Redakcja/Edited by/Herausgegeben von
Emil W. Pływaczewski

AKTUALNE PROBLEMY PRAWA KARNEGO I KRYMINOLOGII

CURRENT PROBLEMS OF THE PENAL LAW AND CRIMINOLOGY

AKTUELLE PROBLEME DES STRAFRECHTS UND DER KRIMINOLOGIE



AKTUALNE PROBLEMY PRAWA KARNEGO I KRYMINOLOGII

CURRENT PROBLEMS OF THE PENAL LAW AND CRIMINOLOGY

AKTUELLE PROBLEME DES STRAFRECHTS UND DER KRIMINOLOGIE

AKTUALNE PROBLEMY PRAWA KARNEGO I KRYMINOLOGII

CURRENT PROBLEMS OF THE PENAL LAW AND CRIMINOLOGY

AKTUELLE PROBLEME DES STRAFRECHTS UND DER KRIMINOLOGIE

Redakcja
Edited by
Herausgegeben von
EMIL W. PŁYWACZEWSKI

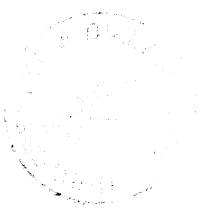


Temida2
Białystok 1998

© Copyright by Temida 2
Białystok 1998

Żadna część tej pracy nie może być powielana i rozpowszechniana w jakiejkolwiek formie i w jakikolwiek sposób (elektroniczny, mechaniczny), włącznie z fotokopiowaniem, bez pisemnej zgody wydawcy.

ISBN 83-86137-50-9



Opracowanie graficzne okładki:
Jerzy Banasiuk, Krzysztof Kruszewski
Zdjęcie na okładce: D. Maenza

242139

Układ typograficzny:
Krzysztof Kruszewski

Redaktor techniczny:
Jerzy Banasiuk

BIBLIOTEKA GŁÓWNA
Uniwersytetu w Białymstoku



FUW0057989

Wydawca: **Temida 2**

Przy współpracy i wsparciu finansowym Wydziału Prawa
Uniwersytetu w Białymstoku

Druk i oprawa: Orthdruk, Białystok, ul. Składowa 9, tel. 085 / 422-517

M-58/98

30,-

SPIS TREŚCI
TABLE OF CONTENTS
INHALTSVERZEICHNIS

Słowo wstępne (Emil W. Pływaczewski)
Preface (Emil W. Pływaczewski)
Vorwort (Emil W. Pływaczewski)

Dr Andrzej Adamski:
Kryptografia i prawo 23

Prof. Dr. Gunther Arzt:
Lehren aus dem Schneeballsystem 39

Prof. dr hab. Kazimierz Buchała:
Wina czynu a zawinienie na przedpolu
czynu zabronionego 61

Prof. Dr. Manfred Burgstaller:
Die neuen Geldwäschereidelikte 87

Prof. Dr. K. Chockalingam:
Criminological Developments in India
with a Special Focus on Marginal Criminality 115

Prof. Dr. Adam Czarnota, Prof. dr hab. Piotr Hofmański:
Prawo, historia i sprawiedliwość 137

Prof. dr hab. Oktawia Górniok:
Pojęcie przestępczości gospodarczej
a jej społeczno-polityczna warstwa 161

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Hans Joachim Hirsch:
Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht 179

Prof. dr hab. Brunon Hołyst:
Wpływ prywatyzacji niektórych zadań policji
na politykę kryminalną 211

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Günther Kaiser:
Wandlungen kriminologischen Denkens
und die Zukunft des Strafrechts 243

Prof. Dr. Karl-Ludwig Kunz:
Gesetzliche Massnahmen gegen die organisierte
Kriminalität in der Schweiz. Eine Fallstudie praktischer
Kriminalpolitik. 297

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Haruo Nishihara:
Die japanische Yakuza - Die Geschichte
und die gegenwärtige Lage der organisierten Kriminalität
in Japan. 319

Prof. dr hab. Emil W. Pływaczewski:
Główne problemy przestępczości w Polsce 343

Dr. Sławomir Redo:
A Thin Blue Line. Bringing Alleged Offenders
to Justice in the United Nations Law and Practice
of Prosecution 363

Prof. Dr. Barry A.K. Rider:
International Money Laundering. Developments in the Role
of the Civil Law in Money Laundering Control 397

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin:
Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden
Jahrhundert 443

Prof. Dr. Ernesto U. Savona, Dr. Laura Mezzanotte:
Double Standards in Public Life. The Case
of International Corruption 473

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. (PL) Hans Joachim Schneider:
Sexueller Mißbrauch an Kindern in kriminologischer
und viktimolologischer Sicht 487

Prof. dr hab. Andrzej J. Szwarc:
HIV/AIDS i dyskryminacja 517

Prof. Dr. Yutaka Tajima:
Fraud and Embezzlement 535

Prof. Dr. Shizhou Wang:
Einführung zum chinesischen Strafrecht 541

Prof. dr hab. Andrzej Wąsek:
Synteza prawa karnego porównawczego J. Pradela 561

Prof. Dr. Keiichi Yamanaka:
Gedanken zum Akzessorietätsprinzip - Plädoyer
für eine japanische Mindermeinung 583

Prof. Dr. Toshio Yoshida:
Eine Kurzfassung der Fragebogenuntersuchung
über den außergerichtlichen Vergleich in der japanischen
Strafrechtspflege 609

Emil W. Pływaczewski - profesor prawa karnego i kryminologii na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku (do 1993 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu), Kierownik Zakładu Kryminologii i Problematyki Przestępczości Zorganizowanej oraz Prodziekan Wydziału Prawa. Był stypendystą Fundacji Alexandra von Humboldta (Uniwersytet w Kolonii i Uniwersytet w Würzburgu) oraz Szwajcarskiej Fundacji Narodowej Popierania Badań Naukowych (Uniwersytet w Bernie). W swoim dorobku ma ponad 120 publikacji, drukowanych w kraju i za granicą, w tym kilkanaście opracowań książkowych. Autor pierwszych w Polsce monografii nt. przestępczości zorganizowanej i prania brudnych pieniędzy. Jest uznanym ekspertem w zakresie problematyki przestępczości zorganizowanej (w 1996 r. wystąpił w składzie delegacji Europy na Międzykontynentalnym Sympozjum nt. przestępczości zorganizowanej w perspektywie światowej w Yokohamie). Aktywnie uczestniczył w kilkudziesięciu kongresach, konferencjach, seminariach i kolokwiach organizowanych przez ONZ, Międzynarodowe Stowarzyszenie Prawa Karnego, Radę Europy oraz inne organizacje międzynarodowe poświęconych zapobieganiu przestępczości. Był inicjatorem i współorganizatorem kilku międzynarodowych konferencji w Polsce. Prowadził liczne wykłady gościnne na uniwersytetach w Niemczech, Indiach, Japonii, USA oraz Szwajcarii. W 1996 r. wykładał na Uniwersytecie w Madras (Indie) w ramach prestiżowego zaproszenia Hon'ble Mr. Justice V.R. Krishna Iyer Endowment Lectures. W 1997 r. został laureatem Międzynarodowej Nagrody Naukowej Amerykańskiego Stowarzyszenia Kryminologii dla wyróżniającego się kryminologa zagranicznego (The Distinguished International Scholar Award of the American Society of Criminology). Członek wielu organizacji i towarzystw naukowych, zarówno polskich, jak i zagranicznych. Wykłada również w Wyższej Szkole Policji w Szczytnie oraz w Środkowoeuropejskiej Akademii Policyjnej, w której od 1994 r. reprezentuje Polskę w Międzynarodowej Komisji Egzaminacyjnej tej Uczelni.

Emil W. Pływaczewski - Professor of Criminal Law and Criminology of the Faculty of Law at the University of Białystok (until 1993 the Faculty of Law and Administration at The Nicholas Copernicus University in Toruń), Head of the Department of Criminology and Organized Crime Problems, and Deputy Dean of the Faculty of Law. He was the holder of a scholarship of the Alexander von Humboldt Foundation (University of Köln and University of Würzburg) as well as the Swiss National Foundation to Support Scientific Research (University of Bern).

His literary output comprises over 120 publications, printed in Poland and abroad, a dozen or so of them monographs. He was the first author in Poland to publish monographs on organized crime and on money laundering. He is an acknowledged expert on the organized crime problems (in 1996, he was a member of the European delegation for the International Symposium on Organized Crime; A World Perspective in Yokohama). He took active part in several dozen congresses, conferences, seminars and colloquia on preventing crime, organized by the UNO, Council of Europe, International Association of Penal Law and other international organizations. He was initiator and co-organizer of several international conferences in Poland. Many times, he was the guest lecturer at universities in Germany, India, Japan, United States of America and Switzerland. In 1996, he delivered lectures at Madras University in India within the framework of a prestige invitation Hon'ble Mr. Justice V.R. Krishna Iyer Endowment Lectures. In 1997 he won the international scientific annual prize for a foreign distinguished scholar - The Distinguished International Scholar Award of the American Society of Criminology. He is member of many organizations and scientific societies both Polish and international. He also lectures at the Higher School of Police Training in Szczytno and the Central European Police Academy where, since 1994, has been representative of Poland in the International Examination Board of that Academy.

Emil W. Pływaczewski - Professor für Strafrecht und Kriminologie an der Juristischen Fakultät der Universität in Białystok (bis 1993 an der Fakultät für Recht und Verwaltung der Nikolaus Kopernikus Universität in Toruń), Leiter des Lehrstuhls für Kriminologie und Problematik der Organisierten Kriminalität sowie Prodekan der Juristischen Fakultät. Ehemaliger Stipendiat der Alexander von Humboldt-Stiftung (an den Universitäten Köln und Würzburg) sowie des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (Universität in Bern).

Seine wissenschaftlichen Arbeiten umfassen mehr als 120 Publikationen, die sowohl in Polen wie auch im Ausland veröffentlicht wurden, darunter mehrere Veröffentlichungen in Form von Bücher. Er gehöhrt zu den ersten Autoren in Polen, die Monographien über die organisierte Kriminalität und Geldwäscherei verfaßt haben.

Er ist ein anerkannter Experte im Bereich der organisierten Kriminalität (im Jahre 1996 nahm er als Mitglied der Europadelegation am Internationalen Symposium über die organisierte Kriminalität aus der Weltperspektive in Yokohama teil). Er gehört zu den aktiven Teilnehmern von zahlreichen Kongressen, Konferenzen, Seminarien und Kolloquien über Kriminalitätsvorbeugung, die durch die Organisation der Vereinten Nationen, das Europarat, AIDP, und andere internationale Organisationen durchgeführt wurden. Er selbst hat mehrere internationale Konferenzen in Polen initiiert und durchgeführt.

Mehrmals hat er auch Vorlesungen als Gastprofessor an den Universitäten in Deutschland, Indien, Japan, in der Vereinigten Staaten und in der Schweiz gehalten. Im Jahre 1996 hielt er Vorlesungen an der Universität in Madras (Indien) im Rahmen der Prestigeeinladung von Hon'ble Mr. Justice V.R. Krishna Iyer Endowment Lectures.

Im Jahre 1997 bekam er die Internationale Wissenschaftliche Auszeichnung, die jährlich von der Amerikanischen Kriminologischen Gesellschaft für den sich am meisten hervorhebenden ausländischen

Kriminologen vergebenen wird (The Distinquished International Scholar Award of the American Society of Criminology).

Er ist Mitglied von mehreren polnischen und ausländischen wissenschaftlichen Organisationen und Gesellschaften. Er hält auch Vorlesungen an der Polizeihochschule in Szczytno (Polen) und der Mitteleuropäischen Polizeiakademie, an welcher er seit 1994 als Mitglied der Internationalen Prüfungskommission Polen vertrit.

SŁOWO WSTĘPNE

Przed kilkoma laty białostocki ośrodek karnistyczny, obejmujący Zakład Prawa Karnego, Zakład Postępowania Karnego oraz Zakład Kryminologii i Problematyki Przestępczości Zorganizowanej, miał możliwość zaprezentowania swoich osiągnięć i aktualnych kierunków badań naukowych w specjalnym tomie, zatytułowanym „Z problematyki prawa karnego", przygotowanym pod redakcją prof. dr. hab. Piotra Hofmańskiego (Temida 2, Białystok 1994). Założono wówczas, iż będzie to nowa seria wydawnicza, w której powinny również być zamieszczane opracowania autorów reprezentujących inne uczelnie, w tym również ośrodki zagraniczne. Z ogromną przyjemnością pragnę zakomunikować, iż dzięki życzliwości oraz finansowemu wsparciu za strony władz dziekańskich Wydziału Prawa w Białymstoku, jak również staraniom Wydawnictwa Temida 2, ideę tę udało się zrealizować w niniejszym tomie. Obejmuje on bowiem opracowania naukowe Autorów reprezentujących takie kraje, jak **Australia** (A. Czarnota - Marquarie University Sydney), **Austria** (M. Burgstaller - Universität Wien), **Chiny** (S. Wang - Universität Peking), **Indie** (K. Chockalingam - University of Madras), **Japonia** (H. Nishihara - Waseda Universität, Tokio, Europazentrum der Waseda-Universität, Bonn; Y. Tajima - University of Tsukuba, Tokio; K. Yamanaka - Kansai Universität, Osaka; T. Yoshida - Hokkaigakuen Universität, Sapporo), **Niemcy** (H.J. Hirsch - Universität zu Köln, Universität Halle-Wittenberg; G. Kaiser - Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i.Br.; C. Roxin - Universität München; H.J. Schneider - Universität Münster), **Szwajcarii** (G. Arzt - Universität Bern; K.-L. Kunz - Universität Bern), **Wielkiej Brytanii** (B.A.K. Rider - University of Cambridge, University of London), **Włoch** (E.U. Savona, L. Mezzanotte - University of Trento), **Organizacji Narodów Zjednoczonych** (S. Redo - Crime Prevention and Criminal Justice Branch, United Nations Office at Vienna) oraz **Pol-**

ski (A. Adamski - Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu; K. Buchała - Uniwersytet Jagielloński w Krakowie; P. Hofmański - Uniwersytet w Białymstoku, A.J. Szwarc - Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu; A. Wąsek - Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie oraz E.W. Pływaczewski - Uniwersytet w Białymstoku). Nietrudno jest zauważyć, iż w zaprezentowanym wyżej zespole autorskim nie zabrakło również profesorów należących do grona ścisłej światowej czołówki przedstawicieli prawa karnego i kryminologii.

