის პიროვნების საშიშროების ხარისხი „მხოლოდ უმცირეს შემთხვევებში“ ამკაცრებს სასჯელს, გაბატონებული სასამართლო დოქტრინა კი ამას დაუშვებლად მიიჩნევს<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> იხ. Heiko Hartmut Lesch, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, passim.

<sup>2</sup> იხ., Susanne Hähnchen: *Rechtsgeschichte*. 4. Aufl., 2013, გვ. 386, Anette Grünwald, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, გვ. 41.

<sup>3</sup> შდრ. Dennis Hogger, *Kants Strafrecht in "Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre"*, 2014, passim, თუმცა გარკვეულწილად სხვაგვარი დიფერენცირებით ჰიოფფეს (1999) და შმიცის (2001) კლასიფიკაციაზე დაყრდნობით: ქმედებაზე ორიენტირებულ სასჯელის კონცეფციებში აქ სამაგიეროს მიზდვის ანუ საკუთრივ რეტრიბუციური თეორიები მოიაზრება, მაგრამ სუბიექტზე ორიენტირებული სასჯელის კონცეფციები წარმოდგენილია როგორც რესოციალიზაციის თეორიები, რა დროსაც, ერთის მხრივ, გამოიყოფა მესამე მიმდინარეობაც, როგორც შედეგზე ორიენტირებული სასჯელის კონცეფციები, რომლებშიც პრევენციული თეორიებია ნაგულისხმევი და, მეორეს მხრივ, წარმოჩენილია იმავე ორიენტირების ურთიერთგანსხვავებული აქცენტირების მომცველი სასჯელის შერეული მოდელები.

<sup>4</sup> Emiliano Borja Jiménez, *Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena*, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, No. 87, Julio-Diciembre 2016, Universidad EAFIT, Medellín, გვ. 120 მ და passim. შდრ. საკანონმდებლო სინამდვილე გფრ-ს კონსტიტუციის მაგალითზე Montenbruck, *Deutsche Strafrecht*, გვ. 30.

## ე. კრიტიკული არსი

დავაპირისპიროთ ერთმანეთთან კანტის, როგორც აბსოლუტური თეორიის ფლაგმანისა და ფოიერბახის, როგორც რელატიური თეორიის მთავარი წარმომადგენლის, საკვანძო პოზიციები ანუ რადიკალური რეტროსპექტივიზმი და რადიკალური პროსპექტივიზმი<sup>1</sup>. 1. სამართლის ფილოსოფიის თვალსაზრისით, კანტი ცდილობს *გამორიცხოს ბოროტების ტრიუმფი* („სასჯელი არის საშუალება დანაშაულის [როგორც სახელმწიფო უსაფრთხოების თავის ყოველის მფლობელობაში] მოცილებისა)<sup>2</sup>, რა დროსაც ფოიერბახი ესწრაფვის *სიკეთის ტრიუმფს*, რაც ერთი და იგივე არ გახლავთ. ზეიმობს - და ვრცელდება ანუ აღვირახსნილია - ბოროტება, რომელიც დაუსჯელი ბოროტებაა.<sup>3</sup> დანაშაული კი, როგორც სასჯელის საგანი, ამის საპირისპიროდ, ლაგამამოდებული უმართლობაა - არა გაქარწყლებული (შეუქცევადი ზიანი), არა დამხობილი (სისხლის სამართალს *ა/ბოროტების ფიასკოს უზრუნველყოფა*, საერთოდ, არ ძალუძს; უფრო მეტიც, შეუქცევადი ზიანის პირობებში არც მონანიებული და/ან მიტევებული ბოროტებაა დამხობილი ბოროტება), მაგრამ, ჰეგელიანურად რომ ვთქვათ, უარყოფილი. რაც შეეხება ფოიერბახის ყოვლად წინმსწრებ ზოგად პრევენციას, მის უმთავრეს ამოცანას მართლსაწინააღმდეგო განზრახვის ექსტერნალიზების პარალიზება შეადგენს. სამართლებრივი გაგებით, ეს არის კიდევაც სიკეთის ტრიუმფი. თუმცაღა იმ ცალკეულ შემთხვევებზე, სადაც პრევენციული ბარიერი გადაილახება და სახეზე ობიექტივირებული დანაშაულია, ნეგატიური ზოგადი პრევენცია სდუმს<sup>4</sup>. 2. სისხლის სამართლის თეორიის თვალსაზრისით, კანტის მიხედვით, სისხლის სამართლის თავიდათავი მიზანი *დამნაშავის დასჯაა* (ჩასაფრებული სისხლის სამართალი), ფოიერბახის მიხედვით კი - *დანაშაულის თავიდან აცილება*, აქედან გამომდინარე ყველა შესაბამისი შედეგით, სასჯელის ღერძის სხვადასხვაგვარი მოდელირების ჩათვლით. თუ უკანასკნელ შემთხვევაში განმსაზღვრელი მზერა უმართლო განწყობის ჩახშობაზეა ფოკუსირებული, პირველ შემთხვევაში ის ადვილად შეიძლება აგრეთვე ტოვებდეს პრევენცი-

<sup>1</sup> აბსოლუტური და რელატიური კონცეფციების დიფერენცირებისადმი აგრეთვე როგორც სასჯელის *სამართლიანობის* (როგორც თვითმიზნის) თეორიებისა და (პრევენციულ-)პრაგმატული თეორიებისადმი იხ. *ibid.*, გვ. 30 მმ.

<sup>2</sup> Immanuel Kant, Werke in zwölf Bänden, Bd. VIII, Metaphysik der Sitten. Rechtslehre, Wiesbaden, 1956, S. 487. უფრო ახლოს კანტის ცნებისადმი Claus Roxin, Wandlungen der Strafzwecklehre, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001, გვ. 701.

<sup>3</sup> არის თუ არა აქ, თავის მხრივ, წინააღმდეგობა ძველი აღთქმის ტალიონსა და ახალი აღთქმის მიმტევებლობას შორის? არა. თუმც ამის კონკრეტიზება სისხლის სამართლის შეზღუდულ კატეგორიულ შესაძლებლობებს სცილდება.

<sup>4</sup> უფრო ზუსტად, ფოიერბახი ამ შემთხვევაში რეტრიბუციურობაზე საუბრობს (იხ., Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen, 1995, 2. Nachdruck der 3. Aufl., გვ. 241) და, რაოდენ გასაოცარიც არ უნდა იყოს, მხოლოდ რეტრიბუციურობაზე (და არა, ვთქვათ, მეორად ზოგად პრევენციაზე [კატეგორიულად, იხ. იქვე]), რაც კიდევ ერთი ნათელი მაგალითია იმისა, რომ ფოიერბახი სასჯელის ცნების ყველაზე საღად მოაზროვნე კონსტრუქტორია.

ულად დესტრუქციულ სივრცეს ბოროტების გამოსავლენად. მაგრამ ბოროტების გამოვლენა ბოროტების პრევენციის ხარჯზე სისხლის სამართლის, მით უმეტეს, როგორც ეთიკური მინიმუმის, ამოცანა ვერ იქნება.<sup>1</sup>

## 2. ტალიონის პრინციპი ჰეგელთან

### ა. უარყოფის უარყოფა

ჰეგელის მიხედვით, სასჯელი ნორმის უარყოფის უარყოფაა, რა დროსაც დანაშაული და სასჯელი განიხილება როგორც ორი ურთიერთსაპირისპირო ბოროტება<sup>2</sup>. თუ კანტთან ამოსავალი მომენტი *სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფაა*, ჰეგელთან ძირითადი აქცენტი, როგორც ვხედავთ, *ნორმისადმი დამოკიდებულებაზე* გადაიტანება<sup>3</sup> - თანამედროვე სისხლის სამართლის ფუნდამენტური ცილობის საგანი. უფრო ზუსტად, განმსაზღვრელი მახვილი *შედეგიდან ქმედებაზე გადადის*. ამავე დროს, სასჯელი ჰეგელთან მოწოდებულია „დადგინოს სამართალი“ „სამართალდარღვევის აღმოფხვრის“ გზით<sup>4</sup> ანუ, მისივე სიტყვებით რომ განვავრცოთ, უკუაგდოს „კანონი“ (ალტერნატიული „სამართალი“), რომელსაც „დანაშაული აყალიბებს“<sup>5</sup>. ხოლო სადაც „არ უქმდება“ დანაშაული, იქ დანაშაული „მოქმედებს“<sup>6</sup>. შესაბამისად, სისხლისსამართლებრივი რეაქცია ჰეგელის სამართლის ფილოსოფიაში უპირისპირდება ნორმის მოუცემლობას როგორც „ნორმას“, რაც იმას ნიშნავს, რომ ნორმის ნამდვილობა, თავის მხრივ, შეიძლება დამოკიდებული იყოს არა ზოგადად სოციაუმის ქმედუნარიანობაზე, არამედ უკვე ცალკეული სუბიექტის მართლზომიერად თვითმოტივირების უნარზე. რეტროსპექტიული თვალთახედვის ფარგლებში, სადაც განგრძობადობა უხილავია, მართლწესრიგის ამგვარი ფრაგმენტაცია, შეიძლება ითქვას, სრული თავისთავადობაა.

<sup>1</sup> ამასთანავე, კანტის მეტაფიზიკისაგან განსხვავებით, ონტოლოგიური კანონები განსახილველ ჭრილში სხვაგვარადაც შეიძლება აიგებოდეს: პირი ისჯება არა იმიტომ, რომ განახორციელა აკრძალული ქცევა, არამედ იმიტომ, რომ განახორციელა ბოროტება. და ეს არა ჩასაფრებული სისხლის სამართლის გაგებით, რომლის მიზანსაც ბოროტების გამოვლენა და/ან დამნაშავის დასჯა შეადგენს, არც, მაგ., ქცევის თავისუფლებისა და შედეგებისათვის პასუხისმგებლობის იაკობსისეულ სინალაგმაზე მითითებით (Günther Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Opladen, 1996, გვ. 20 მმ, 31 მ), არამედ, სულ მცირე, *მორალური სუბიექტის* (homo moralis) გაგებით, რომლის მიმართაც, პრედიკატული ლოგიკის თვალსაზრისით, „აკრძალულს“ „ცუდი“ ჩაანაცვლებდა. ზნეობის ამგვარი მეტაფიზიკის ფარგლებში, განსხვავებით კანტიანურისაგან, აქციას კი არ მოსდევს რეაქცია, არამედ *აქცია რეაქციის მომცველია* (მორალური განცდა არისტოტელესეული გაგებით).

<sup>2</sup> Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Sämtliche Werke*, Bd. VII, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 3. Auflage, Stuttgart, 1952, § 97.

<sup>3</sup> კუტალია, ბრალი, გვ. 854 მ.

<sup>4</sup> Hegel, *Rechtsphilosophie*, § 99.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid.

მაგრამ რას ისახავს მიზნად დელინკენტი ნორმატიული მოლოდინის გაწვილებიდან გამომდინარე მეტაინსტრუმენტული შედეგების უგულვებელყოფით: ვთქვათ, სასჯელის გამოწვევას? ინდივიდუალურ-ფსიქიკური თვალსაზრისით, ცხადია, არა, რადგან ინდივიდი „თავის თავთან მიმართებაში ბრმა არ არის“<sup>1</sup>. უფრო მეტიც: ფსიქოლოგიური თვალსაზრისით, ამ შედეგთა უგულვებელყოფით, როგორც ასეთით, უკვე გაუფრთხილებლობის შემთხვევაში ვერაფერს გავხდებოდით. თუმცადა, თანამედროვე სისხლის სამართლის გადასახედიდან, ინდივიდუალურ-ფსიქიკური მასშტაბები ფუნქციონალურად ისევე უმნიშვნელოა, როგორც ამას მხოლოდ-ნორმატიულ პროგრამაში ექნებოდა ადგილი; არამედ ინსტიტუციონალურად კომპეტენტური ინტერაქცია მკაცრად ობიექტური მასშტაბის შესაბამისად მიმდინარეობს. ქმედების სუბიექტი, როგორც ინტერაქციის პარტნიორი, ამის შესახებ წმინდად პროცესუალურად „დელინკვირების“ ფაქტი რომც არაფერს გვიმხელდეს, ესწრაფვის სწორედ იმის საპირისპიროს, რაც ნებისმიერ შემთხვევაში მისი, როგორც თავისუფალი (არავალდებულებული) ინდივიდის მისწრაფების საგანი იქნებოდა. სხვაგვარად, ვერც გვექნებოდა საქმე ერთმანეთზე ორიენტირებულ ქმედებებთან ანუ ინტერაქციასთან. მაშასადამე, სადაც ჰეგელის მიდგომა - ყველაზე შორს! - ფორმალურ-სამართლებრივი ფრაგმენტების წინაშე სისხლის სამართლის სტადიალური განხორციელების ფარგლებში კაპიტულირებს, ინტერაქცია თავის წინაპირობად მატერიალურსამართლებრივი ურთიერთობის ზოგად განგრძობადობას მოიცავს. დელინკვირებასა და დასჯას, ამისდა კვალად, ადგილი აქვს არა უბრალოდ ნორმატიული გაწვილების გაგებით, არამედ ინტერაქციონისტულად აქტუალური მოლოდინის გაგებით, რომელსაც ინტერაქციის პარტნიორი ნორმატიული გაწვილების შემთხვევაში მოელის. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, სამოქალაქო საზოგადოებაში არ არსებობს პირდაპირი ლოგიკური კავშირი ნორმის მოქმედების (ბრალეულ) დეზავუირებასა და სასჯელს შორის, რამეთუ როგორც სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა ვერავითარი დელიქტური ქცევით, საერთოდ, ვერ ამოიწურება, აქ ასევე ვერც მისი ინიცირება მოხერხდება დელიქტური ქცევით, არამედ ის შეიძლება მხოლოდ ჭეშმარიტად სამართლებრივად ანუ სპეციფიკურად გაგრძელდეს. მაგრამ თუ რატომ ეხება საქმე განვითარებას ან სრულიად ზოგადად: განგრძობას და არა უბრალოდ ინიცირებას, ამის ინდიკატორად დასჯადობის ლინეარულ-აპოსტერიორულად აღმქმელი ანუ დანაშაულის ცნებისადმი მხოლოდ გარეგანად დამრთავი თვალთახედვა ძნელად თუ გამოდგება.

