

# გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 239b პარაგრაფით გათვალისწინებული დანაშაულის – მძევლად ხელში ჩაგდება – ქმედების შემაღბენლობის შეზღუდვა მსხვერპლის თანამონაწილეობის აუცილებლობიდან გამომდინარე\*

სამართლის დოქ. *მარტინ ჰიაცენა*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი

## I. შესავალი

2003 წლის გაზაფხულზე *ბერნდ ჰაინრიხმა* დაიკავა ბერლინის ჰუმბოლდტის უნივერსიტეტის პროფესორის თანამდებობა, რა დროსაც დაიწყო ჩვენი ურთიერთობა. იუბილარის კათედრაზე თავდაპირველად ჩართული ვიყავი როგორც სტუდენტ-ასისტენტი, შემდეგ კი როგორც სამეცნიერო თანამშრომელი. ჩემი სადისერტაციო ნაშრომიც სწორედ მისი ხელმძღვანელობით დავწერე. ჩვენ დღემდე ხშირი კონტაქტი გვაქვს, განსაკუთრებით საქართველო გვაერთიანებს, სადაც ამჟამად ვცხოვრობ და ვმუშაობ. საქართველოსთან ბერნდ ჰაინრიხსაც ბევრი რამ აკავშირებს. იგი აქ სახელგანთქმულია, როგორც სისხლის სამართლის გამოჩენილი მეცნიერი. ბერლინში კათედრაზე მუშაობითა და მის დოქტორანტად ყოფნით, *ბერნდ ჰაინრიხისგან* ბევრი რამ ვისწავლე, რისთვისაც იუბილარს დიდ მადლობას ვუხდით. ჯერ კიდევ მაშინ ჩემზე დიდ შთაბეჭდილებას ახდენდა მისი ფართო სამეცნიერო თვალსაზრისი. სწორედ ამიტომ სტატიისთვის, რომელიც მის ნაშრომს ეხება, ბევრი საინტერესო თემა წამოიჭრა. ამ შემთხვევაში გადავწყვიტე, განმეხილა ისეთი პრობლემური საკითხი, როგორცაა მძევლად ხელში ჩაგდების ქმედების შემაღბენლობის შეზღუდვა ორპირიან კონსტელაციაში. აღნიშნულ საკითხზე *ბერნდ ჰაინრიხმა* ჯერ კიდევ 1997 წელს გამოაქვეყნა სტატია სისხლის სამართლის ახალ ჟურნალში (*Neue Zeitschrift für Strafrecht – NStZ*), სადაც პრობლემის გადაჭრის ინოვაციური წინადადებები წარმოადგინა. იმედს ვიტოვებ, რომ ჩემი მოსაზრებები ეხმიანება იუბილარის ხედვებს და გულითადად ვულოცავ დაბადების დღეს.

\* სტატია გერმანულიდან თარგმნა ჟურნალის სამუშაო ჯგუფის წევრმა, სამართლის დოქტორმა, *ხატია თანდილაშვილმა*.

## II. კონტექსტი

### 1. მცირე ისტორიული ექსკურსი

1971 წელს მნიშვნელოვნად გადამუშავდა და შეიცვალა გამოძალვის მიზნით ბავშვის გატაცების დანაშაული და ჩამოყალიბდა, როგორც პირის გატაცება გამოძალვის მიზნით (გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის<sup>1</sup> §239a). ამავედროულად კანონმდებელმა შექმნა მასთან დაკავშირებული დანაშაული – მძევლად ხელში ჩაგდება (გსსკ-ის §239b).<sup>2</sup> გსსკ-ის §239a-ით გათვალისწინებულია ისეთი დანაშაული, როდესაც დამნაშავე იტაცებს ან ფიზიკურ კონტროლს ამყარებს პირზე და იგი ამ ქმედებას ახორციელებს მესამე პირისგან გამოძალვის მიზნით (როგორც წესი, გამოსასყიდი თანხის გადახდის იძულების მიზნით). დღეს მსხვერპლი შეიძლება იყოს სრულწლოვანი პირიც. გსსკ-ის §239b კი მოიცავს ისეთ შემთხვევებს, როდესაც დამნაშავეს იძულების სხვა მიზნები აქვს. სტრუქტურულად მძევლად ხელში ჩაგდების ნორმა უმეტესწილად ემსგავსება გამოძალვის მიზნით პირის გატაცების ნორმას.<sup>3</sup> ორივე დანაშაულის მიმართ მნიშვნელოვანი ცვლილებები განხორციელდა 1989 წელს. მათ შორის შეიცვალა იქამდე აუცილებელი სამკუთხიანი სტრუქტურა (დამნაშავე – გატაცებული ან ფიზიკურ კონტროლს დაქვემდებარებული მსხვერპლი – იძულების ადრესატი) და შესაძლებელი გახდა, რომ გატაცებული ან ფიზიკურ კონტროლს დაქვემდებარებული მსხვერპლი ამავედ-

<sup>1</sup> შემდგომში შემოკლებულია როგორც გსსკ.

<sup>2</sup> იხ. BGBl. (Bundesgesetzblatt) I, 1971, გვ. 1979.

<sup>3</sup> შეად. *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 7. გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის სტრუქტურის შესახებ უფრო დანვრილებით იხ. თავში II.2.b.

როულად იყოს იძულების ადრესატი (ორპირიანი კონსტელაცია).<sup>4</sup> ამ ცვლილებების საფუძველზე გაფართოვდა გსსკ-ის §239a და 239b-ის მოქმედების სფერო. გარდა ამისა, მნიშვნელოვნად მოიმატა სასჯელის მინიმალურმა ზომამ, კერძოდ, სამნლიანი ვადა გაიზარდა ხუთ წლამდე თავისუფლების აღკვეთით.<sup>5</sup> ორივე ცვლილების ურთიერთქმედებამ მძიმე პრობლემები წარმოშვა ქმედების შემადგენლობების გამოყენების კუთხით.<sup>6</sup> კანონმდებელმა არ გამოიყენა შესაძლებლობა, რომ 1998 წელს მე-6 სისხლის სამართლის სარეფორმო კანონის ფარგლებში განეხორციელებინა ცვლილებები, ამიტომ დღეს ორივე ნორმა იმავე სახით მოქმედებს.<sup>7</sup>

## 2. გსსკ-ის §239b: დაცული სფერო, დანაშაულის ბუნება, სტრუქტურა და ქმედების შემადგენლობის ნიშნები

### ა) დაცული სფერო და დანაშაულის ბუნება

გსსკ-ის §239b-ით დაცულია რამდენიმე სამართლებრივი სიკეთე. პირველ რიგში მათ მიეკუთვნება გატაცებული ან ფიზიკურ კონტროლს დაქვემდებარებული მსხვერპლის თავისუფლება, ასევე, მისი ფიზიკური და მორალური ხელშეუხებლობა.<sup>8</sup> გარდა ამისა, სამპირიან კონსტელაციაში დაცულია მესამე პირის, როგორც იძულების ადრესატის, თავისუფლება, საკუთარი ნების საფუძველზე მიიღოს

გადაწყვეტილება და განახორციელოს ქმედება.<sup>9</sup> ვინაიდან ქმედების შემადგენლობის განხორციელებისათვის, ობიექტური კუთხით, საკმარისია მხოლოდ აბსტრაქტული, საფრთხის შემცველი იძულებითი მდგომარეობის შექმნა და არ საჭიროებს გატაცებული ან ფიზიკურ კონტროლს დაქვემდებარებული მსხვერპლის სხეულისა ან მორალური ხელშეუხებლობისთვის კონკრეტული საფრთხის შექმნას,<sup>10</sup> გსსკ-ის §239b ძირითადად მიიჩნევა აბსტრაქტული ან კონკრეტულ-აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტად.<sup>11</sup>

### ბ) სტრუქტურა და ქმედების შემადგენლობის ნიშნები

გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტი მოიცავს ორ ალტერნატივას, კერძოდ, ე.წ. გატაცების ქმედების შემადგენლობას (ალტერნატივა 1) და ე.წ. ექსპლუატაციის ქმედების შემადგენლობას (ალტერნატივა 2). გამტაცებლის ქმედება მოითხოვს პირის სხვა ადგილზე გადაყვანას მისი ნების სანინააღმდეგოდ, რა დროსაც პირი უნდა იყოს დამნაშავის განუსაზღვრელი გავლენის ქვეშ მოქცეული.<sup>12</sup> გარდა ამისა, ნორმით გათვალისწინებულ ქმედებაში შედის პირზე ფიზიკური კონტროლის დამყარებაც. ამ უკანასკნელს უკვე მაშინ აქვს ადგილი, როცა მსხვერპლის სხეულზე მყარდება ფიზიკური ბატონობა, კერძოდ, როცა დამნაშავეზე გადადის მსხვერპლის

<sup>4</sup> იხ. BGBl. I, 1989, გვ. 1059.