Autorzy zagraniczni przygotowali swe opracowania w języku niemieckim bądź angielskim. Autorzy zaś krajowi - w języku polskim. Ostatecznie wszystkie teksty zostały opublikowane w oryginałach. Jednocześnie przyjęto założenie, iż prace obcojęzyczne zostaną opatrzone streszczeniem w języku polskim, natomiast do opracowań krajowych będą dołączone ich streszczenia w języku angielskim, niemieckim bądź francuskim. Tego rodzaju formuła pozwala bowiem Czytelnikowi nie znającemu danego języka uzyskać ogólną orientację na temat głównych wątków danego opracowania.

Niniejszy tom ukazuje się w okresie szczególnym dla białostockiej Uczelni. Od dnia 1 października 1997 r. weszła bowiem w życie ustawa o powołaniu w Białymstoku samodzielnego - trzynastego już w Polsce Uniwersytetu. W tym kontekście niniejszej publikacji przypada w udziale także szczególna rola. Po pierwsze, stanowi ona niewątpliwe potwierdzenie szerokich kontaktów naukowych - w płaszczyźnie tak krajowej, jak i międzynarodowej - pracowników naukowych Wydziału Prawa w Białymstoku w okresie, gdy pozostawał on jeszcze w ramach struktur Uniwersytetu Warszawskiego. Po drugie, opracowanie to jest cennym wkładem do dorobku naukowego - w zakresie prawa karnego i kryminologii - najmłodszego polskiego ośrodka uniwersyteckiego. Toteż poczytuję sobie za szczególnie miły obowiązek złożenia na ręce wszystkich Autorów artykułów opublikowanych w niniejszym tomie mojego najserdeczniejszego podziękowania za przyjęcie zaproszenia do udziału w tej inicjatywie wydaw-

niczej, trud włożony w opracowanie artykułów, jak również pomoc w ich korekcie. Bardzo szeroki zakres problemów zaprezentowanych na łamach książki, a w szczególności ich aktualność, jak również wielość przedstawionych koncepcji dotyczących zagadnień o doniosłym znaczeniu zarówno dla szeroko rozumianego prawa karnego, jak i kryminologii, pozwala z góry założyć, iż publikacja ta zainteresuje nie tylko przedstawicieli nauki tych dyscyplin, lecz również szerokie rzesze Czytelników, zwłaszcza praktyków i studentów Wydziałów Prawa, zainteresowanych optymalnym funkcjonowaniem organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości.

Emil W. Pływaczewski
Białystok, czerwiec 1997 r.

PREFACE

A few years ago the Białystok centre of criminological sciences, including Department of Criminal Law, Department of Criminal Procedure and Department of Criminology and Problems of Organized Crime, had a possibility to present its achievements and contemporary research trends in a special volume entitled „Some problems concerning criminal law", which was edited by Prof. Piotr Hofmański (Temida 2, Białystok 1994). It was assumed then that it would start a new editorial series which should also include works of authors representing other universities, among them those from abroad. It is my great pleasure to announce that, thanks to the kindness and financial support from the Dean of Faculty of Law in Białystok and to the efforts of Temida 2 publishers, this aim has been accomplished in the present volume. It includes works of authors representing such countries as **Australia** (A. Czarnota - Marquarie University Sydney), **Austria** (M. Burgstaller - University of Wien), **China** (University of Peking), **India** (K. Chockalingam - University of Madras), **Japan** (H. Nishihara - Waseda University, Tokyo, European Centre of Waseda University, Bonn; Y. Tajima - University of Tsukuba, Tokyo; K. Yamanaka - Kansai University, Osaka; T. Yoshida - Hokkaigakuen University, Sapporo), **Germany** (H. J. Hirsch - University of Köln, University of Halle-Wittenberg; G. Kaiser - Max-Planck-Institute of International and Foreign Penal Law, Freiburg i.Br.; C. Roxin - University of München, H.J. Schneider - University of Münster), **Switzerland** (G. Arzt - University of Bern; K.-L. Kunz - University of Bern), **Great Britain** (B.A.K. Rider - University of Cambridge, University of London), **Italy** (E. U. Savona, L. Mezzanotte - University of Trento), **United Nations Organization** (S. Redo - Crime Prevention and Criminal Justice Branch, United Nations Office at Vienna) and **Poland** (A. Adamski - The Nicholas Copernicus University in Toruń, K. Buchała - Jagiellonian University in

Kraków, P. Hofmański - University of Białystok, A.J. Szwarc - The Adam Mickiewicz University in Poznań, A. Wąsek - The Maria Curie-Skłodowska University in Lublin and E.W. Pływaczewski - University of Białystok). It is not difficult to notice that among the above-mentioned authors there are also professors representing the world ranks of criminal law and criminology.

The authors from abroad prepared their papers in German or English whereas those local ones - in Polish. Finally, all the papers were published in the original. At the same time it was decided that the foreign articles would be provided with summaries in Polish while the Polish ones would be followed by summaries in English, German or French. This solution enables readers to get acquainted with the subject of an article even if they do not know a particular language.

The present volume is appearing at the time which is opportune for the Białystok academic centre. It has become an autonomous University (the thirteenth one in Poland already) as regulated by the act which came into force on 1st October 1997. In this context, the present publication also plays a vital role. Firstly, it strongly confirms extensive scientific contacts - both at home and abroad - developed by scientists from Faculty of Law in Białystok at the time when it still functioned within the structures of Warsaw University. Secondly, this book is a valuable contribution to the scientific output in the field of criminal law and criminology - raised by the youngest Polish academic centre. Therefore it is a particularly pleasant duty to express my deep gratitude to all the Authors of the papers published in this book for their acceptance of the invitation to contribute to this publishing initiative, for their work on the articles and help in their correction. The book presents a vast range of problems, their topicality and a multitude of concepts which are of a fundamental importance both to widely understood criminal law and criminology. Hence it can be assumed that this publication will be of an interest not only to the representatives of these disciplines but also to numerous re-

aders, especially practicians and students of Faculties of Law - interested in the optimal function of prosecution organs and the all criminal justice system.

Emil W. Pływaczewski
Białystok, June 1997

EINFÜHRUNG

Vor einigen Jahren hatte das strafrechtliche Forschungszentrum in Bialystok, welches der Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozeßrecht sowie der Lehrstuhl für Kriminologie und Problematik der Organisierten Kriminalität umfaßt, die Möglichkeit gehabt, eigene Errungenschaften und aktuelle Entwicklungstendenzen in der wissenschaftlichen Forschung in einem speziellen Band, unter dem Titel: „Von den Problemen des Strafrechts", unter der Redaktion von Prof. Dr. hab. Piotr Hofmański (Temida-Verlag 2, Białystok 1994), darzustellen. Damals wurde geplant, daß es sich um eine neue Verlagsserie handeln wird, in der auch die Arbeiten von Autoren, die andere Hochschulen vertreten, gedruckt werden sollen, darunter auch von den ausländischen Forschungsstätten. Mit großer Freude kann ich mitteilen, daß dank dem Wohlwollen und der finanziellen Unterstützung seitens des Dekanats der Juristischen Fakultät in Bialystok und dem Bemühen des Temida-Verlags 2 konnten wir diese Idee in diesem Band verwirklichen. Das Band umfaßt wissenschaftliche Arbeiten von Autoren, die von folgenden Ländern stammen: **Australien** (A. Czarnota - Marquarie Universität in Sydney), **Österreich** (M. Burgstaller - Universität Wien), **China** (S. Wang - Universität in Peking, **Indien** (K. Chockalingam - Universität Madras), **Japan** (H. Nishihara - Waseda Universität in Tokio, Europazentrum der Waseda-Universität in Bonn; Y. Tajima - Tsukuba-Universität in Tokio; K. Yamanaka - Kansai Universität in Osaka; T. Yoshida - Hokkaigakuen Universität in Sapporo), **Deutschland** (H.J. Hirsch - Universität zu Köln und Universität Halle-Wittenberg; G. Kaiser - Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br., C. Roxin - Universität München; H.J. Schneider - Universität Münster), **Schweiz** (G. Arzt - Universität Bern; K.-L. Kunz - Universität Bern), **Großbritannien** (B.A.K. Rider - Universität in Cambridge, Universität in London), **Italien** (E.U. Savona - Universität in

Trento) und der **Organisation der Vereinten Nationen** (S. Redo - Crime Prevention and Criminal Justice Branch, Büro der Vereinten Nationen in Wien) sowie **Polen** (A. Adamski - Nicolaus Copernicus-Universität in Toruń, K. Buchała - Jagiellonen Universität in Kraków, P. Hofmański - Universität in Białystok, A. J. Szwarc - Adam Mikkiewicz-Universität in Poznań, A. Wąsek - Maria Curie-Skłodowska-Universität in Lublin, E.W. Pływaczewski - Universität in Białystok). Es ist nicht schwierig festzustellen, daß in der vorgestellten Autorenliste auch solche Professoren nicht fehlen, die zu der engen Weltspitze von Vertretern des Strafrechts und der Kriminologie gehören.

Die fremdländischen Autoren haben ihre Texte in der deutschen oder englischen Sprache und die polnischen - in polnischer abgefaßt. Schließlich wurden alle Texte in den Originalsprachen veröffentlicht. Zugleich wurde beschlossen, alle fremdländischen Texte mit einer Zusammenfassung in polnischer Sprache zu versehen und die polnischen Arbeiten würden jeweils eine Zusammenfassung in der englischen, deutschen oder französischen Sprache bekommen. Diese Lösung wird dem Leser, der gerade eine entsprechende Sprache nicht kennt, einen Einblick in die wichtigsten Textfragmente gewähren.

Dieser Band erscheint zu einem besonderen Zeitpunkt für die Hochschule in Białystok. Am 1. Okt. 1997 wird ein Gesetz in Kraft treten, aufgrund dessen in Bialystok eine neue selbständige Universität - die dreizehnte in Polen - errichtet wird. Vor diesem Hintergrund erhält diese Veröffentlichung eine spezielle Bedeutung. Zum ersten, ist sie zweifellos eine Bestätigung der breiten wissenschaftlichen Kontakte - ebenso auf der polnischen, wi auch auf der internationalen Ebene - die die wissenschaftlichen Mitarbeiter der Juristischen Fakultät in Bialystok schon hatten, als diese Fakultät sich noch in den organisatorischen Strukturen der Warschauer Universität befand. Zum zweiten, stellt diese Veröffentlichung einen wertvollen Beitrag zu den wissenschaftlichen Errungenschaften der jüngsten polnischen Universität - im Bereich des Strafrechts und der Kriminologie - dar. Deshalb halte ich es persönlich für eine sehr angenehme

Pflicht, allen Autoren der in diesem Band veröffentlichten Artikel meinen herzlichen Dank für die Annahme der Einladung zur Teilnahme an diesem Vorhaben, für die Mühe, die man aufbringen mußte, um die Artikel vorzubereiten, wie auch für die Hilfe bei der Korrektur von Texten, auszusprechen. Die breite Palette der vorgestellten Themen, die in diesem Buch veröffentlicht worden sind, insbesondere die Aktualität und das Reichtum der Konzeptionen, die von großer Bedeutung sind, nicht nur für die breite Auffassung des Strafrechts, sondern auch für die Kriminologie, erlaubt es uns im voraus anzunehmen, daß diese Veröffentlichung vom Interesse sein wird, nicht nur für die Vertreter dieser Wissenschaftszweige, sondern auch für die breite Leserschaft, insbesondere für die Praktiker und Jurastudenten, die Interesse an der optimalen Funktionsfähigkeit der Strafverfolgungs- und Rechtspflegeorgane haben.

Emil W. Pływaczewski
Białystok, Juni 1997

Andrzej Adamski

KRYPTOGRAFIA I PRAWO

Postęp techniczny w dziedzinie przetwarzania informacji i telekomunikacji wywiera coraz silniejszy wpływ na sytuację prawną jednostki i dotychczasowy układ stosunków państwo-obywatel. Z jednej strony, dla władzy państwowej, wyposażonej w nowoczesne urządzenia do elektronicznej inwigilacji i korzystającej ze skomputeryzowanych baz danych, obywatel staje się coraz bardziej „przezroczysty". Z drugiej strony, dzięki mediom elektronicznym i rozległym sieciom komputerowym, zasada wolności informacji i swobodnego jej przepływu zyskuje nie tylko wymiar realny, ale wręcz globalny, kładąc ostatecznie kres monopolowi informacyjnemu państwa. Upraszczając, można powiedzieć, że rewolucja informacyjna niesie zarówno nowe zagrożenia jak i szanse dla wolności obywatelskich; otwiera nieznane wcześniej możliwości kontroli państwa nad obywatelami, ale i obywateli nad elitami rządzącymi.