უწინარეს ყოვლისა, ნორმის მოუცემლობა, როგორც „ნორმა“, დელიქტური ქცევის მაგალითზე დაუმტკიცარია. მაგალითად, ქურდობა ვერ იქნება უარი საკუთრების დაცვაზე (იმაზე, ვინც ფარულად იტაცებს სხვის ნივთს, ვერ გვეთქმის, თითქოს მას

<sup>1</sup> Günther Jakobs, Das Schuldprinzip, Opladen, 1993, გვ. 21 მ.



ამით არ სურდეს, რომ მისი საკუთრების უფლება გარანტირებული რჩებოდეს), როგორც გულწრფელი მოწოდება ბუნებითი მდგომარეობისაკენ, და ვერც გაუფრთხილებლობით სიცოცხლის მოსპობა ვერ განიხილება როგორც უარი სიცოცხლის დაცვაზე, თუნდაც ზემომოტანილი მიზეზის გამო<sup>1</sup>, და ა. შ. დელინკვენტის მიერ დაგეგმილი სინამდვილე, იმავდროულად, სულაც არ არის წარმოუდგენელი, არამედ მისი ნორმის მოქმედების ჭრილში აქტუალური გზავნილი, როგორც წესი, ბევრად „პრაგმატულია“, რა დროსაც მოცემული გზავნილი აქ - თუმცადა მხოლოდ აქ, დანარჩენი კი წინარეინტერაქციონისტულად ისედაც უხილავი რჩება - იმის ობიექტივირებაში ამოიწურება, რომ შესაბამისი ნორმის მოქმედება *სუბიექტისთვის ამ კონკრეტული ქმედების ფარგლებში* უსაგნო მოცემულობაა. ამავე დროს, განსახილველი „პრაგმატიზმი“, მართალია, ქარწყლდება (თუმც, შესაბამისად, არასოდეს დეგრადირებს „დაუგეგმარებად სინამდვილემდე“), სადაც დელინკვენტის ნორმის შესაბამო „მტკიცებები“ არა იზოლირებულად, არამედ ინტერაქციონისტულადაა აღსაქმელი, ვინაიდან ინტერაქციული ქმედება „შედეგებისთვის პასუხისმგებლობის“ მოლოდინის მომცველია.

## ბ. კანტი თუ ჰეგელი:

### სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფა თუ ნორმის დეზავუირება

#### ბ. ა. ობიექტური და სუბიექტური შერაცხვა

დასაბამიდან დღემდე სასჯელის საგანი ყოველთვის წარმოადგენდა დაუსრულებელი დავის საგანს, სხვადასხვა სახით, მაგრამ მეტად ანალოგიური შინაარსით. რა დროსაც არქაულ სამართლებრივ აზრს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საკმარის საფუძვლად, ს. შ., მხოლოდ ზიანი მიაჩნდა (ობიექტური შერაცხვა - პასუხისმგებლობა შედეგისთვის), შუა საუკუნეების კანონიკურ სისხლის სამართალში პასუხისმგებლობას უკვე ბოროტი განზრახვა აფუძნებს, მიუხედავად იმისა, გამოვლინდა ის გარეგან საფრთხესა თუ ზიანში თუ არა (სუბიექტური შერაცხვა - პასუხისმგებლობა განწყობისთვის). თანამედროვე სისხლის სამართალში ამ ორივე უკიდურესობის კვალი გარკვევით არის შემორჩენილი, ზოგან უპირობოდ, ზოგან დისკუტაბელურად. ასე მაგალითად, პირველ შემთხვევაში სახეზეა დაპირისპირება კონტინენტურ და ანგლო-ამერიკულ დოქტრინას შორის, როდესაც დგება საკითხი დელიქტური ქცევით გამოწვეულ, მაგრამ დელინკვენტის მიერ გარდუვალად გაუთვალისწინებელ შედეგთა შერაცხვის თაობაზე (კონტინენტური თვალთახედვა ობიექტური შერაცხვის ასეთ გადმონაშთს უპირატესად უარყოფს, ანგლო-ამერიკული - უპირატესად აღიარებს) ანაც უფრო მასშტაბურად, იურიდიულ პირთა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის მაგალითზე, რომელმაც ამასობაში ქართულ

<sup>1</sup> ვრცლად კუტალია, ბრალი, გვ. 145 მ.

საკანონმდებლო რეალობაშიც გადმოინაცვლა<sup>1</sup>. ხოლო მეორე შემთხვევაში მსგავს გადმონაშთად შესაძლებელია მივიჩნიოთ მე-19 საუკუნის დასაწყისიდან მცდელობის, როგორც წარუმატებელი დელინკვირების, დასჯადობის აბსოლუტირება.

### ბ. ბ. ქმედებაზე და სუბიექტზე ორიენტირებული სისხლის სამართალი

ტრადიციულ დოგმატიკაში ძირითადი დისკუსიის საგანს ქმედებაზე ორიენტირებული და სუბიექტზე ორიენტირებული სისხლის სამართლის პროგრამა წარმოადგენდა. უკანასკნელი თვალთახედვის უკიდურეს გამოვლინებად შეიძლება მივიჩნიოთ ტრადიციული აღმოსავლეთევროპული სისხლის სამართალი, რომელიც თამამად ოპერირებდა ისეთი ცნებით, როგორც იყო, მაგალითად, „ხალხის მტერი“, როგორც პასუხისმგებლობის დაფუძნების, ისე სასჯელის სახისა და ხარისხის განსაზღვრის თვალსაზრისით. ჩვენ უკვე შევნიშნეთ, რომ ეს დისკუსია კონცეპტუალურად პირველი ოპციის სასარგებლოდ დაძლეულ იქნა. მაგრამ მხოლოდ კონცეპტუალურად, რადგან თანამედროვე სისტემატიკაში ამ ტიპის დაპირისპირების გადმონაშთებიც, გარდა ზემომითითებულისა სუბიექტზე ორიენტირებულ ანუ სეკუნდარულ-პრევენციულად აგებულ სასჯელის დოქტრინასთან მიმართებაში, მრავლად მოიძიება. სისხლისსამართლებრივი აზრის ევოლუციის ასეთ რუდიმენტებს, უწინარეს ყოვლისა, განეკუთვნება რეციდივისა თუ ნასამართლეობის ინსტიტუტის დოგმატური მნიშვნელობა. გარდა ამისა, სუბიექტზე ორიენტირებულ სისხლის სამართალთან გვაქვს საქმე ყველა დანარჩენ შემთხვევაშიც, სადაც კი ადგილი აქვს დანაშაულის სუბიექტის საზოგადოებრივი საშიშროების ცნებით განმსაზღვრელ ოპერირებას, რომ არაფერი ვთქვათ იმავე პროგრამის ფორმალურ გამოვლინებებზე (მაგ., შერაცხადობის სისტემატიკური ადგილის განსაზღვრის თვალსაზრისით [3.

<sup>1</sup> 2006 წლიდან ქართული სისხლის სამართალი უარყოფს ინდივიდუალური ბრალისა და ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის იდეას. დანაშაულის სისტემის კოლექტიურად განხორციელებად სემენტს აქამდე მხოლოდ უმართლობა წარმოადგენდა, რომელსაც სისხლისსამართლებრივად მარტოდენ პრევენციული ღონისძიებები უკავშირდება. განსახილველი ცვლილება (რომელიც საკმაოდ ხანია მიღებულია ფრანგულ სისხლის სამართლის თეორიასა და პრაქტიკაში და რომელმაც გერმანულ სისხლის სამართლის დოქტრინაში ე. წ. ადმინისტრაციული სისხლის სამართლიდან ბირთვულ სისხლის სამართალში ვერ გადაინაცვლა) ძირეული ცვლილებაა. დანაშაულის სუბიექტის ამგვარი ტრანსფორმაცია ცალსახად მოითხოვს ბრალის, დანაშაულისა და სასჯელის ცნებათა კარდინალურ ტრანსფორმაციას. ცხადია, სისხლის სამართალში ამოსავალი სამართლებრივი სიკეთეა (ეკვივალენტურობის პრინციპის მიღმა), სისხლისსამართლებრივად დაცული კონკრეტული ინტერესი და ამ მხრივ, აქ - ვინ ან მოცემულ შემთხვევაში რა „ხელყოფს“ უფლებასა თუ თავისუფლებას და ვინ ან რა „აგებს პასუხს“, უხილავი რჩება - კატეგორიულად არც არაფერი გარდასახულა. უფრო მეტიც, იურიდიულ პირთა პასუხისმგებლობა სისხლისსამართლებრივი ჯარიმის კვანტიტატური ოპტიმიზაციის მეტად ხელსაყრელ პირობებსაც ქმნის, მაგრამ საკითხავია, თუ რამდენად სამართლიანად, რამეთუ ინდივიდუალური ბრალის იდეის უარყოფა თავის აუცილებელ წინაპირობად არაბრალეულ პირთა დასჯას მოიცავს. ამიტომაც ბეკარიას ინდივიდუალიზაციის პრინციპის თეორიული უკუგდება ტექნიკურად შეუძლებელია.

3. ლეში, გვრ]<sup>1</sup>, ბრალისა და მართლწინააღმდეგობის იერარქიული ურთიერთმიმართებით [დანაშაულის რუსული მოდელი] და სხვა). აღსანიშნავია, რომ დღეს ამის სათავე სეკუნდარულ-პრევენციული უტილიტარიზმია.

### ბ. გ. სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფა და ნორმის დეზავუირება

კანტის კოგნიტიურ და ჰეგელის შეფასებით ტალიონს ერთმანეთის მიმართ ახასიათებს როგორც სისუსტეები, ისე უპირატესობები. გარეგანი თანაზომიერება ხშირ შემთხვევაში, უფრო ზუსტად კი, უმრავლეს შემთხვევაში მოჩვენებითი თანაზომიერებაა, რადგან, ჯერ ერთი, ძნელად თუ იქნება მისაღები განზრახი და გაუფრთხილებელი დამნაშავის იდენტური მოპყრობა; მეორეც, მძაფრი ვიქტიმური ქცევის ან დანაშაულის სხვაგვარი, დასჯადი პროვოცირების დროს, სადაც მსხვერპლის მიმართ რეაგირებას ადგილი ვერ ექნება, ყოველგვარი გარეგანი პროპორციულობა მორალურად შეუწყნარებელია; დაბოლოს, ქმედებასა და სამართლებრივ შედეგს შორის ნატურალისტურ თანაფარდობაზე დაყრდნობით ვერ ყალიბდება დაუშვებელი სისასტიკის ცნება, რომელიც თანამედროვე სისხლის სამართალში გამორიცხავს სიკვდილით დასჯას, დასახიჩრებას, ღირსებისა და პატივის შემლახავ რეაგირებას და ა. შ.. ყოველივე ეს ჰეგელის რაციონალური ანუ აზრობრივი ტალიონის პრინციპის სასარგებლოდ მეტყველებს. ამავე დროს, სამართლებრივი სიკეთიდან ნორმისადმი დამოკიდებულებაზე აქცენტის გადატანამ შექმნა კონკრეტული ინდივიდუალური ინტერესის აბსტრაქტიფიცირების საფრთხე, რის მიუღებლობასაც სისხლის სამართალში ნათლად გამოკვეთდა ჯერ კიდევ ბეკარია. რეალურად დასაცავი ინდივიდუალური ინტერესი და *ნორმის მოქმედებას ამოფარებული* უფლება თუ თავისუფლება სხვადასხვა რამ არის. ნორმატიული სივრცე უკიდევანო ელასტიურობით გამოირჩევა და ამის შედეგად კონკრეტული ინტერესი ამ სიბრტყეზე შესაძლოა საერთოდაც კი გაქრეს მხედველობის არიდან.<sup>2</sup> ამ თვალთახედვის ნაყოფია თანამედროვე თეორიული, საკანონმდებლო თუ პრაქტიკული რეალობა, რომლის მიხედვითაც *სისხლისსამართლებრივად სახელმწიფოს ანგარიშვალდებულება დანაშაულის მსხვერპლის წინაშე სასჯელის დაფინანსებით ამოიწურება*. უფრო მეტიც, მაგალითად, ჯარიმა, როგორც სასჯელის სახე, გადაიხდება არა მსხვერპლის, არამედ ხაზინის სასარგებლოდ.<sup>3</sup> მოკლედ რომ ვთქვათ, მთავარი დამნაშავის დასჯაა და არა დანაშაულის მსხვერპლის ყოველმხრივი რეაბილიტაცია პოზიტიური ვიქ-

<sup>1</sup> იხ. კრიტიკა Bernd Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1971, გვ. 30.