<sup>5</sup> იხ. BGBl. I, 1989, გვ. 1059.

<sup>6</sup> აღნიშნულთან დაკავშირებით დეტალურად საუბარია III თავში.

<sup>7</sup> შეად. *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 22 („Verbalkosmetik“), § 239b Rn. 8. . გსსკ-ის § 239b-ის მოქმედი რედაქცია შემდეგია: „პირის გატაცება ან პირზე ფიზიკური კონტროლის მოპოვება იმ მიზნით, რომ იგივე ან სხვა პირი იძულებული გახდეს, განახორციელოს მოქმედება, თმენა ან უმოქმედობა მსხვერპლის სიკვდილისა ან სხეულის მძიმე დაზიანების (§226) ან მისთვის ერთ კვირაზე მეტხანს თავისუფლების აღკვეთის მუქარით, ან ამგვარი იძულების განხორციელებისთვის პირისთვის შექმნილი სიტუაციის გამოყენება, ისევე თავისუფლების აღკვეთით ვადით არანაკლებ ხუთი წლისა“.

<sup>8</sup> შეად. *Heger, Martin*, in: *Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2018, § 239b Rn. 1; *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239b Rn. 1.

<sup>9</sup> შეად. *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239b Rn. 1; *Sonnen, Bernd-Rüdeger*, in: *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paefgen, Hans-Ullrich* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 5. Aufl. 2017, § 239b Rn. 5; *Valerius, Brian*, in: *v. Heintschel-Heinegg, Bernd* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, 54. Ed., Stand: 01.08.2022, § 239b Rn. 1.

<sup>10</sup> შეად. *Fischer, Thomas*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 67. Aufl. 2020, § 239a Rn. 4d.

<sup>11</sup> შეად. *Heinrich, Bernd*, in: *Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2. Aufl. 2009, § 18 Rn. 32; *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239b Rn. 2; *Renzikowski, Joachim*, *JZ* (JuristenZeitung) 1994, 492 (496); *Sonnen, Bernd-Rüdeger*, in: *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paefgen, Hans-Ullrich* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 5. Aufl. 2017, § 239b Rn. 6.

<sup>12</sup> შეად. *Fischer, Thomas*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 67. Aufl. 2020, § 239a Rn. 4; *Rengier, Rudolf*, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 5 f.; *Renzikowski, Joachim*, *JZ* 1994, 492 (495).

სხეულის განკარგვის ძალაუფლება<sup>13</sup> და მსხვერპლს აღარ შეუძლია საკუთარ თავზე თვითონ მიიღოს გადაწყვეტილებები.<sup>14</sup> თუმცა ორივე ქმედების შემადგენლობას ერთმანეთთან მრავალი გადაკვეთის წერტილი აქვს.<sup>15</sup> გატაცებისგან განსხვავებით, ფიზიკური კონტროლის დამყარების შემთხვევაში, არ ხდება მსხვერპლის სხვა ადგილზე გადაყვანა ან მისი თავისუფლების აღკვეთა.<sup>16</sup> სუბიექტური თვალსაზრისით, გატაცების ქმედების შემადგენლობის შემთხვევაში, დამნაშავე არამხოლოდ გატაცებისა ან ფიზიკური კონტროლის დამყარების განზრახვით უნდა მოქმედებდეს, არამედ უნდა ჰქონდეს იძულების განზრახვა, რომელიც უნდა წარმოადგენდეს ქმედების შემადგენლობის მაკვალიფიცირებელ ნიშანს. იძულება მიმართული უნდა იყოს მესამე პირის (სამპირიანი კონსტელაცია) ან მისი ბატონობის ქვეშ მყოფი მსხვერპლის (ორპირიანი კონსტელაცია) მიმართ.<sup>17</sup> გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის პირველი ალტერნატივა უკვე მაშინ მოქმედებს, როცა ადგილი აქვს გატაცებას ან ფიზიკური კონტროლის დამყარებას და როცა

სახეზეა იძულების განზრახვა. ამ შემთხვევაში დანაშაულის ქმედების შემადგენლობის დასრულებულად მიჩნევისთვის არ არის აუცილებელი შექმნილი იძულებითი მდგომარეობის გამოყენება. სწორედ ამიტომ, გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის პირველი ალტერნატივა მიიჩნევა „დაუსრულებელ ორეტაპიან დელიქტად“.<sup>18</sup> ექსპლუატაციის ქმედების შემადგენლობა ავსებს გატაცების ქმედების შემადგენლობას და მოითხოვს, რომ დამნაშავემ იძულება განახორციელოს მესამე პირის ან უშუალოდ გატაცებული/ფიზიკურ კონტროლს დაქვემდებარებული მსხვერპლის მიმართ. ამასთან, იძულება უნდა გამომდინარეობს მსხვერპლის უმწეო მდგომარეობიდან, რომელიც, თავის მხრივ, გამოიწვია დამნაშავემ მსხვერპლის გატაცებით ან მასზე ფიზიკური კონტროლის დამყარებით.<sup>19</sup> ამ შემთხვევისთვის დამახასიათებელია, რომ პირველი ალტერნატივისგან განსხვავებით, იძულების განზრახვა მაიძულებელი მდგომარეობის შექმნის დროს ჯერ არ არის სახეზე, იგი ასეთი მდგომარეობის შექმნის შემდეგ წარმოიშობა. სწორედ ამიტომ, გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის მეორე ალტერნატივა პრაქტიკულად არის ყოვლისმომცველი ქმედების შემადგენლობა, რომელიც მაშინ იძენს მნიშვნელობას, როცა ადგილი აქვს იძულებას, მაგრამ ვერ მტკიცდება გატაცების ან ფიზიკური კონტროლის დამყარების დროს იძულების განზრახვა.<sup>20</sup> ექსპლუატაციის ორეტაპიანი ქმედების შემადგენლობის დასრულებულად მიჩნევისთვის სადავოა, სახეზე უნდა იყოს იძულების მცდელობა თუ იძულება დასრულებული უნდა იყოს.<sup>21</sup>

<sup>13</sup> შეად. *Eisele, Jörg*, in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239a Rn. 7; *Renzikowski, Joachim*, JZ 1994, 492 (494 f.); *Sonnen, Bernd-Rüdeger*, in: *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paefgen, Hans-Ullrich* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 239a Rn. 19.

<sup>14</sup> შეად. *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 7.

<sup>15</sup> შეად. *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239a Rn. 4; *Heinrich, Bernd*, in: *Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 18 Rn. 35. გატაცებასა და ფიზიკური კონტროლის დამყარებას შორის სადავო ურთიერთქმედებასთან დაკავშირებით იხ. *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 35.

<sup>16</sup> შეად. *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239a Rn. 4; *Heger, Martin*, in: *Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 239a Rn. 3. კრიტიკული ხედვები თავისუფლების უკანონო აღკვეთის გამოუსადეგობასთან დაკავშირებით *Heinrich, Bernd*, in: *Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 18 Rn. 35.

<sup>17</sup> შეად. *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239b Rn. 4; *Heinrich, Bernd*, in: *Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 18 Rn. 36.