Nie ulega wątpliwości, że w państwie demokratycznym sprawowanie kontroli społecznej przy pomocy nowoczesnych środków technicznych powinno mieścić się w granicach wyraźnie określonych przez prawo. Wiadomo też, że warunkiem utrzymania demokratycznego ładu jest zapewnienie równowagi pomiędzy prawami i wolnościami obywatelskimi a zadaniami państwa w zakresie ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego i narodowego. Jednakże osiągnięcie takiego kompromisu i wyznaczenie punktu równowagi pomiędzy przeciwstawnymi sobie interesami jest sprawą bardzo skomplikowaną nawet w krajach o długiej tradycji demokratycznej. Ilustracją dylematów politycznych, prawnych i moralnych, jakie niesie ze sobą gwał-

towny rozwój nowych technologii przetwarzania informacji, jest toczący się obecnie w Stanach Zjednoczonych i niektórych krajach Europy Zachodniej spór o granice dopuszczalności stosowania kryptografii do celów prywatnych. Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie podstawowych aspektów tego zagadnienia - w przekonaniu, że już wkrótce stanie się ono przedmiotem dyskusji, być może parlamentarnej, także w naszym kraju.

1. Osiągnięcia i zastosowania współczesnej kryptografii

Kryptografia, czyli technika szyfrowania informacji, jest jedną z najstarszych metod ochrony informacji przed dostępem do niej osób niepowołanych. Tradycyjnie używana przez wojsko, organy bezpieczeństwa wewnętrznego i służbę dyplomatyczą wszystkich państw, przeciętnemu Polakowi kojarzy się zazwyczaj z okresem II Wojny Światowej i tajemnicą „Enigmy". Postęp, jaki nastąpił od tego czasu w dziedzinie metod szyfrowania informacji, jest ściśle związany z rozwojem informatyki i przypada na lata 70-te. Geograficznie wiąże się on ze Stanami Zjednoczonymi, zaś merytorycznie - z dwoma rodzajami systemów kryptograficznych: symetrycznym i asymetrycznym.

W systemie symetrycznym ten sam (tajny) klucz służy do szyfrowania i deszyfrowania wiadomości. Natomiast system asymetryczny używa jednego klucza (tzw. klucza publicznego) do szyfrowania wiadomości oraz drugiego klucza (tzw. prywatnego) do ich deszyfracji.

Symetryczne systemy kryptograficzne, takie jak amerykanski Data Encryption Standard (DES) wymagają używania tego samego klucza przez nadawcę i adresata wiadomości. Klucz musi więc zostać przesłany korespondentowi w bezpieczny sposób. Jeśli takowy istnieje, wówczas szyfrowanie wiadomości nie jest potrzebne. Problem przesyłania klucza umożliwiającego deszyfrację wiadomości nie występuje w systemie asymetrycznym „klucza publicznego", którego przykładem może być popularny wśród użytkowników Internetu

Pretty Good Privacy (PGP). Nadawca szyfruje wiadomość przy pomocy klucza publicznego, który jest dostępny adresatowi na podobnej zasadzie jak numer cudzego telefonu w książce telefonicznej. Odbiorca z kolei, do deszyfracji wiadomości używa swojego prywatnego klucza, który podobnie jak osobisty numer identyfikacyjny (PIN) znany jest wyłącznie jego użytkownikowi.

Era globalnego społeczeństwa informatycznego otwiera przed kryptografią nowe perspektywy. Oprócz tradycyjnych zastosowań technik kryptograficznych do ochrony informacji stanowiących tajemnicę państwową (wojskową, dyplomatyczną) przed podsłuchem lub modyfikacją, wskazuje się na rosnącą użyteczność kryptografii w innych dziedzinach, zaliczając do nich w szczególności:

1. Ochronę informacji bankowej związanej z elektronicznym przelewem pieniędzy;

2. Ochronę prywatności korespondencji, w szczegolności elektronicznej;

3. Autentyzację w sektorze prywatnym: systemy oparte na zasadzie klucza publicznego, poza tradycyjną funkcją ochrony poufności i integralności informacji, mogą spełniać także inne, bardzo istotne funkcje w dziedzinie obrotu gospodarczego, które wiążą z weryfikacją tożsamości nadawcy korespondencji i potwierdzeniem autentyczności przekazu informacji. Systemy te umożliwiają posługiwanie się tzw. podpisem cyfrowym (*digital signature).* Ponieważ podrobić go o wiele trudniej niż podpis tradycyjny - złożony przy pomocy pióra i atramentu - możliwości podpisywania dokumentów w elektroniczny sposób, który nadaje im cechę autentyczności (czy też wręcz dokumentu) otwierają nowe perspektywy dla obrotu prawnego w zakresie składania oświadczeń woli i zawierania umów drogą korespondencyjną[1].

1. Pod warunkiem, że nastąpią odpowiednie zmiany przepisów prawnych. Np. wg polskiego kodeksu cywilnego (art. 78 kc), czynność prawna w formie pisemnej wymaga złożenia

W dokumentach Unii Europejskiej[2] podkreśla się potrzebę stworzenia globalnej infrastruktury klucza publicznego (PKI), która może odegrać dużą rolę w rozwoju działalności gospodarczej realizowanej za pośrednictwem Internetu. Przykładem jednej z form takiej działalności jest sprzedaż wysyłkowa prowadzona przez przedsiebiorstwa handlowe, które swoje klucze publiczne udostępniają klientom za pośrednictwem włączonego do sieci komputera (tzw. serwera). Klientom tych przedsiębiorstw umożliwia to przesyłanie zamówień wraz z numerami kart kredytowych w postaci zaszyfrowanej. Rozkodowanie zamówień i numerów kart kredytowych następuje przy użyciu klucza prywatnego, jakim posługuje się dostawca zamówionych towarów. Zdaniem autorów cytowanego raportu, stworzenie PKI powinno spowodować wzrost zainteresowania organizacji rządowych i administracji publicznej możliwościami komunikowania się za pośrednictwem sieci komputerowych i przesyłania nimi poufnych informacji.

4. Ochronę działań operacyjnych organów ścigania: kryptografia, o ile jest właściwie używana przez organy ścigania, pozwala utrzymać w tajemnicy przed światem przestępczym wymierzone przeciwko niemu działania policji, umożliwia też ochronę danych osobowych tajnych agentów.

Niestety jest to broń obosieczna. Silne techniki kryptograficzne mogą być również wykorzystywane przez przestępców do paraliżowania wysiłków funkcjonariuszy policji w zakresie gromadzenia informacji pochodzących z podsłuchu.

---

własnoręcznego (podkr. A. A.) podpisu na dokumencie. Rzecz jasna, podpis cyfrowy warunku tego nie spełnia. Obecnie, dokument elektroniczny zaopatrzony w podpis cyfrowy, nie jest zatem dokumentem w znaczeniu prawnym.

2. Europe's Way to the Information Society: An Action Plan, COM(94) 347 final (19 July 1994).

2. Konflikt interesów

Ze względu na rodzaj i przeznaczenie szyfrowanej informacji - często stanowiącej tajemnicę państwową lub służbową - zasady, narzędzia i metody składające się na wiedzę kryptologiczną są od dawna pilnie strzeżone i podlegają reglamentacji prawnej. W przeszłości były to przede wszystkim ograniczenia eksportowe, związane z obowiązkiem uzyskania specjalnego zezwolenia na wywóz za granicę urządzeń szyfrujących i deszyfrujących[3].

Dziś, kiedy funkcje urządzenia szyfrującego może spełniać komputer osobisty wyposażony w odpowiednie oprogramowanie, a używanie kryptografii przestało być wyłączną domeną państwa - próbuje ono przejąć kontrolę nad posługiwaniem się narzędziami kryptograficznymi przez innych użytkowników. Nie jest to jednak próba ratowania własnego monopolu w dziedzinie korzystania z silnych systemów kryptograficznych. Monopol ten, wraz z rozwojem techniki, przestał bowiem istnieć i wydaje się być nie do uratowania. Dzięki sieciom komputerowym, takim jak Internet, techniki kryptograficzne stały się nie tylko powszechnie dostępne i zaczęły być szeroko sto-

3. Np. prawodawstwo amerykańskie (International Traffic in Arms Regulations - ITAR) zalicza algorytmy i produkty kryptologiczne do materiałów wojskowego przenaczenia ("munitions"). W związku z tym eksport silnych systemów kryptograficznych (takich jak DES) podlega rygorystycznej kontroli i wymaga uzyskania zezwolenia Departamentu Stanu. Licencjonowaniem eksportu pozostałych systemów zajmuje się Departament Handlu. Organem opiniującym merytorycznie wydanie licencji eksportowej jest natomiast Agencja Bezpieczeństwa Narodowego (NSA).

Także obowiązujące w Polsce przepisy prawne przewidują reglamentację eksportu kryptografii. Podstawowe zr aczenie ma tu ustawa z 2 grudnia 1993 r. o zasadach szczególnej kontroli obrotu z zagranicą towarami i technologiami w związku z porozumieniami i zobowiązaninami międzynarodowymi (Dz.U. Nr 129, poz. 598). Zarządzenie wykonawcze do tej ustawy (Zał. do MP nr 19, poz. 148) zawiera wykaz towarów i technologii objętych szczególną kontrolą. Wśród urządzeń, zespołów i elementów służących ochronie informacji wymienia się także te, ktore zostały opracowane w celu zastosowania kryptografii, w tym także oprogramowanie o takim przeznaczeniu. Na podstawie art. 18 wspomnianej wyżej ustawy, za obrót z zagranicą towarami lub technologiami bez wymaganego certyfikatu lub pozwolenia grozi kara pozbawienia wolności do 5 lat.

sowane przez indywidualnych użytkowników i prywatne przedsiębiorstwa, ale zapewniły informacji taki poziom bezpieczeństwa, jaki wcześniej osiągalny był wyłącznie dla wspomnianych agend państwowych. W konsekwencji pojawił się problem zachowania stanu równowagi pomiędzy interesem bezpieczeństwa wewnętrznego państwa a wolnościami osobistymi.

W wielu krajach organy ścigania i bezpieczeństwa wewnętrznego chcą utrzymać ścisłą kontrolę cywilnych zastosowań kryptografii. W szczególności są one zainteresowane zapewnieniem sobie technicznych i prawnych możliwości wglądu w treść zaszyfrowanej informacji podczas jej przesyłania lub przechowywania. Z kolei przedstawiciele sektora gospodarczego i obrońcy prawa do prywatności walczą o poszerzenie prawnych możliwości rozpowszechniania i używania produktów kryptograficznych. Jednocześnie zdecydowanie sprzeciwiają się wszelkim rządowym inicjatywom poddania narzędzi kryptograficznych kontroli agend bezpieczeństwa publicznego.

Pomimo obowiązujących w USA ograniczeń eksportowych, można dziś bez trudu zaopatrzyć się w Internecie w softwarowe wersje najsilniejszych systemów kryptograficznych, jakie stworzono lub opatentowano w Stanach Zjednoczonych. Wg raportu Departamentu Obrony USA, na zlokalizowanie pliku i ściągnięcie - przy pomocy modemu - kodu źródłowego amerykańskiego standardu kryptograficznego (DES) potrzebne są trzy minuty i 14 sekund. Natomiast, aby złamać 129 bitowy klucz oparty na algorytmie RSA, potrzeba było 8 miesięcy i współdziałania 1,600 komputerów pracujących w różnych częściach świata[4].

W konsekwencji można mówić o pełnym bezpieczeństwie zaszyfrowanej przy użyciu takiego systemu informacji i uznać próby jej przechwytywania przez osoby nieuprawnione za pozbawione sensu.

4. D. Denning, Resolving the Encryption Dilemma: The Case for Clipper, „Technology Review", July 1995.

Nic dziwnego, że sytuacja taka wywołuje zaniepokojenie przedstawicieli agend bezpieczeństwa publicznego w wielu krajach. Oznacza ona bowiem faktyczną utratę możliwości inwigilowania szpiegów i najgroźniejszych kategorii przestępców przy pomocy podsłuchu, jeżeli osoby inwigilowane będą w czasie komunikowania się ze sobą korzystać z najnowszych osiągnięć kryptografii.

Próbę kompromisowego rozwiązania tego problemu podjęto w Stanach Zjednoczonych. Rozwiązania prawne zorientowane głównie na ochronę interesu państwa i wymiaru sprawiedliwości przyjęto natomiast we Francji i Rosji.

3. Prawna reglamentacja używania kryptografii

3.1. USA

W 1991 z inicjatywy FBI, do Kongresu USA wpłynął projekt ustawy (the Digital Telephony Proposal), który zobowiązywał producentów sprzętu telekomunikacyjnego do instalowania w sprzedawanych produktach specjalnych urządzeń umożliwiających organom ścigania wykonywanie sądowych nakazów stosowania podsłuchu. Inicjatywę tę tłumaczono obawą przed pojawieniem się technicznych barier dla stosowania podsłuchu przez policję wraz z upowszechnieniem central numerycznych i technologii światłowodowej w telekomunikacji. Do uchwalenia ustawy nie doszło, gdyż jej projekt wywołał zdecydowany sprzeciw amerykańskiej opinii publicznej oraz producentów sprzętu telekomunikacyjnego i w konsekwencji nigdy nie trafił pod obrady Kongresu.

Kolejną próbę zapewnienia policji technicznych możliwości stosowania podsłuchu i przechwytywania zaszyfrowanych informacji przesyłanych za pomocą środków telekomunikacji podjęła administracja prezydenta Clintona. Ogłoszona w kwietniu 1993 r. inicjatywa rządowa, znana pod nazwą „Clipper chip", proponowała rozwiązanie kompromisowe. Opierało sie ono na zasadzie „klucza zdeponowanego" (key-escrowed), a właściwie dwóch części 80-bitowego klucza,

z których każda znajdować się miała w posiadaniu innego depozytariusza (agencji rządowej). Ciążyć miał na nich obowiązek udostępnienia policji posiadanej części klucza w celu umożliwienia jej egzekucji sądowych zezwoleń na prowadzenie podsłuchu.