<sup>2</sup> მაგ., როგორც ამას იაკობსთან აქვს ადგილი: Günther Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 1. Auflage, Berlin, 1997, 2. Auflage, Berlin, 1999.

<sup>3</sup> რაც რაციონალურად გამონაკლის შემთხვევაში შეიძლება იყოს დასაშვები, კერძოდ კი, სადაც მსხვერპლისთვის ეს მიუღებელია.

ტიმოლოგიის ფარგლებში, რაც აშკარად აცდენილია სამართლებრივად საღი აზროვნების გეზს. მორალური ზიანის ანაზღაურების სამოქალაქოსამართლებრივ ინსტიტუტებზე განსახილველი შედარების ფარგლებში შესაძლებელია სიტყვაც კი არ დაგვცდეს, უკიდურესი უსუსურობის გამო. ხოლო ხდება ეს იქ, სადაც მახვილი ხელყოფილი - დაზიანებული ან განადგურებული - ინდივიდუალური ინტერესიდან ნორმისადმი დამოკიდებულებაზე გადადის.

დუალიზებული თანამედროვე სისხლის სამართლისაგან განსხვავებით, ჩვენ თანაბრად ვემიჯნებით ორივე (როგორც ობიექტივისტური, ისე სუბიექტივისტური) საწყისის დაწინაურებას. დანაშაულის სუბიექტი სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტია და დელიქტური ქცევის გამოვლინების ექსკლუზიური სფეროც სამართლებრივი ურთიერთობაა, *დარღვეული უფლებისა და დარღვეული მოვალეობის სახით*. ამავე დროს, ჯერ ერთი, მატერიალურად მოვალეობის დარღვევა უფლების ხელყოფის არარსებობის პირობებში არაფერს ნიშნავს (მაგ., უვარგისი, არარეალური მცდელობა). მეორეც, პროცესუალურადაც ამოსავალი ეს უკანასკნელი მომენტი. მაგრამ მესამე და მთავარი, აქამდე უმახვილო მომენტი: მოვალეობის ადრესატს დეზავუირებული მოვალეობის გამო *სასჯელი ეგარდება*, ე. ი., სამართლებრივი გაგებით, მიეყენება „იგივე“ ზიანი, რა ზიანიც მან უფლების დარღვევით გამოიწვია. ამიტომაც მეტი სიფრთხილე გვმართებს! შესაბამისად, დანაშაულის სისხტემაში ობიექტურ და სუბიექტურ ასპექტთა ანუ უფლების დარღვევისა და მოვალეობის დარღვევის არაეკვივალენტური აქცენტირების თეორიული დეტერმინანტი არ არსებობს.<sup>1</sup> კვლავაც, მართალია, *actus reus non facit reum nisi mens sit rea*, მაგრამ ჰეგელის თვალთახედვას, ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, მაინც გარკვევით უპირისპირდება სისხლის სამართლის ერთ-ერთი ფუნდამენტური პრინციპი იუსტინიანეს კრებულიდან (48.19.18): *cogitationis poenam nemo patitur*.<sup>2</sup>

### 3. ბრალის ნეოჰეგელიანური გაბათილება

#### ა. ბინდინგი

სისხლის სამართლის ჰეგელიანური სკოლა იმ გაგებით, როგორც ამას თავად ჰეგელისთვის თანამედროვე ეპოქაში იულიუს ფრიდრიხ ჰაინრიხ აბეგსა და კრისტიან რაინჰოლდ კიოსტლინტან ჰქონდა ადგილი, დღეს არ არსებობს. ამჟამინდელი ნეოჰეგელიანური მიმდინარეობები არსებითად შესაძლებელია მივიჩნიოთ მხოლოდ ნაწილობრივ, სხვადასხვა ცალკეულ ძირეულ ასპექტზე დაფუძნებულ ჰეგე-

<sup>1</sup> *არსი*: სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფა →← ნორმის საწინააღმდეგობა; *ჯერარსი*: უფლების დარღვევა ↔ მოვალეობის დარღვევა.

<sup>2</sup> შდრ. Lasha-Giorgi Kutalia, Handlungslehre. Strafrechtliche Konzeption, Göttingen, 2011, გვ. 146.

ლიანურ მიმდინარეობებზე. მათი გადაკვეთის ხარისხი ჰეგელის სამართლის ფილოსოფიასთან ბევრად უფრო დაბალია, ვიდრე ორად გაყოფილ - ფრანც ფონ ლისტის (იმჟამინდელი თანამედროვე) სოციოლოგიური სკოლის პარალელურად - ტრადიციულ გერმანულ დოგმატიკაში კარლ ლუდვიგ ლორენც ბინდინგის, როგორც (იმჟამინდელი) კლასიკური სკოლის მთავარი წარმომადგენლის, დოქტრინისა,<sup>1</sup> რომელიც საკუთრივ სისხლის სამართალში შესაძლოა დღემდე ყველაზე მნიშვნელოვან რეტრიბუციონისტად მივიჩნიოთ. ბინდინგისთვის თანამედროვე გერმანულ სისხლის სამართალში სასჯელის ოთხი ძირითადი ობიექტი გამოიყოფა: სიცოცხლე, თავისუფლება, პატივი და ქონება<sup>2</sup>. ამავე დროს, თვით სასჯელი ბინდინგისთვის „არის დანაკარგი უფლებებსა თუ სამართლებრივ სიკეთეებში, რომელსაც სახელმწიფო დელინკვენტს სამართლის ძალით აკისრებს მისი გამოუსწორებელი, ბრალეული სამართალდარღვევის გამო, რათა დარღვეული სამართლის ავტორიტეტი შენარჩუნდეს“<sup>3</sup>. საქმე გვაქვს ჰეგელთან თუ ბინდინგთან, ერთის მხრივ, ან იაკობსთან, მეორეს მხრივ: პირველ შემთხვევაში ბრალის გაბათილების, მეორეში - სისტემის ზოგადპრევენციული სტაბილიზების თვალსაზრისით, ორივეგან სახეზეა ლოგიკურად მოწყვლადი კონსტრუქციები. უწინარეს ყოვლისა, „სამართლის ავტორიტეტის“ შენარჩუნების საკითხი წამოიჭრება *არა იქ, სადაც ნორმას მოქალაქემ უმტყუნა, არამედ იქ, სადაც უმტყუნა ნორმას სახელმწიფომ*, ე. ი. არა მაშინ, როდესაც ირღვევა ნორმის დისპოზიცია, არამედ მაშინ, როდესაც ირღვევა ნორმის სანქცია. ჯერ კიდევ *ქცევის წესის დარღვევით* მართლწესრიგის ქმედითობა სათუო სულაც არ არის, არამედ სათუო ხდება ის იქ და მაშინ, სადაც და როდესაც ამ სამართალდარღვევას *სისტემურად გათვალისწინებული რეაქცია* არ მოსდევს. ამიტომ ჰეგელის ინტუიციური დებულება (ინტუიციური იმდენად, რამდენადაც არგუმენტაციულად ისიც იმავე ეტაპზე „აღდგენის საჭიროებიდან“ ამოდის), რომლის მიხედვითაც „სამართლის, როგორც სამართლის, დარღვევა თავის თავშივე ბათილია“,<sup>4</sup> ზუსტია.

მაშასადამე, საქმე ეხება არა მხოლოდ ნორმას, არამედ იმავე ზომით სასჯელსაც, როგორც ინსტიტუციონალიზებულ მოლოდინს. ჭეშმარიტად სამართლებრივად ორგანიზებული საზოგადოების პიროვნებებს სასჯელის მოლოდინი აქვთ იმ ზომით, კერძოდ კი, ყოველთვის უკვე თავიდანვე ანუ თავად დელინკვენტის ინკორპორი-

<sup>1</sup> Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Vier Bände, Meiner, Leipzig 1872–1920; Neudruck Aalen 1965.

<sup>2</sup> იგ., Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Leipzig, 1902, §90/I მმ.

<sup>3</sup> Ibid., გვ. 226.

<sup>4</sup> შდრ. Günther Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 1. Aufl., Berlin, 1997, გვ. 108; უფრო ახლოს ჰეგელთან „დანაშაულის აღმოფხვრისადმი“ იგ., Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin, New York, 1991, 1/21; შდრ. Claus Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin, New York, 1973, გვ. 18.

რებით, რა ზომითაც მათთვის ნორმის დარღვევაა მიუღებელი. ამასთანავე, სასჯელი, როგორც მოლოდინი, არა სხვაგვარად, ვიდრე ნორმა, ინსტიტუციონალიზებულია მხოლოდ როგორც ინტერაქციონისტულად რელევანტური მოლოდინი და ინტერაქციის სიბრტყეზე ფორმალური დაპირისპირება ნორმასთან დაპირისპირებასთან მიმართებაში ჯერ კიდევ არაფრის მეტყველია. - ყოველგვარი დაპირისპირება სასჯელის, როგორც ბრალის გაბათილების მიღმა, სწორედ რომ ფორმალურია, რომლის „განმტკიცებისთვის“ საზოგადოება ამაო, მხოლოდ ყალბ სამსახურს იტვირთავდა. უკანასკნელ სფეროში, ნებისით თუ უნებლიეთ, შედეგი პიროვნებათა ინსტრუმენტალიზებაა, რომელიც, როგორც ნებისმიერი სხვა ინსტრუმენტალიზება, სამართლებრივად ზედმეტი, სისტემურად უცხოა, რადგან, როგორც შევნიშნეთ, სისტემა ირყევა მხოლოდ იქ, სადაც სოციალური ვერ ასრულებს ნაკისრ ვალდებულებას, მაგრამ არა იქ, სადაც ინდივიდი ჩამორჩა მოვალეობას. ინტერაქციის პარტნიორებს, რომლებიც, უწინარეს ყოვლისა, საერთოდ, მხოლოდ იმიტომ ერთიანდებიან საზოგადოებაში, რომ ნორმის მოქმედებაა წინაპირობად მოცემული და ამის გამო ნორმის დეზავუირების საწინააღმდეგოდ შეიძლება გამოხატონ მხოლოდ პროტესტი, - ასეთ ინტერაქციის პარტნიორებს საზოგადოება „თავისი ნამდვილობის გასახანგრძლივებლად“ ვერც ერთი ნორმის დარღვევისას ვერ დამოძღვრავს, რომ მართებულია არა ნორმის დარღვევა, არამედ ნორმა; არამედ ის (საზოგადოება თავის ნამდვილობაში) გრძელდება ჭეშმარიტად სამართლებრივად, რა დროსაც ადგილი აქვს მოვალეობის დარღვევაზე ორიენტირებული მოვალეობების მოლოდინსამებრ აქტივირებას, ე. ი. ბრალის გაბათილებით შეცდომის უფრო მეტად, ვიდრე მხოლოდ გარეგანად, აღმოფხვრას.