<sup>18</sup> შეად. გერმანიის ფედერალური სასამართლოს მიერ სისხლის სამართლის საქმეზე მიღებული გადაწყვეტილება (BGHSt) 40, 350 (355); *Heinrich, Bernd*, NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht) 1997, 365 (368); *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 18.

<sup>19</sup> შეად. *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239b Rn. 4; *Heinrich, Bernd*, in: *Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 18 Rn. 36.

<sup>20</sup> შეად. *Elsner, Stephan*, JuS (Juristische Schulung) 2006, 784 (785), პარალელურად არსებული სიტუაცია გსსკ-ის §239a-ის პირველი პუნქტის მეორე ალტერნატივასთან დაკავშირებით.

<sup>21</sup> ამ საკითხთან დაკავშირებით დეტალურად იხ. *Elsner, Stephan*, JuS 2006, 784 (787 f.).

### III. კრიტიკა ორპირიანი კონსტელაციის მიმართ

როგორც უკვე აღინიშნა, გსსკ-ის 239a და 239b პარაგრაფებში 1989 წელს განხორციელებულმა საკანონმდებლო ცვლილებებმა გამოიწვია პრობლემები, რომლებიც დღესაც აქტუალურია და დისკუსიის საგანს წარმოადგენს. განსაკუთრებით პრობლემურია ორპირიანი კონსტელაცია და სასჯელის მინიმალური ზომის სამწლიანი თავისუფლების აღკვეთიდან ხუთ წლამდე გაზრდა.

ხსენებული საკანონმდებლო ცვლილებებით კანონმდებელი მიზნად ისახავდა ეფექტიანი ბრძოლის განხორციელებას ტერორისტული ძალადობრივი დანაშაულების ტიპური გამოვლინების ფორმების წინააღმდეგ.<sup>22</sup> გსსკ-ის 239b პარაგრაფით კი ნაგულისხმევი იყო „გატაცების სენსაციური საქმეები“. ორპირიანი კონსტელაციის შემოღება დაკავშირებული იყო პოლიტიკოსის გატაცებასთან. ეს კონსტელაცია გულისხმობს ისეთ შემთხვევას, როცა „ხდება იმავე პირის იძულება, რათა მან განახორციელოს კონკრეტული ქმედება“.<sup>23</sup> თუმცა ამჟამად არ იქნა გათვალისწინებული, რომ მოხდებოდა გადაკვეთა ისეთ დანაშაულებთან, რომლებიც მაკვალიფიცირებელ ნიშნად მოიცავენ იძულებას და რომლებსაც საფუძვლად უდევთ იგივე მაიძულებელი მდგომარეობა, კერძოდ, გატაცება ან ფიზიკური კონტროლის დამყარება.<sup>24</sup> ეს პრობლემა, პირველ რიგში, შეეხება გსსკ-ის 253-ე და 255-ე პარაგრაფებით გათვალისწინებულ დანაშაულებს – გამოძალვა ძალის გამოყენებით ან ძალის გამოყენების მუქარით (გადაკვეთა დანაშაულთან – გატაცება გამოძალვის მიზნით, გსსკ-ის §239a), ასევე, გსსკ-ის §177-ის პირველი პუნქტის, მე-2 პუნქტის მე-5 ქვეპუნქტის, მე-5 პუნქტის მე-2 ქვეპუნქტით გათვალისწინებულ დანაშაულს – სექსუალური იძულება, სადაც იძულება არის მაკვალიფიცირებელი ნიშანი (გადაკვეთა მძევლად ხელში ჩაგდებასთან, გსსკ-ის

§239b).<sup>25</sup> ამ დანაშაულების შემთხვევაში, თუ დანაშავე მსხვერპლს არ იტაცებს, როგორც წესი, ფიზიკური ძალის და მუქარის (ხშირად – იარაღის) გამოყენებით ამყოფებს მას ფიზიკური ბატონობის ქვეშ. კერძოდ, იგი ახორციელებს მსხვერპლის ფიზიკურ კონტროლს თავისი მიზნების მისაღწევად. აღნიშნულმა მიდგომამ ისიც გამოიწვია, რომ დანაშაულის მიერ თავდაპირველად განზრახული დანაშაულები – გსსკ-ის §§239a, 239b, რომლებიც თავისი ბუნებით მძიმე დანაშაულებია – „მეორე რანგის“ დანაშაულებად იქცა.<sup>26</sup> გათვალისწინებული სასჯელიდან ჩანს, რომ უმართლობის აქცენტმა იმ დელიქტიდან, რომლის ჩადენაც დანაშავეს ჰქონდა განზრახული, გადაიწია გატაცების ან ფიზიკური კონტროლის დამყარებაზე, როგორც დანაშაულის მოსამზადებელ ქმედებაზე.<sup>27</sup> გსსკ-ის 239a და 239b პარაგრაფების შეუზღუდავი გამოყენებით მოხდება არსებითი ჩარევა ძალადობრივი დანაშაულების განმასხვავებელი ნესების სისტემატიკაში, რისი მიზანიც კანონმდებელს არ შეიძლება ჰქონოდა.<sup>28</sup>

აქცენტის გადატანასთან ერთად, კრიტიკა დაიშახურა ორპირიანი კონსტელაციაზე გსსკ-ის 239a და 239b პარაგრაფებით გათვალისწინებული დანაშაულების დასჯადობის საზღვრების გადატანამ (იხილეთ ზევით). ვინაიდან გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის პირველი ალტერნატივის შემთხვევაში, მძევლად აყვანა წარმოადგენს დაუმთავრებელ ორეტაპიან დელიქტს,<sup>29</sup> დანაშაული დამთავრებულად ითვლება გატაცების ან ფიზიკური კონტროლის დამყარებისას, თუ მას თან ახლავს იძულების განზრახვა, როგორც მაკვალიფიცირებელი ნიშანი. დანაშაულის მიერ დამატებითი მაიძულებელი ქმედებების განხორციელება და ამით თავდაპირველად გამიზნული (სექსობრივი) დანაშაულის ჩადენა აღარ არის საჭირო.<sup>30</sup> თუ დანაშავე მსხვე-

<sup>22</sup> შეად. BT-Drs. (Deutscher Bundestag Drucksache) 11/2834, S. 9; BT-Drs. 11/4359, გვ. 13; ასევე, *Sonnen, Bernd-Rüdeger*, in: *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paffgen, Hans-Ullrich* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 5. Aufl. 2017, § 239b Rn. 1 ff.

<sup>23</sup> შეად. BT-Drs. 11/2834, გვ. 9.

<sup>24</sup> შეად. *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (367); *Wessels, Johannes/Hettinger, Michael/Engländer, Armin*, *Strafrecht Besonderer Teil 1*, 41. Aufl. 2017, Rn. 504.

<sup>25</sup> შეად. *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (367); *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239b Rn. 7.

<sup>26</sup> BGH NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1993, 1145 (1146).

<sup>27</sup> BGH NJW 1993, 1145 (1146).

<sup>28</sup> BGH NJW 1993, 1145 (1146).

<sup>29</sup> აღნიშნულთან დაკავშირებით იხ. თავი II.2.ბ.

<sup>30</sup> შეად. *Eisele, Jörg*, in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 239b Rn.

რპლზე უკვე ახორციელებს ფიზიკურ კონტროლს და ამ დროს გადაწყვეტს, რომ (სქესობრივი) იძულებისკენ მიმართული ქმედება აღარ განახორციელოს, რითაც იგი განზრახვაზეც ხელს იღებს, იგი მაინც დაისჯება მძევლად ხელში ჩაგდებისთვის, როგორც დამთავრებული დანაშაულისთვის და მასზე გავრცელდება დანაშაულისთვის გათვალისწინებული სასჯელი. ამიტომ, ამ შემთხვევაშიც საუბარია „მცდელობაზე ხელი აღების ფუჭიანობა-სა“<sup>31</sup> ან „მცდელობისა და ხელის აღების საზღვრების გადანევაზე“<sup>32, 33</sup> ამ კონტექსტში ასევე უნდა განვიხილოთ ყურადღება გსსკ-ის §239b-ის მე-2 პუნქტზე, რომელიც გსსკ-ის §239a-ის მე-4 პუნქტთან ერთობლიობაში, სულ მცირე, ქმედითი მონაწილის გამო ითვალისწინებს სასჯელის შესაძლო შემცირებას, თუ დამნაშავე უკვე განხორციელებული გატაცებისა და ფიზიკური კონტროლის დამყარების შემდეგ ხელს აიღებს იძულების მიზნების შემდგომ განხორციელებაზე.