Koncepcja „klucza zdeponowanego" została wprowadzona w życie w Stanach Zjednoczonych w 1994 r., jako EES (Enscrowed Encryption Standard). System ten jest przeznaczony do szyfrowania „wrażliwych", lecz nie będących tajemnicą państwową informacji, które są przesyłane głosem, faksem lub w postaci plików danych przy pomocy łączy telekomunikacyjnych. Korzystanie z tego standardu przez agencje pozarządowe jest dobrowolne. Natomiast agencje rządowe powinny wybierać pomiędzy EES i DES. Sercem całego systemu jest algorytm o nazwie SKIPJACK, ktory podobnie jak Clipper, został zaimplementowny w chipach odpornych na manipulacje.

Ze względu na dobrowolność używania tego standardu, przyjęte rozwiązanie ma charakter połowiczny. Oryginalne i poufne plany realizacji programu „Clipper chip" zakładały bowiem narzucenie jednego standardu wszystkim użytkownikom kryptografii oraz wprowadzenie zakazu posługiwania się innymi systemami, uniemożliwiającymi policji stosowanie podsłuchu. Pod presją przeciwników programu „Clipper Chip", którzy zarzucili mu niezgodność z Konstytucją Stanów Zjednoczonych, z realizacji tych założeń (tymczasowo) zrezygnowano[5].

3.2. Federacja Rosyjska

Nie poprzedzony dyskusją publiczną, w kwietniu 1995 roku wszedł w życie dekret Prezydenta Federacji Rosyjskiej „O ochronie porządku prawnego w dziedzinie wytwarzania , sprzedaży i używania narzędzi kryptograficznych oraz świadczenia usług związanych z szyfrowaniem informacji". Na mocy tego dekretu wprowadzono zakaz

5. B. Zajac, US Encryption Policy: The Clipper Chip Controversy, „The Computer Law and Security Report", 1995, vol. 10, no. 138.

projektowania, wytwarzania, używania, sprzedaży, importu przez organizacje rządowe, przedsiębiorstwa państwowe i osoby prywatne urządzeń do szyfrowania informacji, w tym środkow kryptograficznych pozwalających na autentyzację (podpis cyfrowy) oraz „chronionych urządzeń technicznych do przechowywania, przetwarzania i przesyłania informacji" - bez uzyskania oficjalnego zezwolenia (licencji). Uprawnienia do wydawania zezwoleń powierzono byłemu departamentowi KGB zajmującemu się sprawami telekomunikacji, który po reorganizacji tej instytucji przyjął nazwę Rządowej Agencji Komunikacji i Informacji (FAPSI). W praktyce Agencja uzyskała na podstawie dekretu pełną kontrolę nad treścią elektronicznej informacji, co wywołało w Rosji protesty, głównie ze strony banków, operatorów usług telekomunikacyjnych oraz obrońców praw człowieka[6].

3.3. Francja

Uregulowania mniej restryktywne od prawa rosyjskiego zawierają dwie ustawy francuskie: nr 1170 z 1990 r. i nr 1358 z 1992 r., które szczegółowo reglamentują dostarczanie, eksport i używanie środków kryptograficznych. System francuski opiera sie na reżimie deklaracji i autoryzacji. Pierwszy - polega na obowiązkowym zgłoszeniu faktu posiadania narzędzi kryptograficznych przed ich użyciem, jeżeli służą one wyłącznie do potwierdzenia autentyczności przekazu albo zabezpieczenia integralności przesyłanej informacji. Natomiast gdy chodzi o dostarczanie, używanie i eksport narzędzi służących do szyfrowania treści informacji - wymagane jest zezwolenie Agencji ds Bezpieczeństwa Systemów Informatycznych, która bezpośrednio podlega premierowi Francji.

6. M. Rotenberg, Russian Crypto Decree, „The International Privacy Bulletin", April-June 1995, vol. 3, no. 2.

3.4. Zalecenia Rady Europy

Z punktu widzenia organów odpowiedzialnych za walkę z przestępczością i bezpieczeństwo państwa, całkowicie nie do przyjęcia jest sytuacja, w której przestępcy będą mogli wykorzystywać kryptografię do popełniania przestępstw bez ryzyka, że zostaną ujęci i poniosą odpowiedzialność karną. Trzeba bowiem pamiętać, że zgodnie z obowiązującymi we współczesnym ustawodawstwie karnoprocesowym zasadami, podejrzany nie ma obowiązku pomagania policji w gromadzeniu dowodów własnej winy, może milczeć i ma prawo odmowy składania wyjaśnień, w tym także ujawnienia tajnego klucza do szyfru.

Skorzystanie więc przez podejrzanego z przysługujących mu uprawnień wobec nie dającego się pokonać przez ekspertów policyjnych szyfru, faktycznie pozbawia prawne nakazy przeszukania lub podsłuchu mocy egzekucyjnej.

Dlatego też Komitet Ministrów Rady Europy w przyjętym 11 września 1995 Zaleceniu Nr R(95)13 w sprawie „Problemów karnoprocesowych związanych z nowoczesną technologią przetwarzania informacji" poświęcił zagadnieniu stosowania kryptografii wiele uwagi. Sformułowano tam ogólną zasadę, która zaleca krajom członkowskim podjęcie stosownych kroków minimalizujacych ograniczenia, jakie dla aparatu wymiaru sprawiedliwości stanowi posługiwanie się kryptografią przez różne kategorie użytkowników „bez naruszania interesów jej prawnych użytkowników w stopniu większym niż to konieczne"[7].

„Niezależnie od uzasadnionego interesu użytkowników kryptografii - stwierdza komentarz dotyczący tej zasady - przekształcanie danych w celu ukrycia zawartych w nich informacji nie powinno

7. Recommendation No. R(95)13 Concerning Problems of Criminal Procedural Law Connected with Information Technology and Explanatory Memorandum. Final Activity Report. Council of Europe, Strasbourg, October 1995.

uniemożliwiać organom ścigania dostępu do treści tych informacji, podczas wykonywania przez te organy czynności urzędowych na podstawie nakazu prawnego".

Zalecenie Rady Europy wzywa także kraje członkowskie do uwzględnienia potrzeb organów ścigania przy zatwierdzaniu lub inicjowaniu przez rządy poszczególnych państw programów dotyczących bezpieczeństwa informacji i ochrony jej poufności. Dopuszcza się przy tym możliwość nakładania ograniczeń prawnych dotyczących posiadania, rozpowszechniania lub używania kryptografii w sytuacji, gdy publicznie dostępny system kryptograficzny okaże się odporny na deszyfrację nawet dla wyspecjalizowanych w tym zakresie podmiotów.

Postulatowi poszukiwania racjonalnego kompromisu pomiędzy interesem wymiaru sprawiedliwości a potrzebami użytkowników kryptografii towarzyszą także zalecenia dotyczące obowiązku współpracy operatorów sieci z organami ścigania w zakresie gromadzenia przez te organy informacji do celów dowodowych. Chodzi tu przede wszystkim o takie czynności operacyjne lub procesowe, jak przeszukanie i podsłuch, które mają na celu uzyskanie dostępu do informacji interesujących policję, bez wiedzy lub pomocy podejrzanego.

Komentarz do cytowanego Zalecenia Rady Europy stwierdza m.in.:

Na podstawie prawnego nakazu podsłuchu, wiadomości powinny być dostarczane organom ścigania w takiej postaci, w jakiej dotarły one do operatora telekomunikacyjnego. Jeśli na skutek stosowanych w danej sieci procedur, wiadomości te zostały zaszyfrowane lub przetworzone w taki sposób, który czyni je niezrozumiałymi, operator ma obowiązek ich deszyfracji lub przywrócenia ich pierwotnej postaci, tak aby umożliwić policji przechwycenie zawartych w nich informacji.

W przypadku, gdy operatorzy telekomunikacyjni nie są w stanie, z powodów technicznych lub prawnych, zdekodować treści informacji, władze państwowe powinny rozważyć podjęcie kroków w celu

zapewnienia organom ścigania dostępu do narzędzi kryptograficznych, w tym także do „kluczy". W takim wypadku operatorzy telekomunikacyjni powinni nadal być zobowiązani do dekodowania informacji lub przywracania jej oryginalnej formy, w jakiej ją otrzymali - w takim zakresie, w jakim są oni w stanie podołać temu zadaniu. Niektóre kraje mogą zdecydować się na wprowadzenie zakazów używania przez operatorów takich systemów kryptograficznych, których ci nie są w stanie zdekodować sami lub przy pomocy innych podmiotów.

Przechwytywanie informacji i przekazywanie jej organom ścigania w postaci czystego tekstu lub w formie oryginalnie zaprezentowanej operatorowi, powinno następować w czasie rzeczywistym i bez wiedzy osoby podsłuchiwanej".

Jak wynika z treści cytowanego wyżej dokumentu, propagowane przez Radę Europy - wspólne dla krajów członkowskich tej organizacji - standardy normatywne bliższe są rozwiązaniom amerykańskim niż rosyjskim. Uznają bowiem potrzebę rozwiązania konfiktu interesów organów wymiaru sprawiedliwości i użytkowników kryptografii w sposób kompromisowy. Chociaż cytowany dokument wyraźnie o tym nie wspomina, należy sądzić, że w praktyce rozwiązanie takie polegać może na idei „klucza zdeponowanego", ze wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami zarówno dla operatorów telekomunikacyjnych, jak i użytkowników systemów kryptograficznych.

Trudno określić, kiedy propagowane przez Radę Europy standardy normatywne w dziedzinie prawnej reglamentacji używania kryptografii zostaną uwzględnione przez polskiego ustawodawcę. Biorąc pod uwagę dotychczasowe tempo prac legislacyjnych związanych z przystosowaniem przepisów prawnych do realiów rewolucji informatycznej, nie należy sądzić, by nastąpiło to szybko. Tak więc do czasu wprowadzenia w życie stosownych norm prawnych Polska będzie krajem swobód kryptograficznych. Nadal dozwolone będzie szyfrowanie informacji przy użyciu dowolnych systemów kryptogra-

ficznych, zaś administratorzy sieci teleinformatycznych zwolnieni będą z obowiązku współdziałania z organami wymiaru sprawiedliwości w zakresie prowadzenia podsłuchu i przechwytywania treści informacji przesyłanych tak w zaszyfrowanej, jak i czytelnej postaci.

4. Współdziałanie operatorów sieci komputerowych z organami ścigania na tle aktualnego stanu prawnego w Polsce

Jak wspomniano, polski system prawny nie zna przepisów reglamentujących używanie kryptografii i obligujących w związku z tym operatorów telekomunikacyjnych do współpracy z organami bezpieczeństwa publicznego.

Na tym tle nasuwa się pytanie, czy wobec braku przepisów szczególnych dotyczących kryptografii, na operatorach sieci komputerowych w Polsce spoczywa obowiązek współdziałania z organami ścigania w zakresie kontroli korespondencji i stosowania podsłuchu na podstawie przepisów kodeksu postępowania karnego (art. 198 kpk.), ustawy o Policji (art. 19) oraz ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa (art. 10).

Wydaje się, że analiza aktualnego stanu prawnego prowadzić może wyłącznie do negatywnej odpowiedzi na to pytanie. Zarówno bowiem treść art. 198 kpk.[8], jak i brak przepisów wykonawczych do

8. Treść art. 198 kpk. oraz wydanego na podstawie tego przepisu rozporządzenia Ministrów Sprawiedliwości i Obrony Narodowej z dnia 10 maja 1983 r. w sprawie sposobu dokonywania, zabezpieczania, przechowywania, odtwarzania oraz niszczenia zapisów treści rozmów telefonicznych (DzU. Nr 27, poz. 133) dotyczy urzędów pocztowych, telekomunikacyjnych, celnych oraz instytucji transportowych, które na żądanie sądu lub prokuratora są im obowiązane udostępnić korespondencję, przesyłki oraz zapisy treści rozmów telefonicznych mających znaczenie dla toczacego się postępowania karnego. Przepisy te, tak pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym nie są więc adekwatne do działalności prowadzonej przez operatorów sieci teleinformatycznych. Stosowanie analogii uznawane jest zaś w tym przypadku za niedopuszczalne (zob. S. Ziółkowski, Nowoczesne technologie przetwarzania informacji a projektowane zmiany procedury karnej, (w:) A. Adamski (red.) Prawne aspekty nadużyć popełnianych z wykorzystaniem nowoczesnych technologii przetwarzania informacji. Materialy z konferencji naukowej (Poznań 20-22 kwietnia 1994), Toruń 1994.

wskazanych wyżej artykułów „ustaw policyjnych"[9], uzasadniają stwierdzenie, że w chwili obecnej (marzec 1996), operatorzy sieci komputerowych w Polsce nie mają prawnego obowiązku współdziałania z policją, prokuraturą i Urzędem Ochrony Państwa w zakresie kontroli korespondencji, przechwytywania w sposób tajny informacji i utrwalania dowodów. Co więcej, wydaje się, iż brak obowiązku prawnego ma w tym wypadku dalej idące następstwa. Wynikają one stąd, że tajemnica cudzej korespondencji jest dobrem prawnie chronionym, którego naruszenie rodzi odpowiedzialność karną (art. 172 kk.). Groźba tej odpowiedzialności nie dotyczy jedynie tych osób, które na mocy ustawy uzyskały uprawnienia do naruszania tajemnicy cudzej korespondencji w ściśle określonych okolicznościach i zgodnie z przepisanym trybem postępowania. Osobami takimi są funkcjonariusze policji, prokuratury i UOP, na zasadach i w granicach określonych przez przepisy wyżej powołanych ustaw oraz wydanych na ich podstawie przepisów wykonawczych. Do kręgu tych podmiotów nie można natomiast zaliczyć operatorów sieci komputerowych i zatrudnianych przez nich pracowników, gdyż w świetle obowiązujących przepisów nie należą oni do kategorii osób uprawnionych do naruszania tajemnicy cudzej korespondencji.