### ბ. ბონის სისხლის სამართლის სკოლა

მეტად საგულისხმო ვითარებასთან გვაქვს საქმე, ჰეგელიანური მიდგომების თვალსაზრისით, თანამედროვე დოგმატიკაში, კერძოდ კი, ბონის სისხლის სამართლის სკოლის მაგალითზე, ერთის მხრივ, იაკობსისა და, მეორეს მხრივ, ლეშის კონცეფციის სახით. განსხვავებით ბინდინგისაგან, რომლის დოქტრინაც ორივე ძირითად ასპექტში კორესპონდირებდა ჰეგელიანურ სისტემატიკასთან - სისხლისსამართლებრივი ქმედების ცნებისა და დანაშაულის ცნების იდენტურობის სახით, ერთის მხრივ, და სასჯელის აქსიოლოგიური რეტროსპექტიულობის სახით, მეორეს მხრივ, იაკობსთან ამას მხოლოდ პირველ ფუნდამენტურ ასპექტში აქვს ადგილი. გადამწყვეტი კი მოცემულ კონტექსტში არის არა ის, რომ საქმე ეხებოდეს „სისხლისსამართლებრივად რელევანტურ ქცევას“, როგორც ამას ქმედების ფონ ლისტისეული დღემდე გაბატონებული ე. წ. ზოგადი ცნების მაგალითზე აქვს ადგილი, არამედ ის, რომ ქმედების ცნება გადმოსცემდეს დასჯადი ქცევის *სისხლისსამართლებრივი რელე-*

ვანტურობის სრულ სპეციფიკას<sup>1</sup>, ე. ი. სუბსტანციურად მოიცავდეს როგორც უმართლობას, ისე ბრალს - ქმედების ე. წ. სპეციფიკურად სისხლისსამართლებრივი ანუ ჰეგელიანური ცნება. გარდა ამისა, თუ კანტის არგუმენტაციის ფარგლებში დანაშაულის სუბიექტი უპირატესად აღიქმება როგორც ფსიქოფიზიკური სისტემა, ჰეგელთან ის, ისევე როგორც იაკობსთან, (უფლებებითა და) მოვალეობებით დაფუძნებული სამართლებრივი პიროვნებაა. აქედანვე გამომდინარეობს ჰეგელის ფრთოსანი შედარებაც, რომ სასჯელი არის გამოხატულება პატივისცემისა დამნაშავეს მიმართ, რადგან ის (სასჯელი) აღიარებს მას (დამნაშავეს) როგორც გონიერ - მაშასადამე, არა უბრალოდ ფსიქოლოგიურად თუ ფიზიკურად დაშინებულ ფსიქოფიზიკურ - ქმნილებას. მაგრამ სწორედ სასჯელთან მიმართებაში იკვეთება იაკობსის თვალთახედვის ფუძისეული შეუთავსებლობა ჰეგელიანურ კონცეფციასთან. თუმცადა თავად იაკობსს ეს სხვაგვარად წარმოუდგენია. რა დროსაც ჰეგელის ამოსავალი მომენტი გნოსეოლოგიურ კრიტერიუმებზე აგებული სამაგიეროს მიზღვაა, იაკობსი ამოდის ზოგადი პრევენციის პრიორიტეტულობიდან. მიუხედავად ამისა, სასჯელის ცნებასთან მიმართებაშიც მას ძირითადი აქცენტი გადააქვს არა განსხვავებებზე თავის ცნებასა და ჰეგელიანურ კონცეფციას შორის, არამედ პარალელებზე, სახელდობრ, „სამართლის - რეტრიბუციური - აღდგენის“ (პირველ) და „ნორმის - ზოგადპრევენციული - სტაბილიზების“ (მეორე შემთხვევაში) თვალსაზრისით ანუ სამართლებრივი კონფლიქტის ნეიტრალიზების გაგებით: „მასთან აღინიშნება, რომ 'სამართლის, როგორც სამართლის, დარღვევა' 'თავის თავშივე ბათილია', აქ - ნამდვილი საზოგადოებისთვის ნორმის დარღვევა არ არის განმსაზღვრელი. იქ კვლავაც აღინიშნება, რომ ბათილობა ვლინდება სამართალდარღვევის განადგურებაში, აქ - ირელევანტურობა ნორმის დამრღვევთან ერთობის გამორიცხვიდანაა ამოსაკითხი“<sup>2</sup>. მაგრამ საქმე ის არის, რომ განსხვავებები ძირეულია, პარალელები კი - ფორმალური.

ლეში, რომელიც ბონის სისხლის სამართლის სკოლის, ისევე როგორც ზოგადად თანამედროვე გერმანული დოგმატიკის ერთ-ერთი წამყვანი წარმომადგენელია, პირველია, ვინც პრევენციული თვალსაზრისის უკვე *საუკუნოვან ბატონობას* სისხლის სამართალში, კვლავ - ყოველგვარი ორჭოფობის გარეშე - რეტრიბუციონიზმს უპირისპირებს. ამ მხრივ, გვსურს, უწინარეს ყოვლისა, მოვიტანოთ მისი კლასიკურად ქცეული დებულება, რომელიც თანაბრად მიიმართება როგორც პირველადი, ისე მეორადი, როგორც ზოგადი, ისე კერძო პრევენციის დომინირების წინააღმდეგ: „სასჯელის პრევენციული თეორიები ქმედებაზე ორიენტირებულ ბრალის პრინციპთან შეუთავსებელია. და დღეს გაბატონებული თვალთახედვის საწინააღმდეგოდ, საერთოდ, სადავოა, სასჯელის პრევენციული მიზნების საწყისზე დანაშაულის

<sup>1</sup> Günther Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, München, 1992, გვ. 13, 42 და passim.

<sup>2</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., გვ. 108.

ფუნქციონალური სისტემის აგება მიღწევადია, რამეთუ ქმედებაზე ორიენტირებულ ბრალსა და პრევენციულ სასჯელს შორის ორმხრივი ფუნქციონალური კავშირი სწორედ რომ არ არსებობს. ქმედებაზე ორიენტირებული ბრალის მოქმედი კონცეფციის შესაბამისად სასჯელი რეტროსპექტიული რეაქციაა, პასუხი დანაშაულის შემადგენლობით კონტურირებულ განხორციელებულ ქმედებაზე. რაც ამ განხორციელებულ ქმედებას შეეხება, როდესაც სასჯელი მოიყვანება მოქმედებაში, პრევენციის ყოველგვარი სახე, სახელდობრ, ყოველგვარი აცილება და დაცვა ყოველთვის მეტისმეტად დაგვიანებულია. პრევენციული 'სასჯელის' ამის შედეგად კონსტატირებული 'უსუსურობისა' და 'გაშეშების' გათვალისწინებით, ამ ქმედების მომენტები ვერც პრევენციული თვალსაზრისებით განისაზღვრება<sup>1</sup>. აღსანიშნავია, რომ აქ ადგილი აქვს ბრალის ინტერაქციონისტული გაბათილების მხოლოდ ინდიცირებას, რადგან ეს შიშველი რეტროსპექტიულობის ამარა ისევე მიუღწეველია, როგორც მხოლოდ პროსპექტიული კონცეფციების შემთხვევაში. არსებითად მომდევნო ცალმხრივობასთან გვაქვს საქმე თანამედროვე დოგმატიკაში განსახილველ სიბრტყეზე, ს. შ., მიხაელ პავლიკთან<sup>2</sup>, რა დროსაც სასჯელი აღიქმება როგორც „დამნაშავის განკარგვა მის მიერ დარღვეული სამართლებრივი ურთიერთობის აღსადგენად“. „აღდგენასთან“ მიმართებაში, მაშასადამე, როგორც მივუთითეთ, უკვე ჰეგელის მიერ გამოკვეთილი ნიშნის შესაბამისად, საქმე ეხება არა პროსპექტიულს, როგორც ეს პავლიკთან არის ნაგულისხმევი, ან იმავე ზომით არც რეტროსპექტიულს, კერძოდ კი, ჰეგელისეული გაგებით, არამედ კონცეპტუალიზების საგანია „აქ და ახლა“. ოღონდაც იზოლირებულად მოცემული განზომილებაც როდი წარმოქმნის სამართლებრივ-თეორიულად აქტუალურ გარდასახვას. აწმყო თავის თავშივე და როგორც ასეთი არ წარმოადგენს ფენომენს, რომელიც დანაშაულს და სასჯელს ჰყოფს ან აერთიანებს, არამედ აქციაც და რეაქციაც ჭეშმარიტად სამართლებრივად განმსაზღვრელია სწორედ მხოლოდ როგორც *მრავალგანზომილებიანი* მოვლენა. აწმყო, აღქმული განგრძობადობის ჭრილში და, ვთქვათ, მხოლოდ თავისთვის არსებული, არასოდეს არის ერთი და იგივე. ამიტომ, გადაგვაქვს რა მზერა სისხლისსამართლებრივ ურთიერთობაზე, შემთხვევითობა როდია, რომ ხსენებული, უკანასკნელი თვალსაზრისიდან გამომდინარე მომენტი, მსგავსად იზოლირებულად პროსპექტიული და იზოლირებულად რეტროსპექტიული ასპექტიდან გამომდინარე მომენტებისა, სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის წყვეტადობას სიმულირებს, ე. ი. მისი აწმყო განხორციელებულ ქმედებასთან მიმართებაში ამ ეტაპზეც გვისხლტდება ანუ მოითხოვს გადაწყვეტას მით უფრო გარკვევით.

<sup>1</sup> Lesch, Verbrechensbegriff, გვ. 170 მ.

<sup>2</sup> Michael Pawlik, Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Strafrechtstheorie, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 7/2006, გვ. 283.



II

პროსპექტიული კონცეფციები  
(პრევენციული თეორიები)

1. ნეგატიური ზოგადი პრევენცია  
(პირველადი პრევენცია - ფსიქოლოგიური იძულების თეორია)

ანზელმ იოჰან პაულ ფონ ფოიერბახის ფსიქოლოგიური იძულების თეორია<sup>1</sup> არსებითად უსაფუძვლო კრიტიკის საგანია. უწინარეს ყოვლისა, პრიორიტეტულად მტკიცება იმისა, თითქოს სისხლის სამართალი ყალიბდებოდეს საზოგადოებაში იმ განზრახვით, რომ პირი უკვე განხორციელებული დანაშაულისთვის დავსაჯოთ - რეპრესიულად თუ შემდგომი სპეციალურ- ან ზოგადპრევენციული მიზნით, ალოგიზმია. ამას ვერ იგუებს სისხლის სამართალი ვერც დეფინიციურად ან კატეგორიალურად, ვერც ნორმატიულად ან ფუნქციონალურად. დიახ, თავის დროზე ჯალათის ინსტიტუტის შემოღებაც სისხლისსამართლებრივი აზრის დიდი მონაპოვარი იყო (რადგან ერთი დარტყმით ყველას როდი შეეძლო თავი გაეგდებინებინა განსასჯელისთვის) და კენისთან მოტანილ მაგალითშიც კატასტროფით გზააბნეული მეზღვაურები ნაპირზე აღმართულ სახრჩობელას აღტაცებით აღიქვამდნენ როგორც ცივილიზებულობის ნიშანს. მაგრამ მტკიცება იმისა, რომ დასჯის მოწესრიგება უფრო მნიშვნელოვანი იყოს, ვიდრე დანაშაულის თავიდან აცილება, რბილად რომ გავიმეოროთ, უზუსტობაა. ამრიგად, ბრალის გაბათილება თუ მეორადი პრევენცია, როგორც თანამედროვე სისხლის სამართლის ცენტრალური დილემა, მეორეხარისხოვანი საკითხია, მთავარი კი ყოვლად წინმსწრები ზოგადი პრევენციაა.

განსახილველი თეორიის წინააღმდეგ, სისხლისსამართლებრივი ტექნიკის თვალსაზრისით, გავრცელებული არგუმენტაცია სამ ძირითად მიმართულებად შეიძლება დაიყოს. ა) მოსაზრება იმის თაობაზე, რომ დამნაშავეთა უმეტესობა დარწმუნებულია სასჯელის თავიდან აცილებაში, თითქოს ზოგადი პრევენციის არაეფექტურობას მოწმობდეს, არ არის დამაჯერებელი. ჯერ ერთი, საკმარისია უარყვოთ დასჯის მუქარა, რათა დანაშაული სოციალური თანაცხოვრების გამონაკლისიდან სოციალური თანაცხოვრების წესად გარდაისახოს. დელინკვენტთა პროცენტული მიმართება საზოგადოების კანონმორჩილ მოქალაქეებთან - დასჯის მუქარის ზოგადი პრევენციის პირობებში - მოწმობს სწორედ იმას, რომ დანაშაულის ფენომენი გამონაკლისის ზღვარს არ სცილდება (ჩვეულებრივ,<sup>2</sup> არავინ არის შეპყრობილი შიშით, რომ გახდება დანაშაულის მსხვერპლი ანუ საქმე გვაქვს ფუნქციონირებად

<sup>1</sup> Anselm Johann Paul von Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Erfurt, 1799, გვ. 42 და passim.

<sup>2</sup> თუმცადა გამოსაყოფია სისხლის სამართლის აქილევსის ქუსლი - ლატენტური ხულიგნობა, რომელსაც თანამედროვე სისხლის სამართალი ეფექტურად „ვერ“ ებრძვის.