სხვადასხვა დანაშაულებთან მიმართებით მოცემული ნორმის გამოყენების პრობლემის ერთ-ერთი მთავარი მიზეზი არის მძევლად ხელში ჩაგდებისთვის (ასევე, გამოძალვის მიზნით პირის გატაცებისთვის) გათვალისწინებული მაღალი სასჯელი, კერძოდ, ხუთიდან თხუთმეტ წლამდე თავისუფლების აღკვეთა.<sup>34</sup> ამით მინიმალური სასჯელი გაცილებით მაღალია გსსკ-ის §177-ის პირველი პუნქტით, მე-2 პუნქტის მე-5 ქვეპუნქტითა და მე-5 პუნქტის მე-2 ქვეპუნქტით გათვალისწინებული დანაშაულის – სქესობრივი იძულების მიმართ მოქმედ

სასჯელზე, რომელიც ერთ წელს შეადგენს. ამ უკანასკნელ შემთხვევაშიც იძულება წარმოადგენს ქმედების შემადგენლობის მაკვალიფიცირებელ ნიშანს. თუ ყურადღებას იმაზეც გავამახვილებთ, რომ ნაკლებად მძიმე დანაშაულებით გათვალისწინებული იძულების შემთხვევაში უკვე შეიძლება სახეზე გვექონდეს მძევლად ხელში ჩაგდების დანაშაული,<sup>35</sup> დავინახავთ, რომ საკმაოდ მძიმე პრობლემასთან გვაქვს საქმე. გარდა ამისა, სასჯელის მაღალი მინიმალური ზომა ხელს არ უწყობს ერთმანეთთან კონკურირებადი ნორმების ურთიერთგადაკვეთის კუთხით არსებული პრობლემის გადაჭრას, ვინაიდან მძევლად ხელში ჩაგდების მიმართ არ მოქმედებს ნორმის შთანთქმის პრინციპი (როგორც ტიპური თანმდევი ქმედება სქესობრივი იძულების ჩასადენად, სადაც იძულება წარმოადგენს ქმედების შემადგენლობის მაკვალიფიცირებელ ნიშანს).<sup>36</sup>

შესაბამისად, ისმის კითხვა, რით შეიძლება აიხსნას მინიმალური სასჯელის ასეთი მაღალი ზომა. თავდაპირველად არსებული სამპირიანი კონსტელაციის მიმართ შეიძლება იმის თქმა, რომ გატაცებას ან ფიზიკურ კონტროლს დაქვემდებარებული მსხვერპლი იმყოფება სიცოცხლისათვის ძალზედ საშიშ მდგომარეობაში და მისი, როგორც „იძულების ობიექტის“ ბედი დამოკიდებულია იძულების ადრესატზე, რომელსაც შეიძლება არ ჰქონდეს სურვილი, რომ დაემორჩილოს მოთხოვნას, ან არ ჰქონდეს მოთხოვნის შესრულების შესაძლებლობა.<sup>37</sup>

10; Heger, Martin, in: Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 239a Rn. 6; Heinrich, Bernd, NSTZ 1997, 365 (367).

<sup>31</sup> იხ. Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 17. ასევე, იხ. Elsner, Stephan, JuS 2006, 784 (786).

<sup>32</sup> იხ. ასევე BGH NJW 1993, 1145 (1146).

<sup>33</sup> იხ. ასევე Renzikowski, Joachim, in: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 16, მასზე მითითებით, რომ ხელის აღებისა და მცდელობის საზღვრების გადანევა 1971 წლის მე-12 სისხლის სამართლის ცვლილებების შესახებ კანონიდან (StrÄndG) მომდინარეობს. 1989 წელს ორპირიანი კონსტელაციის შემოღებამ შესაძლოა სწორედ სქესობრივი დანაშაულების კუთხით ამ პრობლემის პრაქტიკულ მნიშვნელობას გაუსვა ხაზი.

<sup>34</sup> შეად. Renzikowski, Joachim, in: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 18, 21, 89.

<sup>35</sup> შეად. Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239b Rn. 2; Renzikowski, Joachim, JZ 1994, 492 (494).

<sup>36</sup> შეად. Heinrich, Bernd, NSTZ 1997, 365 (366, Fn. 13); Renzikowski, Joachim, in: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 86. განსხვავებულ მოსაზრებას ავითარებს Fahl, Christian, JZ 2014, 582 (584), რომელიც მხარს უჭერს კონკურირებადი ნორმების პრობლემის გადაჭრისთვის ნორმის შთანთქმის პრინციპის გამოყენებას.

<sup>37</sup> შეად. Heinrich, Bernd, in: Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 2009, § 18 Rn. 32; იმავეს იზიარებს Sonnen, Bernd-Rüdeger, in: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 239a Rn. 15, § 239b Rn. 6. განსხვავებულ მოსაზრებას ავითარებს Renzikowski, Joachim, in: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 20; ders., JZ 1994, 492 (496 f.).

აღნიშნული მიდგომა ვერ გამოდგება ორპირიანი კონსტელაციის შემთხვევაში. ორპირიანი კონსტელაციაში არ არის ჩართული ბევრი პირი, არც მოსალოდნელი ზიანის თავიდან აცილება არ არის მსხვერპლის სფეროს გარეთ მოქცეული. მკაცრი მინიმალური სასჯელის ზომა შეიძლება იმით დასაბუთდეს, რომ დანაშაულით მრავალ სამართლებრივ სიკეთეს ადგება ზიანი.<sup>38</sup> კანონმდებელმა მოცემული გარემოება ყურადღების მიღმა დატოვა. სასჯელის ზომის გაზრდით, კანონმდებელს სურდა, რომ სასჯელი შესაბამისობაში მოეყვანა ტერორისტული ძალადობრივი დანაშაულების განსაკუთრებული უმართლობის შინაარსთან და მისთვის პრევენციული მნიშვნელობა მიენიჭებინა.<sup>39</sup> მოცემული ვითარება თვალსაჩინოს ხდის (კიდევ ერთხელ), რომ კანონმდებელმა ნორმის გამოყენებასთან დაკავშირებული პრობლემები ვერ გააცნობიერა. მინიმალური სასჯელის შეუსაბამოდ მაღალი ზომა დახასიათებულ იქნა, როგორც „გადაჭარბებული“<sup>40</sup> და „აზრს მოკლებული“<sup>41</sup>.

#### IV. ქმედების შემადგენლობის შეზღუდვა, როგორც პრობლემის გადაჭრის გზა

გსსკ-ის §239b-ის (და §239a-ის) და მასთან დაკავშირებული პრობლემების აღმოსაფხვრელად, სასამართლო პრაქტიკასა და იურიდიულ ლიტერატურაში<sup>42</sup> რამდენიმე წინადადება იქნა შემუშავებული. ისინი ძირითადად ეხება ფიზიკური კონ-

ტროლის დამყარების ბუნდოვან გამიჯვნას ისეთი მრავალმომცველი დანაშაულისგან, როგორცაა იძულება (ან გამოძალვა). ვინაიდან აქ ადგილის სიმჭიდროვის გამო მათი სრულყოფილი განხილვა ვერ ხერხდება, წინამდებარე სტატიაში ფოკუსი გაკეთდება სასამართლო გადაწყვეტილებებით დამკვიდრებულ მიდგომაზე,<sup>43</sup> ასევე, იუბილარის მიერ შემუშავებულ მოსაზრებაზე.