Skoro więc nie chroni ich kontratyp działania w ramach uprawnień i obowiązków, to wykonując czynności techniczne związane z przechwytywaniem treści cudzej korespondencji „na zlecenie" policji, prokuratury lub UOP, naruszają dyspozycję art. 172 kk. Innymi słowy, działając bez wyraźnego umocowania ustawowego operatorzy i osoby ich reprezentujące popełniają czyn zabroniony pod groźbą kary. Mamy tu więc do czynienia z klasyczną luką prawną, która do czasu stosownej nowelizacji kpk. oraz wydania odpowiednich przepisów wykonawczych do „ustaw policyjnych" nie pozwala operato-

9. W postaci nadanej im przez ustawę z dnia 21 lipca 1995 r. o zmianie ustaw: o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych, o Policji, o Urzędzie Ochrony Państwa, o Straży Granicznej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 104, poz. 515).

rom sieci komputerowych w Polsce na ujawnianie i rejestrowanie treści cudzej korespondencji elektronicznej na żądanie organów ścigania, lecz nadaje takiemu działaniu charakter bezprawny, naruszający dyspozycję przepisu art. 172 kk. Natomiast przekazywanie tym organom informacji dotyczących realizowanych przez indywidualnych użytkowników połączeń (tzw. „traffic data") nie rodzi podobnej kolizji, gdyż nie jest ujawnianiem tajemnicy korespondencji w rozumieniu art. 172 kk.

*****

CRYPTOGRAPHY AND LAW
Summary

In the past, encryption has traditionally been used to protect classified state and military secrets from foreign governments. Today, its use outside the government has become widespread and the advanced encryption technology provides a perfect protection of information processed in the private sector as well. Consequently, cryptography poses an obstacle to judicial investigation seeking access to this information.

The paper reviews some basic aspects of this unresolved, to date, conflict between the protection of the secrecy of communications by means of encryption, and the intertest of the investigating authorities to obtain timely access to the contents of seized or intercepted data.

The use of cryptography limits the scope of investigation where the subject of the enquires holds the keys to the encryption which has been employed. Under the statutes protecting the suspect in most countries, the suspect is not personally compelled to surrender the encryption key. For this reason, the use of modern encryption technology by private parties is a challange both to the criminal justice and national defence authorities.

To minimise the negative effects of the use of cryptography on the investigation of criminal offences two different approaches developed at the national level. The legislation of France and Russia prohibits the use, distribution, development and export of any cryptographic tool without a license granted by a special government agency.

To resolve the encyption dilemma, the Clinton administration in 1993 proposed a another approach, called key-escrow encryption. The idea is to allow the most secure encryption, but with a built-in emergency descryption capability that allows authorized official, with the cooperation of one or more trusted parties who hold keys, to decrypt data. Despite attacks from civil libertarinas, the approach is the best way to balance individual privacy with the social good.

The similar solution to key-escrow is being suggested by the Committe of Ministers of the Council of Europe in its Recommendation No. R(95)13 Concerning Problems of Criminal Procedural Law Connected with Information Technology, which has been adopted on 11 September 1995.

Some relevant excerpts from the explanatory memorandum to this Recomendation are presented and discussed. The focus is upon the obligations of operators of telecommunication networks to co-operate with the investigating authorities. Against this background, the current state of the Polish legislation in this area is examined. It is pointed out that the law in force lags behind the progress in the field of information technology, and as far as an interception of data transmitted by computer networks is concerned, there is no legal duty to co-operate with the law enforcement agencies on the part of the net operators.

Gunther Arzt

LEHREN AUS DEM SCHNEEBALLSYSTEM*

I. Realität und Aktualität

1. Der betrügende Betrogene - das Pilotenspiel als Modell

So eng mein Thema auch ist, so hoffe ich doch, daß zwei grosse Interessenbereiche aus dem Werk von **Koichi Miyazawa** berührt und kombiniert werden: Wirtschaftskriminalität und Viktimologie. Schon in der deutschen Redensart vom **betrogenen Betrüger** klingt die viktimologische Einsicht an, die auf die moderne Betrugsdogmatik vielfältig ausgestrahlt hat: Täter und Opfer stehen sich beim Betrug eigentümlich nahe.

In meiner Viktimologie-Vorlesung habe ich dann den Versuch gemacht, vom Betrug aus den Übergang zwischen Opfer und Täter anhand des Schneeballsystems gewissermaßen graphisch deutlich zu machen. Jede Schicht im Pyramidenschwindel besteht zwar im Rückblick (nach oben!) aus Opfern. Im Vorausblick auf die nächste Schicht sind diese Opfer jedoch zugleich Täter, **betrügende Betrogene**. Folgerichtig steht nur an der Spitze der Pyramide ein „reiner" Täter, und nur die letzte Schicht besteht aus „reinen" Opfern (die nicht zur Ausführung ihrer - geplanten - Täterrolle kommen).

Einer Hörerin meiner Vorlesung habe ich dann die Dokumentation des **Pilotenspiels** zu verdanken, ein Spiel, das im Kanton Bern

---

*Aus **H.-H. Kühne** (Hrsg.), Festschrift für **Koichi Miyazawa**, Verlag Nomos, Baden-Baden 1995, s. 519-531; hier abgedruckt mit freundlicher Genehmigung von Herausgeber und Verlag.

und in Nachbarkantonen 1988 grassierte (mit mehreren hundert Beschuldigten und Millionenbeträgen, die eingezogen worden sind):

Ein Spieler setzt sich ins Cockpit eines imaginären Flugzeuges; er ist der Pilot. Ihm sind zwei Co-Piloten und vier Stewards unterstellt. Es ist nun Aufgabe der vier Stewards, acht Passagiere zu finden, die zum Mitfliegen als Mitspieler bereit sind. Wer „an Bord" geht, d.h. als Passagier ins Pilotspiel einsteigt, muß den einmaligen Einsatz als Flugticket für Fr. 1'150. in bar dem Piloten leisten. Sind acht zahlungswillige Passagiere gefunden worden, hebt das imaginäre Flugzeug ab. Der Pilot darf die acht eingelegten Einzelbeträge kassieren, führt Fr. 200. an den Spielaufseher im „Tower" ab - und muß „von Bord" gehen. Der ausbezahlte Pilot kann erneut mitmachen, indem er als Passagier wieder in einen imaginären Flieger einsteigt.

Weil der Pilotensitz jetzt freigeworden ist, rücken die Co-Piloten nach und starten in der Position des Piloten jeweils ihren eigenen imaginären Flieger. Die ehemaligen Stewards werden nun Co-Piloten, die Passagiere sind die neuen Stewards, deren namentliche Aufgabe es ist, wieder zahlungswillige Passagiere zu suchen. Soll das Spiel weitergehen, müssen pro Flieger 8 zahlende Passagiere gefunden werden. Jedes imaginäre Flugzeug kann starten, sobald die notwendigen 8 Passagiere vorhanden sind und diese den einmaligen Einsatz in bar dem Piloten bezahlt haben.

Die wunderbare Geldvermehrung scheitert über kurz oder lang am Passagieraufkommen. Da schon in der ersten Runde 2^3 (8) Passagiere fliegen, bedeutet das, daß die Piloten (schon) in der zwölften Runde mit 2^{14} (16'364) Passagieren unterwegs sind. Sie kassieren in der zwölften Runde Geld von Passagieren, die ihrerseits als Piloten der fünfzehnten Runde von 2^{17} (131'072) Passagieren kassieren, die für ihren erfolgreichen Aufstieg zu Piloten in der 18. Runde u.a. auf 2^{19} Stewards angewiesen sind, denen es gelingen muß, 2^{20} (1'048'576) Passagiere zu gewinnen.

2. Kettenbrief - eine verspielte Variante des Schneeballsystems

Mit dem Schneeballsystem sind viele in ihrem Leben mindestens einmal in Form von **Kettenbriefen** in Berührung gekommen. Diese verspielte, kindliche Variante ist relativ harmlos, denn es geht normalerweise um Spendenaufrufe[1], Briefmarken bzw. Ansichtskarten oder um geringfügige Geldbeträge. Fühlbare Summen (im Falle BGHSt 34, 179 waren es immerhin DM 100) sind die Ausnahme, wie auch die Sachverhalte der vom BGH angeführten älteren Entscheide belegen. Die Harmlosigkeit des Kettenbriefes macht die im neueren Schrifttum vor allem von **Lampe**[2] vertretene Ansicht kriminalpolitisch erträglich, die zur Straflosigkeit führt, weil es für den (für Glücksspiele wesentlichen) **Einsatz** fehlen soll (gezahlt werde nicht an einen „Gegenspieler", so BGHSt 34, 179[3]). Nach der in der **Schweiz** h.M.[4] fällt dagegen der Kettenbrief unter das Lotterieverbot. Da auch beim Pilotenspiel der Einsatz nicht an Gegenspieler geleistet wird, ist nach deutschem Recht Strafbarkeit jedenfalls nicht über das Glücksspielverbot erreichbar (zu Betrug, Wucher, UWG anschließend II).

---

1. **R. Sanders**, Die rechtliche Bedeutung des modernen Hydrasystems, Diss. Hamburg 1931 S. 5.

2. **Lampe**, GA 1977, 33 ff., weitgehend übereinstimmend **Bruns**, in Gedächtnisschrift für Schröder, München 1978 S. 273 ff. - Beide Autoren befassen sich schwergewichtig mit der progressiven Kundenwerbung, dazu unten I 5; zum „Einsatz" vgl. **Lampe** aaO. S. 41, 54; **Lampe** ruft de lege ferenda nach einem gegen progressive Kundenwerbung gerichteten Sondertatbestand, dessen Unrecht auf gleicher Stufe wie eine echte Ausspielung einzuordnen sei. - Zur Gesetzgebungsgeschichte **Weber**, NStZ 1986, 481 ff., 486 f.

3. Dazu und zur umstrittenen Frage, ob § 6c UWG (s.u. II) auf Kettenbriefe mit zentraler überwachung anwendbar ist, **Granderath**, wistra 1988, 173; **Richter**, wistra 1990, 216.

4. **Staehelin**, Das Bundesgesetz betr. die Lotterien und die gewerbsmäßigen Wetten vom 8.6.1923 als Strafgesetz, Diss. Zürich 1941 S. 72 f. (wenn ein vermögenswerter Einsatz zu leisten ist). Der in Fn. 26 zitierte Fall (Goldfeuerzeug) kommt einem Kettenbrief nahe.

3. Große Schneeballsystemschwindel

Schon beim Kettenbrief macht sich die Gefährlichkeit des Systems bemerkbar, die in der eigentümlichen Anziehungskraft liegt, die von der an ein Wunder grenzenden Dynamik der geometrischen Progression ausgeht, die vorstehend I 1 geschildert ist[5]. Das **Pilotenspiel** ist modellhaft, weil besonders klar zu sehen ist, wie die Passagiere als zahlende Opfer in der nächsten Schicht als werbende Stewards zu Tätern (oder Teilnehmern, dazu III) werden, um schließlich zu kassierenden Tätern aufzurücken. Schon bei den Kettenbriefen ist diese Transparenz im allgemeinen nicht gewährleistet.

Selbstverständlich gibt es nach dem Schneeballsystem operierende **Einzeltäter**, die alle (oder fast alle) in den Sog ihrer betrügerischen **Pyramide** geratenden Opfer täuschen, wo also ein Aufrücken der Opfer zu Tätern nicht vorgesehen ist. Auch bei solchen Einzeltätern wird die Progression des Schneeballsystems ausgenutzt. In einer primitiven und doch wirksamen Variante verspricht der Täter für Darlehen überaus hohe Zinsen. Er bezahlt sie im Anfangsstadium auch, freilich aus dem ihm von der nächsten Gläubigerschicht zufließenden Kapital.

Eben diese Dynamik erklärt die schweren volkswirtschaftlichen Schäden, die beim - unausweichlichen - Kollaps von großen Pyramidenschwindeln auftreten können. Das ganze Bank- oder Börsensystem eines Staates kann in den Strudel eines solchen kriminellen Systems gerissen werden. Damit bin ich bei der Aktualität meines Themas. Vielleicht begünstigt speziell das Anfangsstadium des Kapitalismus, in dem der Kapitalmarkt frei - wohl allzu frei - wird, die Progression des Schneeballs zur Lawine. In **Deutschland** hat sich **Ber-**

5. In BGHSt 34, 179 wurde für DM 100. Aufwand ein Gewinn von DM 819'200. in Aussicht gestellt. Gerade diese Übertreibung der Gewinnerwartungen entschärft - schon im Vergleich zum Pilotenspiel! - die Gefährlichkeit, weil mit einem solchen Wunder nicht ernsthaft zu rechnen ist.

nie Cornfeld[6] mit seinen IOS-Fonds nicht zufällig in einer Zeit entfalten können, in der erstmals der Durchnittsbürger - von der Regierung als Volksaktionär tituliert - gewissermaßen mit behördlichem Segen vom raschen Reichtum an der Börse träumte. - In den **USA** ist es einem gewissen **Ponzi** 1919 gelungen, seinen Namen mit dem Schneeballsystem so zu verknüpfen, daß man seitdem vom Ponzi scheme spricht[7]. - In **Thailand** hatte Frau **Mae Chamoy**[8] mit ihrem nach dem Schneeballsystem operierenden chit fund das Bankensystem konkurrenziert und fast zum Einsturz gebracht. Es bedurfte einer spezialgesetzlichen Regelung, um dem chit fund (mit mehreren 10'000 Investoren und einem Pool von ca. 200 Mio. U.S. Dollars) 1985 ein Ende zu setzen. - Im Übergang vom Kommunismus zum Kapitalismus konnten sich sowohl in **Jugoslawien** (**Jugoscandic/Vasiljevic-Skandal**, 1993)[9] wie auch in **Rußland** (**MMM**, 1994)[10] Investmentgesellschaften entfalten, obwohl auf der Hand lag, daß ihre

6. Vgl. **Raw/Page/Hodgson**, Gebt uns Euer Geld, wir machen Euch reich; Die Geschichte der IOS, München etc. 1971 (speziell zum Schneeballsystem der IOS in Deutschland S. 202 ff.; zum Zusammenhang mit den Volksaktionären S. 204).