საზოგადოებასთან გენერალური პრევენციის შედეგად). მეორეც, შესაბამისად, დასჯის მუქარით დანაშაულის გამონაკლისად ლოკალიზება ზოგადი პრევენციის *მნიშვნელოვანი* ეფექტურობის ამსახველია. გარდა ამისა, მოცემული პროცენტული თანაფარდობის პირობებში დამნაშავეთა რა რაოდენობა იმედოვნებს, რომ ქმედება დარჩება ლატენტური (დანაშაულის სწორი დაგეგმვის, დელინკვირების ხელსაყრელი ვითარებით სარგებლობის და ა. შ. შედეგად), ამას უკვე გადამწყვეტი მნიშვნელობა ვერ ექნება. ბ) ფოიერბახი 1813 წლის ბავარიის რეფორმირებული სისხლის სამართლის კოდექსის ავტორია და ვის, თუ არა მას, ჩინებულად გაეგება, რომ სისხლის სამართლის კანონი შეიძლება დაირღვეს. მაგრამ, როგორც ამავე არგუმენტაციის პირველ პუნქტში ვიხილეთ, ის ირღვევა მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში. ამიტომ ლემის ზემომოტანილი, მოცემული თეორიის წინააღმდეგ მიმართული ერთ-ერთი ცენტრალური არგუმენტი, რომლის თანახმადაც აქ და ამით ზოგადი პრევენციის თეორია კაპიტულირებს, ასევე მოკლებულია დამაჯერებლობას. ბევრად უფრო მეტი: როგორც შევნიშნეთ, დელინკვირების შემთხვევაში ფოიერბახი არ ამოდის არც მეორადი ზოგადი და არც სპეციალური პრევენციიდან, არამედ *მხოლოდ და მხოლოდ რეტრიბუციური მომენტიდან*. მართალია, ეს ასპექტი ფსიქოლოგიური იძულების თეორიაში ინტეგრირებულად ვერ მიიჩნევა, მაგრამ სავსებით ინტეგრირებადია. შესაბამისად, ცდება არა ფოიერბახი, არამედ ლემი, რამეთუ სასჯელი მხოლოდ ლინჩის წესის საპირწონე ინსტიტუტი არ არის. გ) ფოიერბახის მიხედვით, სანქცია იმგვარად უნდა აიგებოდეს, რომ შესძლოს შეაკავებინოს თავი პოტენციურ დამნაშავეს დანაშაულის ჩადენისაგან. ფსიქოლოგიური იძულების თეორია, როგორც ნეგატიური ზოგადპრევენციული კონსტრუქცია, ამდენად, დაშინების მომენტზე აიგება, რის შედეგადაც სანქციის ადრესატი, როგორც ფსიქოფიზიკური სისტემა, როგორც ინდივიდი და არა უფლებებითა და მოვალეობებით დაფუძნებული პიროვნება, სამართლებრივი გაგებით, ძნელად თუ მოიაზრება სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტად. მაგრამ ისმის გულწრფელი კითხვა: არის კი შესაძლებელი მოცემული ნომინალურობის გამო თეორიის უარყოფა? გარდა ამისა, ყოველივე ფსიქიკურის ან ზოგადად ფსიქოსომატურის, როგორც ნატურალიზმების, მარგინალიზება სისხლისსამართლებრივ კონტექსტში დოგმატურად არასასურველია. თვალსაჩინო შედეგი იურიდიულ პირთა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის მაგალითზე - რა, როგორც *სასჯელის* ადრესატი.

## 2. ფონ ლისტის სპეციალური პრევენცია

ფრანც ედუარდ რიტერ ფონ ლისტი წინა საუკუნის დასაწყისიდან დღემდე კონტინენტური სისხლის სამართლის ყველაზე გავლენიანი თეორეტიკოსია. მის მიერ შექმნილი დანაშაულის სამსაფეხურიანი ცნება *mutatis mutandis* დღესაც დანაშაუ-

ლის გაბატონებული მოდელია. ამავე დროს, გაბატონებულია დღემდე სასჯელის ცნებასთან მიმართებაში მის მიერ გამოყოფილი მეორადი პრევენციაც, როქსინის სპეციალური პრევენციისა და იაკობსის პოზიტიური ზოგადი პრევენციის ურთიერთდაპირისპირების სახით. თავად ფონ ლისტი თავის ცნობილ „მარბურგის პროგრამაში“ (1882) სპეციალური პრევენციის განმსაზღვრელი მნიშვნელობის გამოკვეთას ცდილობდა, უპირატესად ნეგატიურ ჭრილში, - ნეგატიურობა აქ გაგებული არაა, უბრალოდ, მეორადობის სახით, არამედ დანაშაულის სუბიექტისადმი კვაზისოციალური მიდგომ(ებ)ის სახით.<sup>1</sup> აღსანიშნავია, რომ ფონ ლისტმა ამით ერთობ გაუმართლებლად გაბედული ნაბიჯი გადადგა. დავაკვირდეთ იმჟამინდელ დოგმატურ რეალიებს. ერთის მხრივ, დომინირებს ჰეგელიანელებისა და ბინდინგის რეტრიბუციური კონცეფცია, მეორეს მხრივ კი, პარალელურად ასევე დომინირებს ფოიერბახის ფსიქოლოგიური იძულების თეორია ანუ ნეგატიური ზოგადი პრევენცია. გასაგებია, რომ ამ ორივე მიმდინარეობას მეტად თუ ნაკლებად ახასიათებს თავისებური ნაკლოვანებები, მაგრამ რას გვთავაზობს თავად ფონ ლისტი მათ სანაცვლოდ? ა) ხედავს რა სასჯელის არსს ინდივიდუალურ პრევენციაში, ის უგულვებლყოფს სასჯელით დაზარალებულის ინტერესის დაკმაყოფილების მომენტს, რაც მძიმე ხარვეზია. ბ) იმის ლეგიტიმაციის საფუძველი, რომ პირი დავსაჯოთ არარსებული, განუხორციელებელი დანაშაულის გამო ანუ მომავალში შესაძლო დელიქტის თავიდან აცილების მიზნით, თეორიულად არ მოიპოვება. და გ) იქ, სადაც უარიყოფა დანაშაული, როგორც პასუხისმგებლობის საფუძველი, უარიყოფა აგრეთვე დანაშაულის სუბიექტის, როგორც პასუხისმგებელი არსება. მაგ., ეს უკანასკნელი მომენტი, თავის მხრივ, ძნელად შეთავსებადს ქმნის კლაუზ როქსინის შემოქმედებაში მის არტ. კაუფმანის კონცეფციიდან მომდინარე ქმედების პერსონალურ მოძღვრებასა და ფონ ლისტის მეორადი პრევენციის დებულებიდან აღმოცენებულ სასჯელის სპეციალურპრევენციულ თეორიას.

დელინკვენტს, როგორც სასჯელის ადრესატს, და, შესაბამისად, თვით სასჯელსაც ფონ ლისტი სამ ძირითად ტიპად ჰყოფს: 1. შემთხვევით დამნაშავედ, რომელიც „memento“-თი უნდა აილაგმოს ანუ მხილებით შეკავდეს, 2. გამოსწორებად დამნაშავეს, რომლის მიმართაც გამოსაყენებელია თავისუფლების აღკვეთა და 3. გამოუსწორებელ ნოტორიულ დამნაშავეს, რომელიც უნდა იმყოფებოდეს „სისხლისსამართლებრივ ყმობაში“ განუსაზღვრელი დროით<sup>2</sup>. რასაკვირველია, ფონ ლისტი იმავდროულად არამცთუ იგნორირებს კრიმინოლოგიურ ასპექტს, არამედ ქმედითად იკვლევს დანაშაულის მიზეზებს, ცდილობს რა მათ მაქსიმალურად შესაძლო აღმოფხვრას, უწინარეს ყოვლისა, დანაშაულის სოციალური დეტერმინანტების ნე-

<sup>1</sup> Franz Eduard Ritter von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: 3 ZStW 1, გვ. 33-34 და passim, 1883 ("Marburger Programm").

<sup>2</sup> Ibid., გვ. 36 მმ, 39 მ.

იტრალიზებით. უკეთ რომ ვთქვათ, ფოიერბახის თეორიის უარყოფით წარმომდგარ საწყის ზოგადპრევენციულ ვაკუუმს აქ ერთგვარად კრიმინოლოგიური კომპონენტები ავსებს. უნდა აღინიშნოს, რომ ამ კონტექსტში სოციალურობის ასპექტზე ლისტისეული რეკურსი - ზოგად პრევენციასთან ყოველგვარი ჭიდილის მიღმა, დღესაც არანაკლებ აქტუალურია, უფრო ზუსტად, უნდა იყოს არანაკლებ აქტუალური თანამედროვე სისხლის სამართლის დოგმატიკაში. მაგრამ იმას, რასაც ფონ ლისტთან სოციალური ასპექტის თემატიზების მხრივ დელინკვირების შემდგომ ეტაპზე ვხვდებით, ორდინარული ტოტალიტარიზმია: დანაშაულის მსხვერპლისა და დანაშაულის სუბიექტის უგულვებლყოფა, დელიქტი როგორც საბაზი<sup>1</sup> და არა მიზეზი სისხლისსამართლებრივი რეაქციისა და სხვა - ეს ყოველივე ტოტალიტარული სოციოლოგიზმებია, რომელთა დასაბუთება სისხლის სამართალს არ ძალუძს. მოკლედ რომ ვთქვათ, ფონ ლისტის სოციოლოგიური სკოლა, უპირისპირდება რა ბინდინგის კლასიკურ სკოლას, ცალსახად მარცხდება. ეს დაპირისპირება, თანამედროვე სისხლის სამართლის ენაზე რომ შევნიშნოთ, არის დაპირისპირება სასჯელის აზრსა და სასჯელის მიზანს შორის. ბინდინგისა და ფოიერბახის კონცეფციათა კოლიზიის მაგალითზე, როგორც ვიხილეთ, მარცხდება აზრი მიზანთან მიმართებაში, ფონ ლისტისა და ბინდინგის თვალთახედვათა ურთიერდაპირისპირების მაგალითზე კი, როგორც ვხედავთ, მიზანი კაპიტულირებს აზრის წინაშე. ვფიქრობთ, აქედან გამომდინარე თეორიული შედეგები ნათელია - ვერც ერთი კონცეფცია სისხლისსამართლებრივ სინამდვილეს ვერ უმკლავდება. მაგრამ დავაზუსტოთ: „ლისტის მიხედვით, სასჯელის მიზანი მდგომარეობდა მხოლოდ სოციალურ ფუნქციაში. ლისტისთვის არსებობდა მხოლოდ და მხოლოდ დაცვითი და მიზნით დაფუძნებული სასჯელი“<sup>2</sup>. - ეს სასჯელის უარყოფაა, პრევენციული ღონისძიებების სასარგებლოდ.

### 3. პოზიტიური ზოგადი პრევენცია (მეორადი ზოგადი პრევენცია)

იაკობსის პოზიტიური ზოგადი პრევენციის თეორია სასჯელის ყველაზე გავრცელებული კონცეფციაა თანამედროვე სისხლის სამართალში.<sup>3</sup> მას მნიშვნელოვან კონკურენციას მხოლოდ პოზიტიური სპეციალური პრევენციის თეორია უწევს, რომ-

<sup>1</sup> Lesch, Verbrechensbegriff, passim.

<sup>2</sup> Christian Kassekert, Strafrecht im Dritten Reich, in: Das Strafrecht vor neuen Herausforderungen, Bd. 21, Berlin, 2009, გვ. 168.

<sup>3</sup> საქართველოს სსკ-ის 39-ე მუხლის (სასჯელის მიზანი) მე-2 პუნქტის პირველ ნაწილშიც სწორედ იაკობსის პოზიტიური ზოგადი პრევენციაა პოსტულირებული: „სასჯელის მიზანი ხორციელდება მსჯავრდებულსა და სხვა პირზე ზემოქმედებით, რათა ისინი განიმსჭვალონ მართლწესრიგის დაცვისა და კანონის წინაშე პასუხისმგებლობის გრძნობით“.

ლის მთავარი წარმომადგენელი, როქსინი, თავის სახელმძღვანელოში შენიშნავს, რომ დღეს ლიდერობს ზოგადი პრევენცია, მაგრამ იტოვებს სამომავლოდ სპეციალური პრევენციის დაწინაურების იმედს<sup>1</sup>. იაკობსის სასჯელის თეორიის არსი განსაკუთრებით ნათლად იკვეთება მისსავე ბრალის ფუნქციონალური ცნებისა და სასჯელის ურთიერთმიმართების მაგალითზე. იაკობსთან ბრალის ცნებას „მხოლოდ მიზანი სძენს შინაარსს“<sup>2</sup>, რომელიც, თავის მხრივ, პოზიტიურ ზოგად პრევენციაში კრისტალიზირებს, კერძოდ კი, „იმ მოლოდინთა გარანტიის გაგებით, რომელთა გაწვილების მიმართ სიმტკიცე წესრიგს თვითშენარჩუნებისთვის ესაჭიროება“, ანუ „ნორმის ზოგადი აღიარების შენარჩუნების“ გაგებით, „ნორმის მართებულობაში ნდობის დადასტურების“ თვალსაზრისით<sup>3</sup>. ბრალის ცნება, ამისდა კვალად, „ფუნქციონალურად უნდა აიგებოდეს, ე. ი. როგორც ცნება, რომელიც განსაზღვრული კონსტიტუციის საზოგადოებისთვის რეგულირების რეზულტატს რეგულირების განსაზღვრული ორიენტირის შესაბამისად (სასჯელის მიზნის მოთხოვნათა მიხედვით) წარმოქმნის (ხაზგასმა მოხსნილია - ლ.-გ. კ.)“<sup>4</sup>. ამ მიზანზე, რომელიც ცნების აუცილებელ ნიშნად ვითარდება, ბრალს არ აქვს მალიმიტირებელი ზეგავლენა (ის აქ, როგორც „ზოგადი პრევენციის დერივატი“, ზღუდავს „სპეციალური პრევენციისთვის საჭირო სასჯელს“, როგორც ცნების მიღმა მდებარე მიზანს) და „ბრალი, რომელშიც მიზანია შესული, აფუძნებს ბრალს (ხაზგასმა მოხსნილია - ლ.-გ. კ.)“, კერძოდ კი, არა „ბრალის გაბათილების გამო“, არამედ „წესრიგის შენარჩუნების“ ანუ „სამართლისადმი ერთგულებაში მოქცევის“ ზემოხსენებული გაგებით<sup>5</sup>.