#### 1. სისხლის სამართლის საქმეების განმხილველი დიდი სენატის მიერ შემუშავებული პრობლემის გადაჭრის გზა (BGHSt 40, 350)

გერმანიის ფედერალური სასამართლოს (BGH) დიდი სენატი, რომელიც სისხლის სამართლის საქმეებს განიხილავს, თავის გადაწყვეტილებაში შეეხო საკითხს, ჩადენილია თუ არა გსსკ-ის §239b მაშინ, როცა დამნაშავე მსხვერპლს იტაცებს გაუპატიურების ან სქესობრივი იძულების მიზნით.<sup>44</sup> დიდი სენატი მის პასუხში დაეთანხმა ამ კითხვას. გარდა ამისა, იგი გატაცებასთან ერთად შეეხო ფიზიკური კონტროლის დამყარების ქმედების შემადგენლობასაც და დასაბუთების ნაწილში განმარტა, თუ რომელი პირობების არსებობისას იქნება ჩადენილი ორპირიანი კონსტელაციაში გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის პირველი ალტერნატივა.<sup>45</sup> დიდი სენატის არგუმენტები ძირითადად ემყარება დანაშაულის ორეტაპიან სტრუქტურას. გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის პირველი ალტერნატივის არასრული ორეტაპიანობიდან გამომდინარე საჭიროა ფუნქციური ურთიერთკავშირი პირველ (გატაცება ან ფიზიკური კონტროლის დამყარება) და მეორე, დამნაშავის წარმოდგენებში არსებულ ეტაპს (იძუ-

<sup>38</sup> შეად. *Valerius, Brian*, in: *v. Heintschel-Heinegg, Bernd* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, 54. Ed., Stand: 01.08.2022, § 239a Rn. 1.1. სამპირიანი კონსტელაციის შესახებ საუბრობს *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 23, როგორც „დარღვეული სამართლებრივი პოზიციების დამატებაზე“.

<sup>39</sup> შეად. BT-Drs. 11/2834, გვ. 9.

<sup>40</sup> იხ. ასევე *Fischer, Thomas*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 67. Aufl. 2020, § 239a Rn. 16.

<sup>41</sup> იხ. ასევე *Heinrich, Bernd*, in: *Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2. Aufl., 2009, § 18 Rn. 30.

<sup>42</sup> ლიტერატურაში გამოთქმულ სხვადასხვა მოსაზრებასთან დაკავშირებით მოკლე მიმოხილვა იხ. *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 58.

<sup>43</sup> შეად. დამკვიდრებული სასამართლო გადაწყვეტილებების შესახებ BGH NStZ 1999, 509; BGH NStZ 2002, 31 (32); BGH NStZ-RR (NStZ-Rechtsprechungsreport) 2003, 328; BGH NStZ-RR 2005, 173; BGH NStZ 2006, 448 (449); BGH NStZ-RR 2006, 141 (142); BGH NStZ 2007, 32; BGH NStZ 2010, 516; BGH NStZ 2014, 515; BGH NStZ-RR 2015, 173; BGH NStZ-RR 2015, 336 (337); BGH NStZ-RR 2017, 176; BGH NStZ-RR 2021, 140.

<sup>44</sup> მე-2 სენატის 1994 წლის 18 მაისის გადაწყვეტილება სამართლებრივი საკითხის განმარტების მიზნით დიდი სენატისთვის მიმართვის შესახებ (Vorlagebeschluss) იხ. BGH NStZ 1994, 430.

<sup>45</sup> BGHSt 40, 350 (355 ff.).

ლება) შორის. დამნაშავე მიზნად უნდა ისახავდეს, რომ სწორედ მის მიერ შექმნილი მაიძულებელი მდგომარეობა გამოიყენოს მუქარად და მისი მუშევრით განახორციელოს იძულება. ამასთან, მუქარა უნდა იყოს ქმედების შემადგენლობის მაკვალიფიცირებელი ნიშანი.<sup>46</sup> ფუნქციური ურთიერთკავშირის მოთხოვნა გამომდინარეობს ქმედების შემადგენლობის ფორმულირებიდან „რათა განახორციელოს იძულება“ და სისტემური თვალსაზრისით ასევე შეესაბამება გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის მეორე ალტერნატივით გათვალისწინებულ ექსპლუატაციის ქმედების შემადგენლობას, რომლის დროსაც დამნაშავე მის მიერ შექმნილ მაიძულებელ მდგომარეობას იყენებს იძულებისთვის. ამ შემთხვევაშიც იძულება უნდა იყოს ქმედების შემადგენლობის მაკვალიფიცირებელი ნიშანი.<sup>47</sup> ასეთი ფუნქციური ურთიერთკავშირი გატაცების შემთხვევაში მუდმივად არის, ვინაიდან დამნაშავე სწორად ადგილის ცვლილებით უზღუდავს მსხვერპლს დაცვისა და თავდაცვის შესაძლებლობას და ქმნის ისეთ სიტუაციას, რომლითაც მსხვერპლზე ახორციელებს ზეწოლას. სწორედ ამ სიტუაციის მეშვეობით შეუძლია დამნაშავეს თანმდევი იძულების განხორციელება, რომელიც მას დაგეგმილიც აქვს.<sup>48</sup> ფიზიკური კონტროლის დამყარება არ ჩაითვლება (გამიზნულ) ორეტაპიან ქმედებად, როცა იდენტური საშუალებები გამოიყენება ფიზიკური კონტროლის დასამყარებლად და იძულების განხორციელებისთვის, როცა მუქარა, რომელიც არის ქმედების შემადგენლობის მაკვალიფიცირებელი ნიშანი, ერთდროულად გამოიყენება მსხვერპლის დამნაშავის ბატონობის ქვეშ მოსაქცევად და შემდეგ, მასთან დაკავშირებული იძულების განხორციელებლად.<sup>49</sup> თუ დამნაშავის წარმოდგენით ფიზიკური კონტროლის დამყარება და იძულება ერთი აქტია, კერძოდ, თუ მაიძულებელი მდგომარეობის შექმნას ცალკე გამოკვეთილი მნიშვნელობა არ ენიჭება, მაშინ, დიდი სენატის თანახმად, ჩადენილი არ არის გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის პირველი ალტერნატივა. ამის მაგალითია, როცა დამნაშავე მსხვერპლს, მისი გადაადგილების გარეშე, იარაღს

დაუმიზნებს (ფიზიკური კონტროლის დამყარებით მაიძულებელი სიტუაციის შექმნა) და ამავე დროს ემუქრება სიკვდილით (იძულების საშუალება, როგორც მაკვალიფიცირებელი ნიშანი), რათა მიაღწიოს იძულების მიზანს. გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის პირველი ალტერნატივის ჩასადენად გამიჯვნადი უნდა იყოს მაიძულებელი მდგომარეობის შექმნა და (გამიზნული) მუქარა. ასევე იგი საკმარის დონეზე უნდა იყოს დასტაბილურებული.<sup>50</sup> ამგვარ სტაბილიზაციას დიდი სენატი არ გამოორიცხავს ფიზიკური კონტროლის დამყარების (გატაცების გარეშე) დროს, თუმცა მიიჩნევს – დეტალური განმარტების გარეშე, რომ საქმეთა უმრავლესობაში მას ადგილი არ აქვს.<sup>51</sup> მოცემულ საკითხზე პირდაპირი საუბრის და კონკრეტიზაციის გარეშე, საბოლოო ჯამში, დიდი სენატი მოითხოვს კონკრეტული დროის გასვლას მაიძულებელი მდგომარეობის შექმნიდან (გამიზნულ) იძულების განხორციელებამდე.<sup>52</sup> ბოლოს კი დიდი სენატი იმაზე მიუთითებს, რომ დამნაშავის განზრახვა, გამოიყენოს მაიძულებელი სიტუაცია, მოქმედებს სამპირიანი კონსტელაციის შემთხვევაშიც.<sup>53</sup> დიდმა სენატმა თავისი გადაწყვეტილებით უკუაგდო იქამდე სასამართლო პრაქტიკით ჩამოყალიბებული მიდგომები, რომელიც ეფუძნებოდა ნორმის შეზღუდულ გამოყენებას ორპირიანი კონსტელაციაში. ამ მიდგომების ამოსავალი წერტილი იყო იძულებისა და ფიზიკური კონტროლის დამყარების საშუალებების იდენტურობა,

<sup>46</sup> BGHSt 40, 350 (355).