7. Ponzi hatte 40% in 3 Monaten versprochen (und anfangs aus ihm neu zufließenden Mitteln auch bezahlt). Die Finanzmarkt-Schwindel erreichten in den USA zwischen 1918 und dem Börsenkrach 1929 ein Ausmaß „wie nie zuvor oder danach" (so **Encyclopaedia Britannica**, Chicago etc. 1956 Bd. 9 S. 707, Stichwort **fraud**, eigene Übersetzung). Über Ponzi urteilt dieselbe Quelle „einer der bemerkenswertesten Schwindel einer Einzelperson in der Geschichte des Betrugs", ebenda S. 708.

8. **Tien Tirasuntornwong**, Fraudulent Borrowing Against the Public, Referat gehalten am 89. Int. Training Course des United Nations Asia and Far East Institute (Unafei), Tokyo 1991. Das Referat ist nicht veröffentlicht (erhältlich vom Verf. dieses Beitrags). - Bemerkenswert ist der Verdacht, daß das zögernde Einschreiten der Regierung einem auserwählten Personenkreis den rechtzeitigen (und gewinnbringenden) Rückzug aus dem chit fund ermöglicht hat.

9. Vgl. NZZ v. 11.3.1993 S. 2 und 20.3.1993 S. 5: Kollaps der 15% Zins/Monat zahlenden Jugoscandic-Bank; Flucht des Inhabers V. nach Israel; Zufluss 250 Mio. U.S. Dollars durch ca. 500'000 Sparer binnen 3 Jahren.

10. NZZ v. 29.7.1994 S. 27 und NZZ v. 8.8.1994 S. 5 berichtet von mehreren 100'000 (möglicherweise 5 Mio.) durch **Mawrodi** geschädigten Anlegern und über 10'000 auf ihr Geld - vergeblich - im Freien vor dem Firmensitz wartenden Menschen, „bunte Blume auf dem kräftigen Mist des russischen Frühkapitalismus", so NZZ v. 29.7.1994, aaO.

Versprechen auf Wunder oder dem Schneeballsystem beruhen mußten. - Auch der **Bombay Scam**[11] von 1992 beruhte auf einer schneeballsystemartigen Steigerung der Börsenkurse. Zu Schaden kamen „Millionen von Kleinanlegern, die sich zum ersten Mal an die Börse gewagt hatten". In nur 4 Monaten wurde ein Schaden angerichtet, der sich auf ca. 2,5 Milliarden U.S. Dollars beläuft.

Der **Staat operiert als Täter**, wenn er nach dem Schneeballsystem die Währung entwertet und durch **Inflation**[12] die Bürger ruiniert. Daß angesichts der Geldentwertung über Nacht die Skepsis gegenüber einem wunderbaren Wertzuwachs über Nacht gering ist, sollte nicht überraschen.

4. Kleine und mittlere Schwindel

Neben solchen ganz großen Fällen existieren wohl überall bescheidenere Anwendungsbeispiele für das Schneeballsystem, die zwar die geschilderten ganz großen Fälle nicht erreichen, aber doch viel schädlicher sind als die Kettenbriefe. Über das vorstehend I 1 geschilderte Pilotenspiel hinaus nenne ich noch zwei **neuere Beispiele** mit Lokalkolorit[13]: Ein Schwindler namens Dr. (!) Alder[14] rühmte sich im Kanton Bern bester Verbindungen zu Finanzchefs der Basler Großchemie (und deren Code zur Geldvermehrung). Er versprach für von ihm vermittelte Geldanlagen ungewöhnlich hohe Zinsen. Auffallend ist der große Zulauf, den er damit in einer grundsätzlich kon-

11. NZZ v. 24.8.1994 S. 19, dort auch das wörtliche Zitat

12. Dieser Zusammenhang wird für Rußland explizit ausgesprochen von NZZ v. 15.8.1994 S. 7 („ähnliches Pyramidenspiel" der Regierung wie durch MMM, Schuldenkrise).

13. Im großen Rey-OMNI-Skandal ist die Strafuntersuchung in Bern noch im Gange, **R. Flubacher**, Flugjahre für Gaukler, Zürich 1992 (auch zu IOS-Verbindungen).

14. In den Memoiren des Schwindlers kommt schön zum Ausdruck, daß einige Leute wirklich profitieren konnten, was sich herumsprach und den Kundenkreis größer werden liess, vgl. **Hanspeter Streit/Philipp Probst**, Ich, der Millionenbetrüger „Dr. Alder", Bern 1994 S. 71, 163, 169. Aus der ersten Betrugsserie zog der Täter die Lehre, daß die „Spirale" (S. 68) leichter überschaubar bleibt, wenn die Zahl der Opfer kleiner, dafür die Schadensbeträge größer geplant werden, S. 170.

servativ eingestellten Umgebung[15] gefunden hat. - Ein ganz aktuelles Beispiel betrifft den Absatz von Zertifikaten des **European Kings Club**[16], der 1994 in der Schweiz durch rasches bankaufsichtsrechtliches Einschreiten zusammengebrochen ist. Im zuletzt genannten Fall kam es in Bern zu einer unbewilligten Demonstration der Opfer (!) für die 10 verhafteten Täter und gegen das bankaufsichtsrechtliche Verbot. Wie schon beim chit fund und bei MMM wächst die Pyramide, d.h. **ihr Einsturz wird nicht vom Täter, sondern von der Polizei herbeigeführt**. Zu den Konsequenzen dieses Phänomens unten III.

5. Fälle an der Grenze zur Legalität (Hydrasystem, progressive Kundenwerbung)

Das Schneeball- und Pyramidensystem, wie es anhand des Pilotenspiels in Reinkultur geschildert worden ist, läßt sich verwässern, abmildern und umformen, bis sichere Legalität oder wenigstens die Grauzone zwischen Illegalität und Legalität erreicht wird. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts kam der Warenabsatz nach dem **Hydrasystem**

15. Die prinzipielle Unehrlichkeit der Mächtigen im konservativen Kurort Adelboden erklärt sich der Täter mit dem wunderbaren Reichtum durch Umwandlung kargen Landwirtschaftslandes zu Bauland, aaO. (wie vorhergehende Fn.) S. 171. - In der Parallele zu MMM („Volkssport ... aus nichts Geld zu machen", NZZ v. 29.7.1994 S. 27) liegt wohl eine das Klima von Pyramidenschwindeln ganz allgemein kennzeichnende Aussage.

16. Der Club hatte Jahresrenditen von 70% versprochen und zunächst dieses Versprechen auch erfüllt, „offensichtlich nicht durch eine lukrative Anlage ..., sondern ... nur dank einer laufenden Ausweitung der Anlagegeschäfte nach dem Schneeballsystem", NZZ v. 3./4.9.1994 S. 19 (anläßlich des Einschreitens der deutschen Justiz; ebenda ist von Schätzungen die Rede, daß dem Club in Deutschland 100 Mio. DM und in der Schweiz 200 Mio. Fr. zugeflossen sind). - Bemerkenswert auch die (unbewilligte) Demonstration der Opfer für die inhaftierten Täter in Bern am 8.5.1994, weil der Kollaps durch das bankaufsichtsrechtliche und polizeiliche Einschreiten ausgelöst worden sei, Berner Zeitung v. 9.5.1994 S. 25. - Für die Freilassung **Mawrodi**'s hatten sogar mehrere tausend Personen demonstriert, NZZ v. 6.8.1994 S. 18. Nach NZZ v. 24./25.9.1994 S. 20 verfügt der European Kings Club im Kanton Uri über ca. 2'000 Mitglieder, angesichts der Gesamtzahl von ca. 33'000 Einwohnern eine „beachtliche wie beunruhigende Größe". So haben die Clubmitglieder gegen die neue Urner StPO das Referendum ergriffen, um eine längere U-haft als nach bisherigem Recht zu verhindern, aaO.

auf. Von der **Schweiz** ausgehend[17] verbreitete sich diese Verkaufsform rasch in den Nachbarländern. In einer in ihrer Zulässigkeit besonders umstrittenen Version konnte der Kunde den Kaufpreis durch Werbung neuer Kunden verbilligen.

Das Hydrasystem wurde in Deutschland und in der Schweiz im Ergebnis übereinstimmend unterdrückt. In **Deutschland**[18] hat die Judikatur des RG dieses Ergebnis früh durch extensive Auslegung des Ausspielungsverbotstatbestandes erreicht. Das RG ist davon trotz mancherlei Kritik nicht mehr abgewichen. Der BGH hat daran nach dem 2. Weltkrieg angeknüpft, vgl. BGHSt 2, 79; 2, 139. - In der **Schweiz**[19] ist man zunächst kantonal unterschiedlich vorgegangen; auch da operiert man jedoch seit 1926 bundeseinheitlich mit der Waffe des Lotterieverbotes.

Das Problem war damit jedoch nicht vom Tisch. Insbesondere durch die Kombination des Direktverkaufes von Waren über Vertreter (die durch Werbung von Untervertretern in der Vertreterpyramide aufsteigen konnten) entstanden neue Unsicherheiten über die Grenze zwischen verbotenem Schneeballgeschäft und kreativen Absatzmethoden mit Minischneeballeffekten[20]. So erklärt es sich, daß der deutsche Gesetzgeber mit dem 2. WiKG vom 15.5.1986 eine Spezialre-

17. Zusammenfassend und besonders klar **I. Fiedler**, Die strafrechtliche Beurteilung des Hydrasystems, Diss. Bresslau (bei **Gerland**, der sich selbst intensiv mit diesem System beschäftigt hat) 1929 (zum Ausgangspunkt Schweiz S. 1); vgl. ferner **R. Sanders** (wie Fn. 1) S. 5 zum Ausgangspunkt französische Schweiz am Ende des 19. Jahrhunderts und **E. Magenau**, Die strafrechtliche Würdigung des Hydrasystems, Diss. Tübingen 1933 (zur laxen Schweiz S. 12, 15).

18. Schon **Binding**, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, BT-I, 2. Aufl., Leipzig 1902 S. 412 hatte sich für den Spielcharakter des Hydrasystems ausgesprochen und seinem Gegner **von Liszt** vorgehalten, „juristisch ist jedes Wort des volltönenden Satzes unhaltbar", nämlich es gehe um Gewinnung von Geschäftsagenten durch Versprechen hoher Provisionen. - über die weitere Entwicklung orientieren die in der vorstehenden Fn. Genannten.

19. **Hafter**, Schweizerisches Strafrecht, BT-I, Berlin 1937 S. 310 ff., 316 sowie **Staehelin** (wie Fn. 4). Zur Anwendung des UWG in der Schweiz s.u. Fn. 27.

20. Dazu **Lampe** und **Bruns** (wie Fn. 2).

gelung in § **6c UWG** getroffen hat. Jedenfalls für den mit dieser Bestimmung erfaßten, praktisch besonders wichtigen Teilbereich (zu dem das Pilotenspiel gerade nicht gehört!) sind die mit der Subsumtion des Schneeballsystems unter das Glücksspiel verbundenen Auslegungsprobleme gegenstandslos geworden.

Zu den erlaubten und als seriös betrachteten Pyramiden gehören Aktiengesellschaften, deren einzige Funktion es ist, Aktien anderer Gesellschaften zu erwerben und mit visionären Vorstellungen zu verwalten - was trotz der so entstehenden Kostenpyramide (und trotz gewisser Anklänge an den Fund of Funds der IOS) sich auch für die Aktionäre lohnen kann.

Überhaupt ist es geradezu Charakteristikum moderner **Finanzderivate**, daß sie auf legalem Wege einen Hebel- oder Vervielfachungseffekt erreichen. Diese legale Fallgruppe ist für das illegale Schneeballsystem insofern von Bedeutung, als es die überzeugung nährt, das vom Schneeballsystem versprochene Wunder sei machbar. Wer durch eine Form des wunderbaren Reichtums korrumpiert ist (z.B. durch Verwandlung kargen Landwirtschaftslandes in Bauland), wird anfällig für den Glauben an andere Formen wunderbaren Reichwerdens. Zur vergleichbaren Korrumpierung durch Inflation vgl. schon oben I 2.

II. Zum Bereich zwischen Betrug, Wucher und Spiel

Vorstehend I wird in rechtstatsächlicher Hinsicht ein Bogen geschlagen von zweifelsfrei betrügerischen Schneeballgeschäften bis hin zu erlaubten Geschäften mit Schneeballelementen. Weil sich Geschäfte nach dem Schneeballsystem im Bereich zwischen Betrug, Wucher und Spiel bewegen, können für jeden der genannten Tatbestände Lehren gezogen werden[21].