ამასთანავე, იაკობსი რეპრესიული მომენტის პრობლემატიზებას თავს არ არიდებს, თუმც, რასაკვირველია, გაკვრით და პერიფერიულად. მაგრამ დიფერენცირება „სასჯელის მნიშვნელობას“, როგორც „წინააღმდეგობას (მართლ-)წინააღმდეგობისადმი“, და სასჯელის მიზანს, როგორც „ტკივილის მიყენებას“, შორის, წინააღმდეგობის „კოგნიტიური გამყარების“ გაგებით<sup>6</sup>, ჯერ სულაც არ მიყვავართ ჭეშმარიტად სამართლებრივის მიმართ პრინციპული გარდასახვისაკენ. მაგალითად, საყვედური, თითქოს სასჯელით „ნორმის მოქმედების კოგნიტიური უზრუნველყოფა“<sup>7</sup> იმ მიზეზით ვერ მიიღწეოდეს, რომ ის თვით გამამტყუნებელ ვერდიქტში საკმარისად გამოვლენილია<sup>8</sup>, სულაც არ გამოირჩევა აქსიომატური სიცხადით და ასეც რომ იყოს, ეს მოცემულ კონტექსტში პრობლემის გადაჭრაზე ორიენტირებულ სხვაობას

<sup>1</sup> იხ., მაგ., წინამდებარე გამოცემა Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 3. Aufl., München, 1997.

<sup>2</sup> Jakobs, Schuld und Prävention, Tübingen, 1976, გვ. 14.

<sup>3</sup> Ibid., გვ. 24, 32; იგ.: Strafrecht AT, 1/4 მმ, 17/22; Schuldprinzip, გვ. 25.

<sup>4</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 17/22.

<sup>5</sup> Ibid., 17/18 (სქ. 45); იგ., Schuld und Prävention, გვ. 32 მ.

<sup>6</sup> Jakobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn, 2004, გვ. 29 მმ.

<sup>7</sup> Ibid., გვ. 29.

<sup>8</sup> Jochen Bung, Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 2/2006. გვ. 67.

მაინც ვერ მოგვეცემდა<sup>1</sup>. სხვაგვარ ვითარებასთან გვაქვს საქმე პირველ ასპექტთან მიმართებაში, ანუ იმასთან, რაც აქ „კოგნიტიურად გასამყარებელია“. „წინააღმდეგობას (მართლ-)წინააღმდეგობისადმი“, იმავდროულად, არ ძალუძს წარმოადგინოს ამოსავალ მომენტად „ნორმის მოქმედების ზიანის“ გაბათილება - *წმინდად მეტა-პრევენციული* მომენტი!<sup>2</sup> არამედ სწორედ ცალმხრივად-„კომუნიკაციურად“ (რადროსაც, ს. შ.: ნორმის დამრღვევმა უნდა, უბრალოდ, შესძლოს [„სასჯელიდან გამომდინარე იძულების“] „მნიშვნელობის“ ანუ „ქმედებაზე პასუხის“<sup>3</sup> აღქმა<sup>4</sup>) იმის პოსტულირებამდე დაიყვანება, რომ დელინკვენტის მიერ დეზავუირებული ნორმა მოქმედებს<sup>5</sup>. ამ მიზეზით დგება დღის წესრიგში, საერთოდ, „წინააღმდეგობის გამყარება“, როგორც „სასჯელის მიზანი“. დელინკვენტის „სამყაროს გეგმის“ წინააღმდეგ მიმართული „შეპასუხების“ ამგვარ ლინეარულობას<sup>6</sup>, როგორც შევხებით, ავლენს ყოველი ბრალად შერაცხვა<sup>7</sup>, სახელდობრ, იმ ზომით, რომ ამ მხრივ არც გამორიცხული ან გაუქმებული სასჯელის შემთხვევაშიც არაფერი იცვლება. მაგრამ რაც ამ სიბრტყეზე ზოგადად მოცემული არ არის, ნორმის (მოქმედების) დეზავუირებისადმი მიმართული „წინააღმდეგობის“ ინტერაქციონისტულად განმსაზღვრელი ფორმაა. მხოლოდ გამონაკლისის სახით, სადაც დანაშაულის მეტაინსტრუმენტული შედეგები სოციალურად მკრთალდება, ისინი, როგორც აღვნიშნეთ, უკვე გამამტყუნებელ ვერდიქტშიც შესაძლოა გაბათილებულად მივიჩნიოთ და ყოველივე საყოველთაოდ აღიარებული ბრალსა და სასჯელს შორის ამ მონაკვეთში შებრუნებულია, კერძოდ კი, ბრალი, როგორც გასაკიცხაობა, აქ სასჯელს კი არ აფუძნებს, ამრამედ სწორედ ზედმეტს ქმნის. ყოველ შემთხვევაში, და ეს მთავარია, მეტაინსტრუმენტული შედეგების ანუ გაბათილებული „ნორმის მოქმედების ზიანის“ დონეზე არ მოიპოვება სოციალური კონფლიქტი, რომელშიც სახელმწიფო შეიძლება და შეჭრილიყო („ნორმის მოქმედების“) გარანტის სახით. ამდენად, ბრალის გაბათილება დაუშვებელს ქმნის „ნორმის მოქმედების“ აპოსტერიორულ პრევენციულად ამოწურულ თუ სხვაგვარ „კოგნიტიურ დაზღვევას“, არამედ მოიცავს მას ინტერაქციონისტულად რელევანტური ფორმით, როგორც თავისთავადობას, რა დროსაც თვით კონფლიქტი „საზოგადოების გარემოში“ კი არ გადაიტანება, არამედ სოციალურის განგრძობადობით აბსორბირებულია.

<sup>1</sup> არამედ გადამწყვეტია, ამ სახის უბრალო „ინტენსივირებებში“ შეიძლება თუ არა, საერთოდ, მოიძიებოდეს ჭეშმარიტად სამართლებრივი.

<sup>2</sup> მაგრამ ამგვარად Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 3/2004. გვ. 91.

<sup>3</sup> Ibid., გვ. 88.

<sup>4</sup> მოცემულია თუ არა ამჯერადაც ცალმხრივი „კომუნიკაციიდან“ წარმოდგარი „ფორმალური პიროვნულობის“ შიშველი გარდამავლობა (Jakobs, Norm, 1. Aufl., გვ. 82) ანუ „ფორმალურად გონიერი პიროვნების“ ცნება, როგორც დამხმარე ცნება, ამას განსახილველ კონტექსტში შეიძლება არც შევხებით.

<sup>5</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, გვ. 91.

<sup>6</sup> Jakobs, Schuldprinzip, გვ. 27.

<sup>7</sup> შდრ. Jakobs, Norm, 1. Aufl., გვ. 105.

სხვა სიტყვებით, საქმე არ ეხება ნორმის დარღვევებისადმი ჩასაფრებულ „კომუნიკაციის მონაწილეებს“, სადაც გადამწყვეტი „გავრცელების ეფექტური გამორიცხვალა“ იქნებოდა, არამედ ფუნქციონირებადი (=განგრძობადი) საზოგადოების ინტერაქციის პარტნიორები, უწინარეს ყოვლისა, თავად წარმოადგენენ იმ სუბიექტებს, რომელთათვის ნორმის დარღვევა მიუღებელია და სპეციფიკურობა, რომელიც აქ თავს იჩენს, ბრალის გაბათილების მოლოდინია. არა დამნაშავეს მხრიდან გაწვილება წარმოქმნიდა მოცემულ კონტექსტში „გავრცელების გამორიცხვის“ უშუალო საჭიროებას, არამედ აღნიშნული მოლოდინის გაწვილება საზოგადოების მხრიდან. განსხვავებით თვით დელიქტური ქცევისაგან, დამნაშავეს პიროვნებასთან მიმართებაში საზოგადოების ეს წარუმატებლობა ძირს უთხრის მის ნამდვილობას, მხოლოდ ამით გადაიქცევა დელინკენტიც ინტერაქციის ყველა დანარჩენ პარტნიორთან ერთად „არანამდვილ პიროვნებად“<sup>1</sup>, ვინაიდან ქცევის, რომლის საწყისიც ინტერაქციონისტულად აღიქმება, იმავე სახით ანუ ჭეშმარიტად სოციალურად (სამართლებრივად) დეკოდირება არ ხდება. ნორმის დამრღვევთან „სოლიდარობის“ ყოველგვარი გამორიცხვა, ამრიგად, ემსახურება „საზოგადოების“ ფორმალურ შენარჩუნებას, რომელშიც უკვე „მართვის“ პრევენციული ტოპოსია განმსაზღვრელი. თუმც არ ვლინდება ქმედების იაკობსისეული აზრობრივი დატვირთვა როგორც ინტერაქციონისტული, არამედ როგორც ლინეარულად-„კომინიკაციური“, მიუხედავად ამისა, მისი კონცეფცია სწორედ რომ არ მოიცავს ერთიან კრიტერიუმს კომპლექსიისთვის, რომ ზემოგანვითარებულ კონტექსტში საზოგადოების ნამდვილობა არ დეგრადირებს; არამედ აქ ქვაკუთხედი თვალსაჩინოა, რომელმაც მინიმუმებულ პრინციპულ შეუსაბამობას ფორმა უნდა შესძიონს. სახელდობრ, საქმე ეხება იაკობსის ნორმის თეორიასა და სასჯელის თეორიას, კერძოდ კი, უწინარეს ყოვლისა, მისი პიროვნების თეორიის პრიზმაში: „პიროვნებები საზოგადოების მხრიდან არ იმართებიან, არამედ ყალიბდებიან და თუ ფორმალურ კონსტიტუციასთან ვრჩებით, სხეულებრივი ქცევის საშუალებათა ჩამორთმევით, სადაც ნორმა ნამდვილია, დასტურდება მატერიალურად ნორმის შესაბამისი როგორც ერთადერთი აღქმადი ფორმა. სანამ ეს დასტური მიიღება, საზოგადოების ნამდვილობის მიმდინარეობისთვის ყოვლად უმნიშვნელოა, შემდგომი შედეგები დადგება თუ არა“<sup>2</sup>, მაგრამ რომელთა თავიდან აცილება პოზიტიური გენერალური პრევენციის საკვანძო ამოცანაა და ის თავისი შინაარსით, როგორც „სამართლისადმი ერთგულებაში მოქცევა“, ვითარდება არა სადღაც „მატერიალურად ნორმის შესაბამისის“ პრიორიტეტულობის „დადასტურებისაგან“ იზოლირებულ სფეროში, არამედ განასახიერებს ნორმის დარღვევის „გავრცელების გამორიცხვას“ (ე. ი. საზოგადოების ნამდვილობა პრევენციაზე მიჯაჭვული რჩება, კერძოდ კი, აქედან გამომდინარე შედეგებზე).

<sup>1</sup> Ibid., გვ. 82 მმ, 99 მმ; იგ., Individuum und Person – Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 117, 2005, გვ. 259 და passim.

<sup>2</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 17/22.