<sup>47</sup> BGHSt 40, 350 (355 f.).

<sup>48</sup> BGHSt 40, 350 (359). ასევე, იხ. *Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 23.*

<sup>49</sup> BGHSt 40, 350 (359).

<sup>50</sup> BGHSt 40, 350 (359). აღნიშნულთან დაკავშირებით ასევე იხ. *Heinrich, Bernd, NStZ 1997, 365 (368):* „აზრობრივი შესვენება“.

<sup>51</sup> BGHSt 40, 350 (359). ასევე, იხ. *Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 23.*

<sup>52</sup> ამ კონტექსტში ასევე შეად. *Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 20, 24* („ფიზიკური კონტროლის დამყარების სიტუაცია გარკვეული მოცდის ელემენტით“). BGH NStZ 2007, 32 (33), რომლის მიხედვით, თუნდაც რამდენიმე წუთიანი ფიზიკური კონტროლის დამყარება საკმარისია, თუ მისი ინტენსივობა მაღალია და შეესაბამება არსებულ სიტუაციას. კონკრეტული დროის განსაზღვრის ნაცვლად, აქცენტი გაკეთებულია დროისა და ინტენსივობის მოქნილ და პრაქტიკულ ურთიერთქმედებაზე. დროის შუალედის მოთხოვნის საწინააღმდეგოდ იხ. *Renzikowski, Joachim, in: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 55 ff.; ders., JZ 1994, 492 (495 f.).*

<sup>53</sup> BGHSt 40, 350 (356).

ასევე, მაიძულებელი ქმედების გარე ზეგავლენა,<sup>54</sup> კერძოდ, მაიძულებელი მდგომარეობის კონკრეტიზაცია მსხვერპლის პერსპექტივიდან და მსხვერპლის მიერ განცდილი მუქარის ინტენსივობა<sup>55</sup>.

## 2. ბერნდ ჰაინრიხის მიერ შემუშავებული პრობლემის გადაჭრის გზა

იუბილარი ძირითადად იზიარებს დიდი სენატის მიერ განვითარებულ მიდგომას, რომლის მიხედვით მაიძულებელი მდგომარეობის სტაბილიზაცია<sup>56</sup> წარმოადგენს მისაღებ შემზღვეველ კრიტერიუმს.<sup>57</sup> განსაკუთრებით გსსკ-ის 239b პარაგრაფის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული მინიმალური სასჯელის კუთხით არის საჭირო, რომ მაიძულებელი სიტუაცია და მსხვერპლის საფრთხეში ჩაყენება არამხოლოდ მოკლევადიანი, არამედ იმდენად მწვავე და სტაბილური იყოს, რომ გარანტირებული იყოს დამნაშავეს მიერ მსხვერპლზე განუსაზღვრელი კონტროლის დამყარება.<sup>58</sup> გარდა ამისა, მაიძულებელი სიტუაცია მხოლოდ მაშინ იქნება იძულების განხორციელებისთვის გამოსადეგი, თუ იგი დასტაბილურდება.<sup>59</sup>

განსხვავებული შეხედულება აქვს მას მძევლად ხელში ჩაგდების გზით განზრახულ იძულების მიზანზე. თუ დიდი სენატი მიიჩნევს, რომ მაიძულებელი ქმედება არ არის შეზღუდული,<sup>60</sup> კერძოდ, გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის სიტყვების მიხედვით, იგი გამოიხატება მოქმედებაში, თმენასა ან უმოქმე-

დობაში, ბერნდ ჰაინრიხი მოითხოვს მხოლოდ ისეთი შემთხვევებით შემოფარგვლას, სადაც მსხვერპლი აქტიურად მონაწილეობს იძულების მიზნების მიღწევაში და ამით მას გარკვეულწილად აქვს გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობა.<sup>61</sup> შესაბამისად, იგი უარყოფს მძევლად ხელში ჩაგდების გამო დასჯადობას, როცა იძულების ერთადერთი (განზრახულ) მიზანია, რომ მსხვერპლმა პასიურად მოითმინოს ძალის გამოყენებით მიღწეული იძულების შედეგები, განსაკუთრებით, ძალადობით ჩადენილი დანაშაული.<sup>62</sup> დასაბუთებისთვის ბერნდ ჰაინრიხი უპირველეს ყოვლისა იშველიებს იმ გარემოებას, რომ გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტი იძულების საშუალებად მხოლოდ ქმედების მაკვალიფიცირებელ ნიშანს – მუქარას მიიჩნევს და არა ძალადობას.<sup>63</sup> თუ დამნაშავეს უნდა რომ ძალადობის გამოყენებით (მაგალითად, გაუპატიურება) მიაღწიოს უბრალოდ თმენას, მაშინ სახეზე არ იქნება მძევლად ხელში ჩაგდების ქმედების შემადგენლობა.<sup>64</sup> თუ თმენით ვერ მიიღწევა იძულების ავტორის მიერ vis absoluta-ს მეშვეობით გამონვეული იძულების შედეგი, მაშინ დანაშაულის ჩადენისთვის აუცილებელია იძულების მსხვერპლის ძალდატანებული, მაგრამ, ამავდროულად, ნებაყოფლობითი აქტიური მონაწილეობა. სწორედ ამ მონაწილეობაზეა დამოკიდებული დამნაშავეს მიზნის მიღწევა.<sup>65</sup> გარდა ამისა, მძევლად ხელში ჩაგდებისთვის დამახასიათებელია, რომ დამნაშავე იძულების ადრესატის ნებაზე ზემოქმედებს არა ძალის გამოყენებით, არამედ მუქარით, რათა კონკრეტული აქტიური მოქმედება განახორციელებინოს.<sup>66</sup> გსსკ-ის §239b-ის მოქმედების სფეროდან დანაშაულის თმენის გამორიცხვა არ არის დასჯადობის ხარვეზის კუთხით საშიში, ვინაიდან, მოცემულ შემთხვევაში, როგორც წესი, ჩადენილი დანაშაულის გამო შესაძლებელია პასუხისმგებლობის დადგომა.<sup>67</sup>

<sup>54</sup> შეად. BGH NJW 1993, 1145. BGH NStZ 1994, 127, სასამართლომ გაიზიარა აღნიშნული მიდგომა და გაავრცელა გატაცების დანაშაულის შემადგენლობით გათვალისწინებულ ქმედებაზე.

<sup>55</sup> შეად. BGH NStZ 1994, 128.

<sup>56</sup> თუ დიდი სენატი დასტაბილიზირებულ მაიძულებელ სიტუაციას მიიჩნევს დანაშაულის შემადგენლობის განმარტებიდან მომდინარე კრიტერიუმად, სხვები მას მიიჩნევენ თელეოლოგიურ რედუქციად. იხ. *Immel, Markus*, NStZ 2001, 67 (68); *Rengier, Rudolf*, Strafrecht Besonderer Teil II, 17. Aufl. 2016, § 24 Rn. 20; *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 50.

<sup>57</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (368 f.).

<sup>58</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (369).

<sup>59</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (369).

<sup>60</sup> BGHSt 40, 350 (357).

<sup>61</sup> *Heinrich, Bernd*, in: *Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 2009, § 18 Rn. 32; *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (369 ff.). ამ მოსაზრებას იზიარებს *Heger, Martin*, in: *Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 239b Rn. 2.

<sup>62</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (370 f.).

<sup>63</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (370 f.).

<sup>64</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (370).

<sup>65</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (370).

<sup>66</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (370).

<sup>67</sup> *Heinrich, Bernd*, NStZ 1997, 365 (370).