21. Zum Bereich zwischen Nötigung und Wucher vgl. **Arzt**, in Festschrift für Lackner, Berlin 1987 S. 641 ff.

Betrachten wir das Pilotenspiel unter dem Aspekt des **Betrugs**, ist die Schädigung der die letzten Schichten der Pyramide bildenden Opfer unausweichlich. Es läßt sich auch sagen, daß jedenfalls im Kanton Bern ein Passagieraufkommen von über 1 Million unrealistisch ist, also der Kollaps vor der zwanzigsten Runde eintreten **muß**. Ein früherer Zusammenbruch ist wahrscheinlich, insbesondere kann er durch polizeiliches Einschreiten ausgelöst werden. Mit dem Hinweis auf polizeiliches Einschreiten wird die Strafbarkeit des Schneeballsystems, um die es in den folgenden Ausführungen geht, vorweggenommen.

Freilich stellen sich mannigfaltige Detailprobleme bei der Anwendung des Betrugstatbestandes. Zweifelhaft ist schon die **Täuschung**. Angenommen, die Passagiere fragen nicht nach der Rundenzahl, in der sie einsteigen, oder sie erhalten eine entsprechende korrekte Information, durchschauen aber nicht die mathematische Dynamik der geometrischen Progression, dann irren sie sich im Ergebnis über ihre Chance, zu kassierenden Piloten aufzusteigen. Die Arglist der Täter liegt gerade darin, daß sie in ihren Opfern einen solchen Irrtum hervorrufen, ohne explizit falsche Informationen zu liefern.

Im **älteren Schrifttum**[22] ist Täuschung abgelehnt worden, weil über die Bedingungen des Hydrasystems wahrheitsgemäß informiert werde. Bei aller Entschiedenheit dieser Ablehnung einer Täuschung verraten mehr oder weniger evident unrichtige Hilfsbegründungen eine gewisse Unsicherheit. So soll keine Täuschung vorliegen, weil es nicht um gegenwärtige, sondern um künftige Ereignisse gehe oder weil es um die Qualität einer Chance gehe, also nicht um eine Tatsache, sondern um ein Werturteil. - Leider findet sich auch im **neue-**

22. Zusammenfassend **I. Fiedler** (wie Fn. 17) S. 54: „Vorspiegelung falscher Tatsachen kann aber niemals darin gesehen werden, daß ein Hydraunternehmer den tatsächlichen Gang seines Verfahrens bis in die kleinsten Einzelheiten dem Hydrakunden auseinandersetzt"; ebenso **E. Magenau** (wie Fn. 17) S. 45 (Mitteilung der „genauen Bedingungen"); zu Werturteil und künftigen Ereignissen **Fiedler** aaO. S. 55, **Magenau** aaO. S. 45.

ren Schrifttum[23] noch (oder wieder) die These, man könne nicht täuschen, wenn man die Wahrheit sage. Aber auf wortwörtliche Wahrheit kommt es im modernen, formlosen Recht kaum je an. Die Weltliteratur wie der Alltag sind voller Geschichten, wie (z.T. raffiniert) die Wahrheit zur Täuschung eingesetzt wird[24]. Es geht fast immer um den vermittelten Sinn. Ich würde jedem Steward vorhalten, daß er konkludent den geworbenen Passagieren eine realistische Chance des Aufstiegs zum Piloten vorspiegele (je nach Sachlage kann eine **legale** Aufstiegschance vorgetäuscht werden oder eine nur wegen des Glücksspielsverbotes „formell" illegale Aufstiegschance).

Zweifelhaft ist deshalb nicht die Täuschung als solche, sondern deren **Arglist**, wenn der Passagier sich nicht um die Rundenzahl bei seinem Einstieg kümmert oder eine entsprechende korrekte Angabe nicht auf ihre rechnerischen Konsequenzen durchdenkt. Unter welchen Voraussetzungen eine fehlende Arglist der Täuschung anzunehmen ist, mit der Konsequenz der Entlastung des Täters, ist außerordentlich umstritten[25].

Unterstellt man eine mit fehlender Arglist begründete Entlastung im Zeichen des Betrugs, schließt sich eine Belastung im Zeichen des **Wuchers** an. Dieser Zusammenhang zwischen Betrug und Wucher wird bei dem **Hydraverkaufssystem** verdeckt, das historisch im Vordergrund des Interesses gestanden ist. Der Kunde erhält eine Sa-

23. Im neueren Schrifttum leugnet **Schumann**, JZ 1979, 588 die Täuschung mit der Wahrheit; mit Recht ablehnend **Dreher-Tröndle**, StGB, 46. Aufl., München 1993 § 263 N. 6 a m.w.N. Zum Zusammenhang der Täuschung durch wortwörtliche Wahrheit und Täuschung durch konkludentes Tun **Arzt-Weber**, Strafrecht BT, LH 3, 2. Aufl., 1986 N. 379, 398, 403.

24. Der Witwer versichert der zweiten Frau vor der Hochzeit, die Kinder aus erster Ehe seien alle unter der Erde - und nach der kirchlichen Trauung holt er sie aus dem Keller; Beispiel nach **Georg Paul Hönn**, Kurtzeingerichtetes Betrugslexikon, 1720 (zitiert nach dem gekürzten Nachdruck), Berlin 1958 (Stichwort Bräutigame, S. 50).

25. Näher zum deutschen und schweizerischen Recht **Arzt-Weber**, LH 3 (wie Fn. 23) N. 379-381, 410. Zur Vernachlässigung des Betrugs durch die Viktimologie **Arzt**, MschrKrim 67 (1984) 105 ff., 120.

che zum Marktpreis; illusorisch ist wegen des Schneeballsystems nur die Chance, den Kaufpreis auf (fast) Null zu senken. Dagegen wird beim **Pilotenspiel** der Einstieg vom Passagier mit gutem Geld erkauft - und es liegt im System, daß er (von den ganz frühen Runden abgesehen) für dieses gute Geld eine schon rein wirtschaftlich gesehen fast völlig wertlose Aufstiegschance erhält. Die **Schwäche**, die ausgebeutet wird, ist wie so oft der Glaube an ein Wunder.

Dieser Anschluß des Wuchers an den Betrug macht den Ausschluß leichtsinniger Opfer aus dem Schutz des Betrugs in Fällen fragwürdig, in denen es von Zufälligkeiten bei der Interpretation des Wuchertatbestandes abhängt, ob dem Opfer der im Zeichen des Betrugs versagte Schutz im Ergebnis doch (im Zeichen des Wuchers) zuteil wird. Daß beim Schneeballsystem die Wucherkomponente im Durchschnitt der Fälle stärker als die Betrugskomponente sein dürfte, zeigt auch die einfache Überlegung, daß es für jeden von einem Steward angesprochenen Passagier evident sein sollte, daß er günstiger fliegt, wenn er gleich als Pilot auftritt, also seinerseits zwei Copiloten und vier Stewards anheuert (was ihn gar nichts kostet). Das System funktioniert nur dank einer Mischung von Gier, Dummheit und Bereitschaft zum illegalen Handeln - bei einem gleichzeitigen naiven Vertrauen auf die Einhaltung von Regeln.

Wie man auch immer Betrug und Wucher abgrenzt, die Bestrafung der Stewards wegen Werbung der Passagiere scheitert in der Regel an ihrer Opferstellung in der vorangegangenen Runde. Welcher Steward wird einkalkulieren, daß die Runde, in der er Pilotenstatus erreicht, die letzte sein wird (und die von ihm als Passagiere geworbenen, inzwischen zu Copiloten aufgerückten Personen zu Schaden kommen)? Realistisch ist mit Blick auf den inneren Tatbestand nur die Einsicht in die Unausweichlichkeit des Zusammenbruchs des Systems in einer mehr oder weniger entfernten Zukunft. Hier und heute sind für die Mitspieler die in dieser fernen Zukunft Geschädigten weder individualisierbar noch stehen sie der Zahl nach fest. Ob die Gewißheit, daß viele künftig zu Schaden kommen **müssen**, die heutigen

Mitspieler wenigstens wegen **versuchten** Betrugs oder Wuchers in unbestimmt vielen Fällen verantwortlich macht, hängt von der Teilnahmelehre ab, dem Übergang von Vorbereitung zu Versuch und last not least von den Anforderungen an die Bestimmbarkeit des Opfers, dazu anschließend III. Ob gar **Vollendung** mit Blick auf die effektiv geschädigten Personen angenommen werden kann, obwohl deren Schädigung wegen des zu diesem Zeitpunkt unerwarteten Eingreifens der Polizei von den Beteiligten nicht gewollt war, hängt von der Handhabung der Lehre von der Abweichung im Kausalverlauf ab, auch dazu anschließend III.

Auch wo ein **Einzeltäter** an der Spitze einer Pyramide steht und eigentlich alle anderen zu Opfern werden, muß der Schneeballeffekt einigen frühzeitig aussteigenden Opfern die in Aussicht gestellten Gewinne effektiv bescheren. Gerade dieser Erfolg führt zur fast an Massenhysterie grenzenden Steigerung des Glaubens an die wunderbare Geldvermehrung. Meiner Meinung nach folgt daraus, daß auch beim Pyramidenschwindel eines Einzeltäters die Nähe zum Wucher viel größer ist, als es die herrschende Meinung wahrhaben möchte, die mit großer Selbstverständlichkeit den Betrugstatbestand anwendet. Im Schutz des Laien gegen **Spekulationsgeschäfte** (vgl. § 89 BörsenG -Deutschland) kommt diese Nähe zum Wucher zutreffend zum Ausdruck.

Die hier skizzierten Schwierigkeiten im Grenzbereich von Betrug und Wucher, die sich durch Überlegungen zur Teilnahmelehre noch komplizieren, machen ein spezialgesetzliches Einschreiten gegen das Schneeballsystem attraktiv. Das ist in **Deutschland** und in der **Schweiz** in einem ersten Anlauf mit Hilfe des **Lotterieverbots**[26] ver-

26. In **Deutschland** durch weite und problematische Auslegung des Ausspielungsverbots, § 286 StGB (vgl. die Nachweise in Fn. 2, 17); in der **Schweiz** scheint auf den ersten Blick die Heranziehung des Lotterieverbots deshalb unproblematisch zu sein, weil das Schneeballsystem in Art. 43 Lotterieverordnung vom 12.11.1926 explizit wie die Lotterie unter Strafdrohung verboten ist. Freilich gestattet Art. 56 des Lotteriegesetzes vom 8.6.1923 dem Verordnungsgeber nur ein Verbot „lotterieähnlicher" Veranstaltungen. So erklärt sich das geradezu verzweifelte

sucht worden. Auf diesem Stand verharrt die Schweiz bis heute[27]. Im Anschluß an eine umfangreiche ältere Diskussion ist dazu festzuhalten, daß jedenfalls ein reines Schneeballsystem, wie es im Pilotenspiel modellhaft verkörpert ist, gerade nicht zufällig zu Gewinnen oder Verlusten führt, sondern denknotwendig zum Kollaps führen muß. Die Unsicherheit beschränkt sich auf den Zeitpunkt des unausweichlich eintretenden Verlustes (und dies in einer relativ engen Bandbreite). Deshalb verfehlt die strafrechtliche Bekämpfung, wenn sie mit der Gewinnchance argumentiert, das Wesen des Schneeballsystems[28]. Richtig ist nur, daß bei einem stark kupierten Schneeballsystem Gewinnchancen vorstellbar werden und mit zunehmender Ku-

---

Bemühen, in ein System, dessen Wesen darin liegt, daß es mit absoluter Sicherheit zu Verlusten führt, eine zufallsabhängige Gewinnchance hinein zu interpretieren. Zu dieser, sich ersichtlich an die Judikatur des RG anlehnenden Weichenstellung **Staehelin** (wie Fn. 4) S. 68 ff., mit der These, die Ähnlichkeit sei zu bejahen, wenn der Gewinn zwar nicht allein, wohl aber wesentlich zufallsabhängig sei. - **Beispiel** Bezirksgericht St. Gallen SJZ 81 (1985) 44 ff. (Goldfeuerzeug): Obwohl das Gericht zutreffend feststellt, daß die geometrische Progression in der 20. Runde eine Teilnehmerzahl von über 1 Mio. voraussetzt, wird daraus nicht der Schluß gezogen, daß das System versagen **muß**. „Der Erfolg beruht somit auch bei größtem Geschick schließlich doch auf Zufall", aaO. S. 46. Auch das **Pilotenspiel** ist von der Berner Justiz nach der Lotterieverordnung abgewickelt worden.

27. Zur wettbewerbsrechtlichen Situation in der Schweiz vgl. **Müller** bzw. **Guyet**, in **v. Büren/David** (Hrsg.), Lauterkeitsrecht (Schweiz. Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd V/1), Zürich 1994 S. 61 f. bzw. S. 242 f. Auch in der Schweiz kann progressive Kundenwerbung - trotz fehlender wettbewerbsrechtlicher Spezialregel - unlauteren Wettbewerb darstellen, was zu schwierigen Konkurrenzüberlegungen im Verhältnis UWG/Lotteriegesetz führt (auch wegen unterschiedlicher Prozeßvoraussetzungen und Verfolgungszuständigkeit), dazu Staehelin, aaO. (wie Fn. 4) S. 125 f.; Guyet aaO.
Ein besonderes Verbot des Schneeballgeschäfts findet sich in kantonalen Regelungen des Kleinkredites; streitig war, ob es schon eine **Kreditkaskade** erfassen sollte (Ablösung des älteren Kredites und ausstehender Zinsen durch neuen Kredit), näher **H. Giger**, Schneeballsystem im Kleinkreditgeschäft als Rechtsproblem, Zürich 1987 (zu speziellen Strafbestimmungen S. 122, 123). Die Fragen sind durch bundesrechtliche Regelungen des Kleinkredits weitgehend obsolet, vgl. Bundesgesetz v. 8.10.1993.