როგორც ვიხილეთ: საზოგადოება აყალიბებს აქ პიროვნებებს *ნორმების* მეშვეობით, რომლებითაც ის, თავის მხრივ, თვითონვე ყალიბდება. ამასთანავე, თუ მოცემულ კონტექსტში ნორმა, რაც, მამასადაძამე, შეეხება პიროვნების კონსტიტუციას, არის კონცეპტუალიზებული არა როგორც „ინსტიტუციონალიზებული მოლოდინი“<sup>1</sup>, არამედ როგორც იმპერატივი<sup>2</sup>, რომელიც „მართავს“ და „განაგებს“, პიროვნების იაკობსისეულ ცნებაში ჭეშმარიტად სოციალურად ვერც ვერავითარ ნაყოფს ამოვიცნობდით. მაგრამ ნორმის დონეზე აშკარა გარღვევას როდი მოსდევს იგივე გარღვევა სასჯელის დონეზე, არამედ იქ ის სწორედაც უკუიქცევა: პოზიტიური ზოგადი პრევენციის თეორია მეტყველებს მხოლოდ იმას, რომ ჭეშმარიტად სოციალურად აგებულ საზოგადოებაში ადგილი ვერ ექნება „მართავს სასჯელის შიშით“<sup>3</sup>, მაგრამ თვით მართვის მომენტს არ თმობს (მაგ., როგორც „სასჯელით მუქარისა და სასჯელის“ საერთო მნიშვნელს, რომელმაც „ნორმის მოწყვლადობა“ უნდა დააზღვიოს<sup>4</sup>), არამედ წარმოაჩენს მხოლოდ სხვაგვარი მოდალობით, სახელდობრ, ზემოხსენებული გაგებით ან, უფრო ზუსტად, „ნორმის შესაბამისი ქცევის - ჩვეულებად - გახდომის“ გაგებით<sup>5</sup>. ნორმის ცნებასთან დაკავშირებით მიღებული - მარგინალურად წარმოდგენილი „სასჯელით მუქარის“ მართვის მომენტის გამოკლებით - შემეცნებები აქ ნორმის ყოველი დარღვევის შემთხვევაში, რომელსაც სასჯელი მოსდევს, იფანტება, კერძოდ კი, შეუქცევადად სწორედ „შემდგომი ეფექტების“ გათვალისწინებით, რადგან უკვე საქმე ეხება „პიროვნებებს“, რომლებიც პოზიტიური ზოგადი პრევენციით „ნორმისადმი ერთგულების“ მიმართულებით სულმუდამ მეტად თუ ნაკლებად ეფექტურად იმართებიან. შესაბამისად, ამ კონტექსტში უფრო „დაბნეული ინდივიდები“ იჩენენ თავს, ვიდრე „კომპეტენტური პიროვნებები“, ანუ ის არ გადმოგვცემს ჭეშმარიტად სოციალურ სინამდვილეს, არამედ იხრება ინსტრუმენტულად გაჯერებული „სოციალურობისაკენ“. პიროვნების შესახებ იაკობსის თეორიის საზოგადოებრივ-თეორიული ბირთვი იკვეთება, ამისდა კვალად, როგორც უპირატესად აბსტრაქტული, რომელიც მხოლოდ იმ ასპექტში ექვემდებარება ჭეშმარიტად სოციალურ ჭრილში ნაყოფიერ გამოყენებას, რომელშიც სასჯელს სოციალურობისთვის ჯერ კიდევ არაფრის კონტრიბუირება არ უწევს. ამის საპირისპიროდ მაქსიმალურად თანმიმდევრულად განვითარებული ჭეშმარიტად სოციალური თვალსაზრისი უნდა ადასტურებდეს, რომ პიროვნებები საზოგადოების მხრიდან არც ნორმით, არც სასჯელით არ იმართებიან.

<sup>1</sup> Jakobs, Tun und Unterlassen, გვ. 20.

<sup>2</sup> Ibid.; იგ., Norm, 1. Aufl., გვ. 83.

<sup>3</sup> Jakobs, Schuldprinzip, გვ. 25.

<sup>4</sup> Ibid., გვ. 24 მ.

<sup>5</sup> Ibid., გვ. 25.



რაც აქ ნორმის მოქმედების ინსტრუმენტულ შენარჩუნებას უპირისპირდება, არის ნორმის მოქმედება ინსტიტუციონალური კომპტენტურობის ზოგადი, დელინკვენტის მომცველი განგრძობადობის ფარგლებში. თუ, მაშასადამე, თუ ვრჩებით სისხლისსამართლებრივ-თეორიული მსჯელობების ფარგლებში, რაც შეეხება ნორმასა და სასჯელს შორის ზემოხსენებულ ჭეშმარიტად სოციალურ კავშირს, ნორმის, როგორც იმპერატივის, რევიზიის ფარგლებში, ეს მხოლოდ ნახევარი მზერით აღქმული სინამდვილეა, რამეთუ სასჯელი, როგორც პრევენცია, ყოველ თავის გამოვლილებაში მხოლოდ მედლის მეორე მხარეა. სხვა სიტყვებით, სრულად განვითარებული ჭეშმარიტად სოციალური თვალთახედვის წინაპირობა სისხლის სამართალში გახლავთ ის, რომ *არც ნორმა, როგორც იმპერატივი, და არც სასჯელი, როგორც პრევენცია*, ლაიტმოტივად ვერ დამკვიდრდება. ამრიგად, იაკობსთან სასჯელის „მნიშვნელობის ასპექტთან“ მიმართებაში საქმე რომ ეხებოდეს „წინააღმდეგობას (მართლ-)წინააღმდეგობისადმი“ გაკიცხვითი შერაცხვის, *როგორც რეაქციისმაგვარი პროვიზორიუმის*, და სასჯელის, როგორც (ინტერაქციონისტული) რეაქციის დიფერენცირების ჭრილში, ანუ ბირთვულ სფეროში, სადაც არ არის აუცილებელი *სისხლისსამართლებრივად* რელევანტურის დენატურირება, სასჯელის ხსენებული მიზნისაგან მცირე რამ თუ დარჩებოდა ხელშესახები. ეს, თავის მხრივ, მოწმობს, რომ „სასჯელის მნიშვნელობა“, იაკობსისეული გაგებით, თუმც ავლენს ფორმალურ პარალელებს, უწინარეს ყოვლისა, ჰეგელის სასჯელის ცნებასთან, როგორც „უარყოფის უარყოფასთან“, მაგრამ არსებითად, ამის საწინააღმდეგოდ, კვლავაც პრევენციულად ორიენტირებული სასჯელის თეორიაა წარმოდგენილი<sup>1</sup>. სასჯელს, თავის მხრივ, თუ დავაკვირდით უფლო ახლოს“, „აქვს არა მიზანი, არამედ თავად არის მიზნის მიღწევა, სახელდობრ, საზოგადოების უცვლელი ნამდვილობის კონსტატაცია“<sup>2</sup>, მაგრამ სწორედ ამიტომ მხოლოდ მაშინ და მხოლოდ იქ, როდესაც და სადაც ის ბრალს აბათილებს<sup>3</sup>. საზოგადოება, რომელშიც ბრალის გაბათილება ვერ მიიღწევა, სულაც არ არის ფუნქციონირებადი საზოგადოება ან, უკეთეს შემთხვევაში, დროებით ქმედუუნარო საზოგადოება; ხოლო ის, რომელშიც ეს მიიღწევა, მაგრამ რომელსაც თავის ნამდვილობაში ნორმის დარღვევისაგან უბრალო დისტან-

<sup>1</sup> ჭეშმარიტად სოციალური თვალთახედვის სიბრტყე, თავის მხრივ, ამ თვალსაზრისითაც, შუაში მდებარეობს, კერძოდ კი, ბრალის „ლიკვიდაციაში“, როგორც წინაპირობაში „საზოგადოების ნამდვილობის“ განგრძობადობისთვის: საზოგადოებაში, რომლის ნამდვილობისთვის „ნორმის დარღვევის არამასშტაბურობა“ „ნორმის დამრღვევთან სოლიდარობის გამორიცხვით“ უნდა დადასტურდეს, არ არსებობს ადგილი კონფლიქტებისთვის (ნორმის დარღვევათა სახით), და სოციალური კონფლიქტი მოცემულ კონტექსტში არის *contradictio in adjecto*; მაგრამ, სხვა მხრივ, საქმე ვერც „სამართალდარღვევის განადგურებით“ „სამართლის აღდგენას“ შეეხება, ჰეგელისეული გაგებით, რომელიც მასში უკვე თავიდანვე ჭეშმარიტად სოციალურად კოდირებულია.

<sup>2</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., გვ. 106.

<sup>3</sup> მაგრამ ამიტომ, უწინარეს ყოვლისა, ვერ დავეთანხმებით იაკობსის ზემოხსენებული პრინციპის შიუნემანისეულ კრიტიკას (Bernd Schünemann, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001, გვ. 16 მ).

ცირებებით სურს დამკვიდრება, ვერ მოიაზრება ჭეშმარიტად სოციალურ კონსტრუქციად, რამეთუ ის უარყოფს ინტერაქციას სისხლისსამართლებრივად რელევანტურის სფეროში. საზოგადოების ნამდვილობის საზომი კრისტალიზებს, მამასადამე, იმაში, წყვეტს თუ არა და თუ წყვეტს, როგორ წყვეტს ის სოციალურ კონფლიქტს, და არა პრევენციულის მოჩვენებით პერმანენტულობაში<sup>1</sup>. რაც აქ უწყვეტად გრძელდება, არის მხოლოდ საზოგადოების პროექტი, მაგრამ არა თვით საზოგადოება.

#### 4. როქსინის სპეციალური პრევენცია

როქსინის მიხედვით, გასაკვიცხაობა არის პასუხისმგებლობის აუცილებელი, მაგრამ არა საკმარისი პირობა, რასაც უნდა დაემატოს სანქციის პრევენციული აუცილებლობა.<sup>2</sup> ამასთანავე, მას მოაქვს აუცილებელი მოგერიების ექსცესის მაგალითი, რომლი დროსაც პირი შეიძლება მოქმედებდეს ბრალეულად ანუ გასაკვიცხად, მაგრამ არ ისჯებოდეს სისხლისსამართლებრივად, რადგან ასთენიური აფექტებისას კანონმდებელს მიზანშეწონილად არ მიაჩნია აუცილებელი მოგერიების ფარგლების გადაცილებისთვის დასჯა. ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, როქსინი ასკვნის, რომ ბრალის ნორმატიულმა ცნებამ უნდა ჰპოვოს შემდგომი განვითარება და, კერძოდ კი, გარდაისახოს ე. წ. პასუხისმგებლობის ნორმატიულ ცნებად. რა თეორიული შედეგები უკავშირდება როქსინის ზემოწარმოდგენილ თვალთახედვას? უპირველს ყოვლისა, ხაზი უნდა გაესვას იმ მდგომარეობას, რომ როქსინის მიერ მოტანილი „სანქციის პრევენციული აუცილებლობა“, განსხვავებით ბრალისაგან, დანაშაულის ცნების მიღმა მდებარე ელემენტია და თუ ვიტყვით, რომ მოცემულ ელემენტსაც, პასუხისმგებლობის დაფუძნების თვალსაზრისით, იგივე მნიშვნელობა უნდა ენიჭებოდეს, რაც ბრალს, მივიღებთ დანაშაულის, როგორც სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ზოგადი საფუძვლის, უარყოფას. რასაკვირველია, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაფუძნების თვალსაზრისით, „სანქციის პრევენციული აუცილებლობის“ მნიშვნელობის უგულებელყოფა არ დაიშვება. მაგრამ მაშინაც კი, თუ მივიჩნევთ, რომ „სანქციის პრევენციული აუცილებლობის“ გარეშე არ შეიძლება დადგეს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა, როდი მიგვითითებს იმაზე, რომ ამის საფუძველზე მოცემული გარემოება შეიძლება პასუხისმგებლობის საფუძველად გამოვაცხადოთ. ამასთან დაკავშირებით უმთავრესად უნდა შეინიშნოს ის, რომ მცდაირა როქსინის უშუალოდ ის მტკიცება, რომლის მიხედვითაც მასთან „სანქციის პრევენციული აუცილებლობა“ განიხილება პასუხისმგებლობის ისეთივე პირობად, როგორც ბრალი. მოცემული დებულება

<sup>1</sup> მაგრამ იხ. Roxin, Grundlagenprobleme, გვ. 17 მ, რომელიც (ზოგად-)პრევენციულის „პერმანენტულობის“ სათავეს ჰეგელის კონცეფციაში ეძიებს.

<sup>2</sup> Claus Roxin, Strafrecht, AT, Bd. I, München, 1992, გვ. 540.

ბის სიმცდარე, ჯერ ერთი, იმაში მდგომარეობს, რომ ის, რაც განიხილება როგორც პასუხისმგებლობის პირობა, იმავდროულად ვერ მიიჩნევა პასუხისმგებლობის საფუძვლად, არამედ პასუხისმგებლობის საფუძველი შეიძლება ეწოდოს მხოლოდ იმას, რაც შეიძლება განვიხილოთ როგორც პასუხისმგებლობის მიზეზი. მეორეც, როქსინთან წაერმოდგენილი თვალთახედვის საწინააღმდეგოდ, ბრალი არის პასუხისმგებლობის არა პირობა, არამედ მიზეზი. რაც შეეხება „სანქციის პრევენციულ აუცილებლობას“, ის - წმინდად ლოგიკურად - შეიძლება მივიჩნიოთ პასუხისმგებლობის მხოლოდ პირობად (თუმც ესეც თეორიულად ყოველად უდავო როდია). მაგრამ სორდე ამავე მომენტის გამო ის უკვე ვერ იქნება ბრალთან და დანაშაულთან ერთად პასუხისმგებლობის საფუძველი. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, სუბიექტი პასუხისმგებლობის მიზეზს ქმნის თავისი ბრალეული ანუ დანაშაულებრივი ქმედებით, ხოლო თუ მივიჩნევთ, რომ ის არ შეიძლება დაისაჯოს „სანქციის პრევენციული აუცილებლობის“ გარეშე, ეს მიგვითითებს მხოლოდ იმაზე, რომ „სანქციის პრევენციული აუცილებლობა“ წარმოადგენს პასუხისმგებლობის მიზეზის შეუფერხებელი მოქმედების შესაძლებლობას ანუ პასუხისმგებლობის პირობას. აღსანიშნავია, რომ ამ და სხვა ანალოგიური სახის თეორიების ამოსავალ მომენტს შეადგენს ის, რომ თანამედროვე სისხლის სამართალში სახელმწიფოებრივი რეპრესიის გამოყენება მხოლოდ ბრალის პრინციპით არ უნდა იზღუდებოდეს, არამედ უნდა არსებობდეს აგრეთვე მოცემული რეპრესიისაგან სუბიექტთა დაცვის დამატებითი გარანტიები, ახალი თეორიული მექანიზმები. რა თქმა უნდა, მსგავსი ლოგიკა მეტად მომსყიდველია და ქმნის იმის აშკარა იმიტაციას, თითქოს აქ საქმე გვქონდეს სისხლისსამართლებრივი აზრის პროგრესულ განვითარებასთან. სინამდვილეში კი ეს ასე სულაც არ არის, ვინაიდან მოცემულ შემთხვევაში ადგილი აქვს თვით ბრალის პრინციპის ჭეშმარიტი თეორიული მნიშვნელობის დაკნინებას. პრევენციის მნიშვნელობის აქცენტირება მიიღწევა მხოლოდ ბრალის პრინციპის მნიშვნელობის არასათანადო აქცენტირების ხარჯზე. მსგავს ტენდენციას საბოლოო ჯამში კრიმინალურ-პოლიტიკურ უტილიტარიზმამდე (ან როგორც ჩვეულებრივ იწოდება, ლიბერალურ უტილიტარიზმამდე) მივყავართ. მართლაც, სხვა რა შეიძლება ეწოდოს პასუხისმგებლობის საფუძვლის დანაშაულის ფარგლებს მიღმა ძიებას?<sup>1</sup>