### 3. პოზიცია

ბერნდ ჰაინრიხის მიერ შემოთავაზებული გამოსავალი ეფუძნება იმ გარემოებას, რომ გსსკ-ის §239b – მძევლად ხელში ჩაგდება – არ მოიცავს ძალადობას, როგორც იძულების საშუალებას. ამით იგი განსხვავდება გსსკ-ის 239a (პირის გატაცება გამოძალვის მიზნით) და გსსკ-ის 240-ე (იძულება) პარაგრაფებით გათვალისწინებული დანაშაულებისგან. გატაცებით ან ფიზიკური კონტროლის დამყარებით შექმნილ მაიძულებელ მდგომარეობაზე (ნაწილი 1) დაფუძნებული იძულება (ნაწილი 2) ქმედების შემადგენლობის კუთხით არ შეესაბამება მძევლად ხელში ჩაგდებას, თუ იძულების მიზანი მიღწეულ უნდა იქნეს ძალადობის გამოყენებით.<sup>68</sup> ასევე, ნათელია ის, რომ მოცემულ პირობებში დანაშაულის თმენა, როგორც იძულების მიზანი, არ არის საკმარისი ქმედების შემადგენლობის განსახორციელებლად.

თუმცა, ისმის კითხვა, სრულად უნდა გამოირიცხოს თუ არა დანაშაულის თმენა გსსკ-ის §239b-ის მოქმედების სფეროდან. ეს საკითხავია მაშინ, როცა თმენა არ არის მხოლოდ *vis absoluta*-ს შედეგი და ასევე, როცა მისაღებია ნებელობითი თმენა.<sup>69</sup> ის, რომ მსხვერპლის მიერ მასზე განხორციელებული ქმედების მოთმენა შესაძლოა მუქარის შედეგი და საკუთარი ნების გამონახულება იყოს, გამომდინარეობს გსსკ-ის §177-ის მე-2 პუნქტის მე-5 ქვეპუნქტიდან, რომლის მიხედვით, დასჯადია მძიმე ზიანის მიყენების მუქარა, რომელიც მიზნად ისახავს სქესობრივი ქმედებების თმენას. თუ აღნიშნულს მძევლად ხელში ჩაგდებაზე გადმოვიტანთ, დავინახავთ, რომ მუქარის შემთხვევაში, იძულების ადრესატის მიერ დანაშაულის პასიურმა თმენამ შეიძლება შექმნას გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული ქმედების შემადგენლობა.

<sup>68</sup> ის, რომ გსსკ-ის §239b იძულების საშუალებად არ მოიცავს ძალადობას, გაკრიტიკებულია როგორც „გსსკ-ის §239a-ს მიმართებით არსებული ხარვეზი“, იხ. *Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 67. Aufl. 2020, § 239b Rn. 6d.

<sup>69</sup> ასეთი გამოირიცხვის საწინააღმდეგოდ ასევე მეტყველებს ფორმულირება, რომლის მიხედვით თმენა მოიცავს „სწორედ ძალის გამოყენებას *vis absoluta*-ს ფორმით“, იხ. *Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II*, 17. Aufl. 2016, § 23 Rn. 54a; შეად. ასევე *Sinn, Arndt*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 240 Rn. 99 ff.

ამ შემთხვევაში მუქარა წარმოადგენს ქმედების შემადგენლობის მაკვალიფიცირებელ ნიშანს.

ბერნდ ჰაინრიხი თავისი შეხედულების დასაბუთების მიზნით დამატებით ამბობს, რომ მძევლად ხელში ჩაგდება არსი იმაში მდგომარეობს, რომ იძულების ადრესატს – განურჩევლად ორპირიანი თუ სამპირიანი კონსტელაციისა – წაართვას ნების თავისუფლება და ამ გზით აიძულოს კონკრეტული ქმედების განხორციელება. მოცემული ქმედების მიღწევა დამნაშავეს შეუძლია მხოლოდ ძალადობრივი ქმედებებისა და შემდგომი, თანდაყოლილი მუქარის საშუალებით.<sup>70</sup> მაგალითად, იძულების გზით, შესაძლოა, პოლიტიკოსი გადადგეს. ამ დროს მძევლად ამყვანი არ მიმართავს ძალადობას, არამედ ისეთ გავლენას ახდენს პოლიტიკოსის ნებაზე, რომ მძევალი იღებს გადაწყვეტილებას, დაემორჩილოს მოთხოვნას და უარი თქვას თანამდებობაზე. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ: მძევლად ხელში ჩაგდებას მნიშვნელობა არ ამოიწურება მძევლად ამყვანის მიერ იძულების შედეგის დადგომისათვის მხოლოდ წინაპირობების შექმნით. სწორედ ამიტომ გამოირიცხება ისეთი შემთხვევები, რომლის დროსაც მსხვერპლი „მხოლოდ“ პასიურად ითმენს (შემდგომი) დანაშაულის ჩადენას. ვინაიდან მსხვერპლს გააჩნია გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობა, მსხვერპლის აქტიური თანამონაწილეობის მოთხოვნა არის სრულიად ლოგიკური და თანმიმდევრული.

სწორედ აქედან გამომდინარეობს, რომ სქესობრივი იძულების კუთხით გარკვეული წინააღმდეგობები იკვეთება. თუ დამნაშავე განიზრახავს, რომ მაიძულებელი სიტუაციის გამოყენებით, ასევე, მუქარით, რომელიც არის ქმედების შემადგენლობის მაკვალიფიცირებელი ნიშანი, მსხვერპლი აიძულოს, ითმინოს მისგან (ან მესამე პირისგან) მომდინარე ქმედებები, მაშინ ჩადენილი არ არის გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის პირველი ალტერნატივა. თუ მას სურს, რომ მსხვერპლმა თვითონ განახორციელოს მასზე (ან მესამე პირზე) სექსუალური ქმედებები, მაშინ სახეზე იქნება გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის პირველი ალტერნატივა, ვინაიდან ამ შემთხვევაში ადგილი აქვს მსხვერპლის აქტიურ თანამონაწილეობას. აქტიური თანამონაწილეობის კრიტერიუმს მძევლად ხელში ჩაგდებას დასჯადობის კუთხით მიყვავართ განსხვავებულ შედეგამდე, მიუხედავად იმისა, რომ, სქესობრივი

<sup>70</sup> *Heinrich, Bernd*, *NSZ* 1997, 365 (370).

იძულების (ე.ი. იძულების მიზნის დასჯადობა) კუთხით, თანაბარი ღირებულების ალტერნატივასთან გვაქვს საქმე. გარდა ამისა, უნდა აღინიშნოს, რომ ქმედების შემადგენლობის შეზღუდვის შემოთავაზება მსხვერპლის საუარესოდ ავინროებს დაცულ სფეროს.<sup>71</sup>

უკანასკნელი მოსაზრების საწინააღმდეგოდ შეიძლება ითქვას, რომ ორპირიან კონსტელაციაში დასჯადობის ხარვეზი არ არის საგანგაშო, ვინაიდან დანაშაულის თმენის შემთხვევაშიც, როგორც წესით, ქმედება დასჯადია.<sup>72</sup> თუ ადგილი აქვს მხოლოდ გატაცებას ან ფიზიკური კონტროლის დამყარებას ისე, რომ განზრახული იძულება სულ მცირე მცდელობის ეტაპზე გადავიდა, მოცემული ქმედება დასჯადი იქნება გსსკ-ის §239-ით გათვალისწინებული თავისუფლების უკანონო აღკვეთისთვის.<sup>73</sup>