<sup>1</sup> არტ. კაუფმანის სასჯელის შერეულ თეორიაში, რომელიც შემდგომში საფუძვლად დაედო გფრ-ს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებებს (1977 წლიდან დღემდე), - თუმც რეტრიბუციულობის სასარგებლოდ განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულთა გამოკლებით (კაუფმანთან) - მიიჩნევა, „(...) რომ მხოლოდ ბრალის გამოა გამართლებული სასჯელით სოციუმისთვის სამართლებრივ სიკეთეთა აუცილებელი დაცვის რეალიზება, მაგრამ მხოლოდ ისეთი სასჯელებით, რომელთა აღსრულება უპირატესად დანაშაულთა რესოციალიზებაზეა მიმართული“ (Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, Eine Strafrechtlich-Rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl., Heidelberg, 1976, გვ. 276). აღსანიშნავია, რომ შინაარსობრივად რეტრიბუციულ და ფორმალურად თელეოლოგიურ სასჯელს კანტთანაც კი ვხვდებით, რომელიც ჯერ ბრალეული პასუხისმგებლობის დაფუძნებას მოითხოვდა და უკვე დაფუძნებული ბრალეული პასუხისმგებლობიდან შესაძლებლად მიაჩნდა როგორც სპეციალურ-, ისე ზოგადპრევენციულ

## III

**სასჯელის ინტერპერსონალური თეორია  
(სასჯელი როგორც განგრძობადობის ნიშანი)**

გაბატონებული ფორმალურ-ფუნქციონალური თვალთახედვა, როგორც არ უნდა ყალიბდებოდეს, ამასთანავე, სასჯელის ცნება, როგორც ბრალის გაბათილება თუ როგორც თვადაცვითი მექანიზმი „მიზანრაციონალური იძულებითი პრევენციული საშუალების“ სახით<sup>1</sup>, არ გვთავაზობს თვისებრივ განსხვავებას ნებისმიერი მოცულობის არასრულ ქმედებასა და უკვე სრულად დაფუძნებულ ქმედების ცნებას შორის. ტრადიციული დოგმატიკის კლასიფიკატორულ-კატეგორიულ და ნაშაულის მოდელებიდან ფორმალურ-ფუნქციონალურ კონსტრუქციებზე გადასვლა უკანასკნელი ათწლეულების მანძილზე, სხვა სიტყვებით, ჯერაც ვერ ავლენს გადაძვინებულ ნაყოფიერებას. ის გარდაქმნის აქტუალური პრობლემატიკის მხოლოდ გრამატიკას, მაგრამ არ გადმოგვცემს არსებითს, რომელმაც ცნება უნდა წარმოქმნას. მაგრამ თუ განვავრცობთ შექმარიტად ფუნქციონალურ საწყისს, რომლის მიხედვითაც დანაშაული, როგორც სისხლისსამართლებრივი ქმედება, ვერც ინტერპერსონალურობის ინიციირება იქნება და ვერც სეგრეგაცია აქედანვე, შემდეგი შემცენებაც ხელმისაწვდომი იქნება: ქმედების ფუნქციონალური ცნება თავის წინაპირობად მოიცავს *სასჯელს, როგორც სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის განგრძობადობის ნიშანს თავის (ურთიერთობის) ზოგადობაში*. სადაც საქმე ეხება დასჯადობის - ქმედების ცნების თვალსაზრისით რელევანტურ - თემატიკებას მხოლოდ ნორმის დარღვევის შემდგომ, სახეზეა უკეთეს შემთხვევაში მხოლოდ აბსტრაქტული პროგრამები. ჰიპოთეზა, თითქოს სისხლის სამართლის ფუნქციონალურ სისტემაში ძირეული მნიშვნელობა ენიჭებოდეს იმას, რომ „დაველოდოთ დანაშაულებს“<sup>2</sup>, ყველაფრის მიუხედავად, სისხლისსამართლებრივ სინამდვილესთან შეუსაბამოა. ნუთუ დანაშაულის განხორციელებამდე სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა არ მიმდინარეობს, ანუ დამნაშავე დანაშაულის ჩადენამდე სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტი არ არის? სინამდვილეში მხოლოდ საპირისპირო ვითარებასთან გვაქვს სამე, რაც შემთხვევითად ვერ მიიჩნევა: *არა დასჯა მომავალი დანაშაულისთვის, არამედ მომავალი დანაშაულის პრევენცია წარმოშობს სისხლის სამართალს*<sup>3</sup>. სისხლის სამართლის მოცემული ფუნქციონალური ამოცანა ნეგატი-

---

სარგებელზე მსჯელობა. (მეორადი) პრევენცია, რესოციალიზაცია და ა.შ., როგორც რესტრიქციული მომენტები, ცალსახად აქტუალურია, მაგრამ არსის რესტრიქცია და არსი სწორედ რომ სხვა-დასხვად არის.

<sup>1</sup> Michael Köhler, Strafrecht, AT, Berlin, Heidelberg, New York, 1997, გვ. 42.

<sup>2</sup> Lesch, Verbrechensbegriff, გვ. 276.

<sup>3</sup> შდრ. კუტალია, ბრალი, გვ. 218.

ური თვალსაზრისისთვის უხილავი რჩება<sup>1</sup>. დელინკვირებენ ცალკეულ შემთხვევაში. მაგრამ თუ განზე გადავდებთ სისხლის სამართალს, აღმოჩნდება, რომ მათი რაოდენობა, ვინც სისხლისსამართლებრივ სანქციას პატივით ეკიდება, მნიშვნელოვნად აღემატება მათ რაოდენობას, ვინც ნორმას ეკიდება პატივით<sup>2</sup>. Ex ante პრევენცია ყველაფერია და ის ზოგადად ეფექტურია, მარცხდება მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში; ex post სასჯელის ცნებაში პრევენციული ასპექტი არამც და არამც არ იკარგება, მაგრამ ცენტრალური დატვირთვა ბრალის გაბათილებაზე მოდის.

ჩასაფრებული სისხლის სამართალი, სულ მცირე, ფუნქციონალური სისხლის სამართალი არ არის და ხსენებული ინტერვალზეც ამომწურავი ვერ იქნება. ჭეშმარიტად ფუნქციონალურ სისხლის სამართალში საქმე არ ეხება იზოლირებულად აღებულ პროსპექტიულ ან იზოლირებულად აღებულ რეტროსპექტიულ თვალსაზრისს; არამედ სახეზეა განგრძობადობის პროგრამა, რომელმაც სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა თავის კომპლექსურობაში უნდა წარმოაჩინოს<sup>3</sup>. სასჯელის ინტერპერსონალურ ცნებასთან, ამასთანავე, შეუთავსებელია არა მხოლოდ სიკვდილით დასჯა, არამედ, ს. შ., ნასამართლეობის ინსტიტუტიც. ინტერაქციონისტული სასჯელის ძირითადი ფუნქცია სწორედ იმაში მდგომარეობს, რომ *დანაშაულით განპირობებული ნდობის დეფიციტი ამოიწუროს*, რა დროსაც ის ურთიერთობის განგრძობადობას უზრუნველყოფს. თუ სასჯელი ნდობის დეფიციტს არ ამოწურავს, მაშინ ის ფუნქციის შესაბამისად აგებული არ არის და მხოლოდ ფორმალურად აღიქმება როგორც განგრძობადობის ნიშანი. ფსიქიატრიულ საავადმყოფოში მოთავსების გამოკლებით სსკ-ის (გფრ) § 63-ე შესაბამისად, მხოლოდ იგივე შეიძლება შეეხებოდეს სასჯელის პარალელურად დანიშნულ პრევენციულ ღონისძიებებს და სხვა. ამდენად, სასჯელის ინტერპერსონალური ცნება კომპლექსური ცნებაა, რომელიც ლეგისლაციურად შესაძლოა შრომატევადი იყოს, მაგრამ რომელმაც *თანამედროვე სისხლის სამართლის ფსიქოტრონული სასჯელი* უნდა ჩაანაცვლოს. ამავე დროს, გამოსაყოფია ქართული სისხლის სამართლის კანონმდებლობა, სახელდობრ, მსჯავრდებულის შესაძლებლობასთან მიმართებაში, გააკეთოს არჩევანი

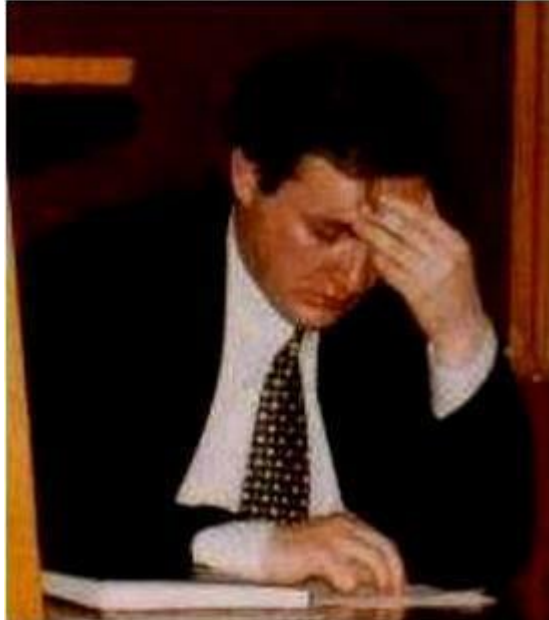
<sup>1</sup> რეტროსპექტიულობის საპირისპიროდ, პროსპექტიულობა არ არის უნივალენტური. სანამ საქმე პრევენციას ეხება, განმსაზღვრელი მახვილი შეიძლება მდებარეობდეს როგორც განხორციელებულ ქმედებამდე (დასჯის მუქარის სიბრტყეზე, როგორც ამას ფოიერბახისეული თვალთახედვის მაგალითზე აქვს ადგილი), ისე დელინკვირების შემდგომაც (თვით სასჯელის სიბრტყეზე, კერძოდ კი, ფონ ლისტის სასჯელის ცნებიდან მომდინარე როქსინ-აკობსის კონცეფციის გაგებით, რომელიც, თავის მხრივ, როგორც ვიხილეთ, ინდივიდუალურ- და გენერალურპრევენციული ასპექტების სხვადასხვაგვარი აქცენტირების გამო დუალიზებულია).

<sup>2</sup> შდრ. José Luis Díez Ripollés, Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe, in: ZStW 113 (2001), გვ. 522.

<sup>3</sup> კერძოდ კი, არა იმგვარად, რომ შევძლოთ საუბარი პრევენციის ან რეტრიბუციის „ტრიუმფალურ სვლაზე“ (იხ. Winfried Hassemer, Strafrecht, Prävention, Vergeltung, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 7/2006, გვ. 269 მ).

სასჯელის მოსახდელ ნაწილსა და ეკლესია-მონასტრებში საზოგადოებრივად სასარგებლო შრომას შორის - ბრწყინვალე სიახლე (2009). საპირისპირო ვითარებასთან გვაქვს საქმე, სამწუხაროდ, პასუხისმგებლობის ასაკის 14-დან 12 წლამდე (2007) დაწევასთან მიმართებაში. სტატისტიკა, რომელმაც ქართველ კანონმდებელს უკანასკნელი ცვლილებისკენ უბიძგა, მეტყველებს ზიანზე, არა მიზეზზე, რომელიც სხვაგან ძევს. ეს ცვლილება უკვე უკუგდებულა და სრულიად სამართლიანადაც: ჩავიხედოთ ბავშვის თვალეში და აღმოვაჩინოთ, რომ ადამიანის ბუნება არის არა ბოროტი, არამედ კეთილი.

სისხლის სამართალი +



ლაშა-გიორგი კუტალია 1975 Lasha-Giorgi Kutalia

ძირითადი მონოგრაფიები

*Main monographs*

**ბრალი სისხლის სამართალში 2000 Handlungslehre 2011 Lagma 2018**