ბერნდ ჰაინრიხის მიერ შემოთავაზებული კრიტიკერიუმი, რომელიც შეეხება მსხვერპლის აქტიურ თანამონაწილეობას, შესაძლებელს ხდის მძევლად ხელში ჩაგდების ქმედების შემადგენლობის ადეკვატურ გამოყენებას. მოცემული ქმედების შემადგენლობა, პირველ რიგში, პრობლემურია მაღალი მინიმალური სასჯელის ზომისა და დამაკავშირებელი ფაქტორების გადმონიშნვის გამო. როდესაც იძულების შედეგი არის მძევლად ამყვანის მთავარი მიზანი და როდესაც ქმედების შემადგენლობიდან გამოირიცხება მსხვერპლის მიერ ამ შედეგის თმენა, გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის პირველი ალტერნატივით თავიდან იქნება აცილებული, რომ იძულების განზრახვით, მომზადების სტადიაზე განხორციელებული ქმედებებისთვის (გატაცება ან ფიზიკური კონტროლი დამყარება) დამნაშავეს შეეფარდოს თავისუფლების აღკვეთა არანაკლებ ხუთი წლის ვადით. სხვა შემთხვევაში, მხოლოდ მომზადების სტადიაზე განხორციელებული ქმედებებისთვის მრავალი საქმე დასრულდებოდა მძიმე სასჯელის შეფარდებით ისე, როგორც ეს მოხდე-

ბოდა განზრახი დანაშაულის ჩადენის დროს.<sup>74</sup> სადავო არ არის, რომ იზრდება უმართლობა, რომელიც გამომდინარეობს მაიძულებელი სიტუაციის შექმნისგან. თუმცა კანონმდებელი „მხოლოდ“ თავისუფლების უკანონო აღკვეთისთვის, რომელიც გსსკ-ის §239-ის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული დანაშაულია, სასჯელის სახით აწესებს თავისუფლების აღკვეთას არაუმეტეს ხუთი წლისა, უფრო მარტივი შემთხვევებისთვის – ჯარიმას. სასჯელის ზომის მკვეთრ ზრდას ვერ ხსნის იძულების განზრახვა, რომელიც დამნაშავეს უნდა ჰქონდეს გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის პირველი ალტერნატივით გათვალისწინებული დანაშაულის – მძევლად ხელში ჩაგდების – ჩადენისას.<sup>75</sup>

ბერნდ ჰაინრიხის მიერ გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტის პირველი ალტერნატივის მოქმედების სფეროს კუთხით ჩამოყალიბებული მიდგომა აშკარად შეესაბამება კანონმდებლის მიზანს, ვინაიდან საკანონმდებლო დოკუმენტებში დასახელებულ იქნა ისეთი მაგალითები, როგორცაა პოლიტიკოსის მძევლად ხელში ჩაგდება, რომელიც აიძულებს განხორციელებინა კონკრეტული ქმედება,<sup>76</sup> ან მძევალი პოლიტიკოსის ან დიპლომატისთვის თავისუფლების უკანონო აღკვეთის მუქარა, რომელიც გრძელდება წაყენებული მოთხოვნების შესრულებამდე.<sup>77</sup> გარდა ამისა, მსხვერპლის აქტიური თანამონაწილეობის კრიტიკერიუმი შინაარსობრივად სათანადოდ არის გამართული და აქვს მკვეთრი სა-

<sup>71</sup> შეად. *Renzikowski, Joachim*, in: *Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239a Rn. 51, Fn. 141.

<sup>72</sup> იხ. ასევე *Heinrich, Bernd*, *NStZ* 1997, 365 (370).

<sup>73</sup> ეს შედეგი გამომდინარეობს იმ მოსაზრებიდან, რომ, როგორც გატაცება, ისე ფიზიკური კონტროლის დამყარება მოიცავს თავისუფლების უკანონო აღკვეთის ელემენტებს. შეად. *Heinrich, Bernd*, in: *Arzt, Gunter/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2. Aufl. 2009, § 18 Rn. 35.

<sup>74</sup> ამ კონტექსტში განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია გსსკ-ის §177-ის პირველი პუნქტის, მე-2 პუნქტის მე-5 ქვეპუნქტის, მე-5 პუნქტის მე-2 ქვეპუნქტით გათვალისწინებული დანაშაული – სქესობრივი იძულება ჩადენილი მუქარით. მათთვის მინიმალური სასჯელის ზომად გათვალისწინებულია ერთი წლით თავისუფლების აღკვეთა. გსსკ-ის §177-ის მე-6 პუნქტის პირველი ქვეპუნქტით გათვალისწინებული დანაშაულის – გაუპატიურების შემთხვევაში, სასჯელის ზომა გაზრდილია და ითვალისწინებს ორი წლის ვადით თავისუფლების აღკვეთას.

<sup>75</sup> იხ. ასევე *Heinrich, Bernd*, *KriPoZ (Kriminalpolitische Zeitschrift)*, 2017, 4 (6).

<sup>76</sup> შეად. *BT-Drs. 11/2834*, გვ. 9.

<sup>77</sup> შეად. *BT-Drs. 11/2834*, გვ. 10. მოცემული მაგალითი მოყვანილია 1989 წელს გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტით შემოღებული სიახლის განმარტების მიზნით. იგი ეხება ერთ კვირაზე დიდხანს თავისუფლების აღკვეთის მუქარას, როგორც იძულების საშუალებას. თუმცა იძულების მიზნად დასახელებული „წაყენებული მოთხოვნების შესრულება“ მიუთითებს აქტიური ქმედების განხორციელების იძულებაზე, ვიდრე მხოლოდ თმენაზე.

ზღვრები, შესაბამისად, პრაქტიკაში მისი გამოყენება არ წარმოშობს პრობლემებს.

## V. დასკვნა

ორპირიან კონსტელაციაში გსსკ-ის 239a და 239b პარაგრაფების გამოყენების თაობაზე დისკუსია უკვე ოცდაათ წელზე მეტია რაც მიმდინარეობს, თუმცა ახლო მომავალში დისკუსიას დასასრული არ უჩანს და სავარაუდოდ მხოლოდ კანონმდებლის სათანადო ქმედებების შემდეგ გახდება მისი დასრულება შესაძლებელი.<sup>78</sup> სასამართლო პრაქტიკაში დამკვიდრდა გერმანიის ფედერალური სასამართლოს მიერ შემუშავებული კრიტერიუმი – მაიძულებელი სიტუაციის დასტაბილურება. თუმცა, ბერნდ ჰაინრიხი მის 1997 წლის სტატიაში დამაჯერებლად ხსნის, რომ მოცემული კრიტერიუმი არ არის საკმარისი. გარდა ამისა, იგი მოითხოვს მსხვერპლის აქტიური თანამონაწილეობის მიდგომის გამოყენებას, რომლის შედეგად გსსკ-ის §239b-ის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული მკაცრი სასჯელის გამოყენება გამოირიცხება თავისუფლების უკანონო აღკვეთის ისეთ შემთხვევებზე, რომლებიც რეალურად „მხოლოდ“ სხვა დანაშაულის მომზადებას წარმოადგენს. ამ მიდგომით შესაძლებელი ხდება მძევლად ხელში ჩაგდების, როგორც დანაშაულის, ჩარჩოების მკაფიოდ განსაზღვრა. იგი ავლენს, რომ მძევლად ხელში ჩაგდებისას დამნაშავის მიზნის მიღწევა შესაძლებელია მხოლოდ იძულების ადრესატის აქტიური თანამონაწილეობით. ასევე, დამნაშავე ქმნის მაიძულებელ სიტუაციას და იყენებს იძულებას, რომელიც არის ქმედების შემადგენლობის მაკვალიფიცირებელი ნიშანი. დამნაშავე ამ გზით ზენოლას ახდენს იძულების ადრესატზე, რათა ამ უკანასკნელს მისცეს ან აუმაღლოს მოტივაცია მიზნის მისაღწევად საჭირო ქმედებების განხორციელებისთვის.

---

<sup>78</sup> შესაბამის მოთხოვნებზე საუბრობს, მათ შორის, *Fahl, Christian*, JZ 2014, 582 (584); *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 239a Rn. 8c; *Sonnen, Bernd-Rüdeger*, in: *Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 5. Aufl. 2017, § 239a Rn. 15. მსგავსი ხედვები აქვს: *Eisele, Jörg*, in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239a Rn. 13c.