28. Wer die progressive Kundenwerbung nach dem Schneeballsystem für erlaubt hält, erklärt den Werbeerfolg (in frühen Schichten der Pyramide, also vor Marktsättigung) mit Bemühungen des Werbers. Wer die progressive Kundenwerbung mit Hilfe des Lotterieverbotes bekämpfen möchte, muß eine zufallsabhängige Gewinnchance finden, Nachweise in Fn. 1, 17, 18.

pierung und Mischung mit Franchising-Elementen sogar legale Minischneeballsysteme denkbar sind. Eben deshalb war der deutsche Gesetzgeber wohl gut beraten, daß er im 2. WiKG das Schneeballsystem aus dem Lotterieverbot ins UWG verlagert hat[29]. Österreich hat schon 1923 mit einer Spezialregelung im UWG operiert[30]. Freilich verschärft der neue § 6c UWG die Problematik insofern, als zu fragen bleibt, was (u.U. gewerbsmäßiger) Betrug oder Wucher ist und was als bloßer UWG-Verstoß zu betrachten ist. Das Wettbewerbsrecht ist zudem nicht geeignet, das Pilotenspiel zu unterdrükken, denn ein Angriff auf lautere Wettbewerber, die andere Formen der Unterhaltung oder gar des Flugbetriebs anbieten, ist schwer erkennbar, vgl. dazu schon oben I 2 im Zusammenhang mit der Beurteilung von Kettenbriefen.

III. Zum Bereich Zwischen Anstiftung und Mittelbarer Täterschaft; Versuch und Vorbereitung; Bestimmten und Unbestimmten Opfern

Wie vorstehend dargelegt, scheitern die Versuche, das Schneeballsystem als Lotterie zu begreifen, an der Sicherheit des Verlustes. Unsicher ist **vor** dem Eingreifen der Strafverfolgungsbehörde nur, wer Opfer wird, d.h. die Strafverfolgungsbehörde definiert durch ihr Einschreiten die letzte Schicht (und damit die Opfer). Zugleich verhindert sie, daß eben diese Schicht zu Tätern avanciert.

Für die Beteiligten bedeutet dies, daß ex ante schon **objektiv** nicht feststeht, wer „endgültig" geschädigt wird. Die Vorverlagerung der Schädigung auf das schadensnahe Risiko könnte zwar helfen, schon die ins System verstrickten Personen als in diesem Sinne Ge-

29. Allgemein zur Problematik der Strafbarkeit des Spiels **Belz**, Das Glücksspiel im Strafrecht, Marburg 1993, speziell zu § 6 c UWG (Gesetzgebungsgeschichte) **Weber**, NStZ 1986, 481 ff., 486 f.; kritisch zu § 6 c UWG **Otto**, Die strafrechtliche Bekämpfung unseriöser Geschäftstätigkeit, Lübeck 1990 S. 119 ff. (mit unterschiedlicher Einschätzung der Gefährlichkeit des Schneeball- bzw. Pyramidensystems).

30. Text bei **Lampe** (wie Fn. 2) S. 42.

schädigte anzusehen, doch handelt man sich dann das Problem der Subjektivierung des Schadensbegriffs ein. Wem es lohnend erscheint, mit seinem Einsatz die Chance zu erkaufen, das Verlustrisiko einer späteren Opferschicht zu überwälzen, der kann sich nicht gleichzeitig als geschädigt betrachten, weil das Risiko besteht, daß eben diese Überwälzung mißlingen könnte. Erst wenn man zusätzlich die **subjektive** Seite betrachtet und postuliert, daß die Weiterwälzungschance unrichtig eingeschätzt wird, kann man schon die ins Spiel eingestiegenen Personen als geschädigt ansehen. Ein solcher in der Fehleinschätzung der Schadensabwälzungschance liegender Schaden der Opferschicht muß dann konsequent von der früheren Täterschicht vorsätzlich herbeigeführt werden. Wenn jedoch diese Täterschicht ihrerseits Opfer einer Fehleinschätzung geworden ist, fehlt es ihr an einem entsprechenden Schädigungswillen. Es ist wie bei der betrügerischen Ausnutzung des Aberglaubens: Täter kann nur sein, wer nicht selbst abergläubisch ist.

Für das Schneeballsystem bedeutet dies: Mit Sicherheit läßt sich nur sagen, daß die Beteiligten der höheren Schichten mittelbar, d.h. durch die von ihnen ins Spiel hineingezogenen Personen der tieferen Schichten, zur denknotwendigen Schädigung der letzten Schicht ansetzen. Ob dieses „Ansetzen" bereits Versuch bedeutet (gegenüber unbestimmten Opfern!), ist zweifelhaft. Dafür spricht die Unaufhaltsamkeit des einmal losgetretenen Schneeballs in seiner Fortentwicklung zu einer Lawine; dafür sprechen auch die Elemente mittelbarer Täterschaft[31], die in dem System stecken. **Dagegen** spricht zunächst die Unbestimmtheit der Opfer. Je klarer die Situation durchschaut wird (was in den oberen Schichten wahrscheinlicher ist als in den un-

31. Die h.M. verlagert den Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft vor, wobei sehr umstritten ist, wie weit. Die Formel in BGHSt 30, 363, 365 (Entlassen des Tatmittlers aus dem Einwirkungsbereichs des Hintermanns „in der Vorstellung ..., daß er die tatbestandsmäßige Handlung nunmehr vornehmen werde"), ist unklar, vgl. **Eser**, in Schönke-Schröder, StGB, 24. Aufl., München 1991 § 22 N. 54 a. Sicher ist diese Formel nicht auf **mittelbare Kettentäterschaft** zugeschnitten.

teren), desto leichter läßt sich **vollendete** Tat annehmen, obwohl die Opfer erst durch Einschreiten der Strafverfolgungsbehörde definiert werden[32]. Je weniger die Situation durchschaut wird (meist in den unteren Schichten der Pyramide), desto weniger haben diese Beteiligten mit dem Kollaps zum Nachteil der konkret Betroffenen gerechnet (ein Kollaps, der sie selbst **auch** zu Opfern macht!). Mit der Ungewißheit (ex ante) bezüglich der Opferschicht hängt zusammen der im System liegende eigentümliche Changeant-Effekt zwischen (mittelbarer) Täterschaft und Kettenanstiftung sowie Kettenanstiftung in mittelbarer Täterschaft. Um die Ausführungen zu II nicht zu wiederholen und aus Raumgründen soll nur die letztgenannte Situation exemplifiziert werden: Ein das System nicht klar durchschauender Beteiligter X wird von einem informierten Hintermann W (zugleich Vordermann im Schichtaufbau!) dazu gebracht, seinerseits neue Beteiligte Y zu werben; sind die Y 1, Y 2 etc. ihrerseits bösgläubig, dann ist X Werkzeug einer von W in mittelbarer Täterschaft begangenen Anstiftung der Y 1, Y 2 etc. zum Betrug gegenüber den unbekannten U 1, U 2, U 3 etc., die in den letzten Schichten in der Opferrolle stecken bleiben (oder X ist Werkzeug einer von W in mittelbarer Täterschaft begangenen Kettenanstiftung der Y 1, Y 2 etc. zur Anstiftung zum Betrug zum Nachteil der nächsten Schicht Z 1, Z 2 etc.).

Wie dargelegt, schlägt die Unbestimmtheit der Opfer ex ante um in eine Bestimmung der Opfer ex post infolge Eingreifens der Strafverfolgungsorgane. Welche Schicht der Pyramide auch immer dank polizeilichen Einschreitens die letzte werden mag - die Viktimisierung gerade **dieser** Individuen ist von den Angehörigen der vorange-

32. Auch wenn der das System durchschauende Täter gehofft haben sollte, daß erst spätere Schichten zu Opfern werden würden, ist die Vorverlagerung durch überraschend frühes polizeiliches Einschreiten als unbeachtliche Abweichung im Kausalverlauf anzusehen. - Daß dem Zufall die Individualisierung der Opfer überlassen wird, ist irrelevant. Nach h.M. genügt sogar eine Bestimmtheit der Opfer nur der Zahl nach, vgl. **LG Aachen**, JZ 1971, 507 (Contergan) und zur fahrlässigen Tötung BGE 118 IV 130.

henden Schichten normalerweise nicht gewollt. Trotzdem vollendete Tat anzunehmen (unter Heranziehung des Gedankens der unbeachtlichen Abweichung des Kausalverlaufs), erscheint nur für das System durchschauende Beteiligte der oberen Schichten billig. Der Ausweg liegt nahe, wenigstens versuchten Betrug zum Nachteil der der Identität nach unbestimmten (zugleich aber sicheren) Opfer anzunehmen. Auch dabei ergeben sich freilich unangenehme Wertungswidersprüche. Je weiter unten die Beteiligten im Pyramidenaufbau einzuordnen sind, desto näher stehen sie objektiv der unbestimmten Opferschicht. Dagegen könnte bei den in den oberen Schichten Beteiligten die Überschreitung des Vorbereitungsstadiums allenfalls mit Hilfe von Überlegungen zur mittelbaren Täterschaft bejaht werden; zugleich ergibt sich eine diffizile Mischung aus Anstiftung, mittelbarer Täterschaft und Tätern, die mit frühem Kollaps rechnen und hinter Tätern stehen, die ihrerseits erst mit späterem Kollaps rechnen. Ist die untere Schicht nur der versuchten Tat zum Nachteil späterer - nicht erreichter - Schichten schuldig, kollidiert dies mit der Annahme vollendeter Tat der oberen Schichten zum Nachteil der von der Polizei definierten letzten Schicht, denn die untere Schicht steht Werkzeugen der oberen Schicht mindestens nahe. Es wäre ein novum, die vom Werkzeug versuchte Tat (zum Nachteil von unerreichten Schichten) den Hintermännern als vollendete Tat (zum Nachteil der tatsächlich getroffenen letzten Schicht) zuzurechnen, weil für das Werkzeug, nicht aber für den Hintermann, eine wesentliche Abweichung im Kausalverlauf anzunehmen wäre. Funktionieren würde diese Konstruktion zudem nur bis zur vorletzten (also nicht bis zur letzten) Schicht.

IV. Schluß

Zusammengenommen lassen sich die vorstehend III beschriebenen Schwierigkeiten bei der strafrechtlichen Erfassung des Schneeballsystems auf einen gemeinsamen Nenner zurückführen: Im System liegt ein **Gefährdungspotential**, auf das die klassischen Vermögensstraftatbestände mit ihrer Fixierung auf individuelle Opfer nicht zu-

geschnitten sind. Parallelen zu einer solchen im System liegenden **Gemeingefährlichkeit** finden sich in den **Konkursdelikten**. Auch da erzeugt der Täter einen Sog, in den Opfer geradezu denknotwendig gerissen werden, ohne daß man bei den ersten Wirbeln voraussagen kann, wer diese Opfer sein werden - und noch bei den ersten in den Strudel gerissenen Gläubigern kann es leicht sein, daß sie unversehrt, unter Umständen mit Profit, wieder auftauchen. Das Schneeballsystem erweist sich somit als **gemeingefährliches Vermögensdelikt**[33], das nur mit Hilfe spezieller Regelungen angemessen unterdrückt werden kann. Die Anwendung des allgemeinen Tatbestandes des Betrugs oder des Wuchers führt dagegen in Verbindung mit Teilnahme- und Versuchsregeln zu so komplexen Problemen, daß man begreift, warum die Praxis angesichts der Verwischung der Opfer/Täter-Rollen zögert, sich die Mühe des Einschreitens zu machen. Dieses zögernde Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden wird zusätzlich dadurch begünstigt, daß Schneeballsysteme häufig überregional ablaufen, so daß es für einen überlasteten Staatsanwalt bzw. Untersuchungsrichter naheliegt, den Blick abzuwenden, in der Hoffnung, daß der Kollege im Nachbarbezirk zuerst einschreiten werde (mit der Konsequenz, daß er dann alle Fälle untersuchen muß)[34]. Allgemein

33. **Kube**, Prävention von Wirtschaftskriminalität, BKA (Berichte des Kriminalistischen Instituts), Wiesbaden 1984 erinnert zunächst (S. 14) daran, daß beim Betrug „eine über die Gefahren von Vermögensverfügungen in bestimmten Situationen vollständig aufgeklärte Person ... idealtypisch ... ein ungeeignetes Opfer darstellen" werde, anerkennt dann (S. 15) jedoch den Reiz der Spielsituation und verweist (S. 18) mit Recht auf die mit dem BörsenG verfolgte Strategie, das breite Publikum von Spekulationsgeschäften auszuschließen. **Ellmer**, Betrug und Opfermitverantwortung, Berlin 1986 S. 265 bildet Betrugskategorien mit typischerweise (besonders) hohem Opfermitverschulden (S. 257 ff.), unter ihnen den Gewinnsystemschwindel (S. 265), dessen Nähe zum Schneeballsystem auf der Hand liegt; vgl. aber auch ebenda S. 263 zu Spekulationsgeschäften.

34. Im Fall der Gem Collection (1985; vgl. mein Interview mit der Berner Zeitung v. 23.8.1985) hat eine Pressekampagne über Monate hin, unterstützt durch Stimmen aus der Strafrechtswissenschaft, den Vorwurf erhoben, es laufe ein strafbares Schneeballsystem ab. Das lan-

gesagt: Zersplitterte örtliche Verfolgungszuständigkeiten begünstigen überregionale Wirtschaftskriminalität.

Die im Schneeballsystem liegende Gemeingefährlichkeit läßt sich ganz banal erklären mit der dank geometrischer Progression hohen Zahl möglicher Opfer, verbunden mit der Sicherheit des Kollapses. Diese banale Erklärung ignoriert jedoch die Frage, warum sich trotzdem immer wieder so viele Teilnehmer finden. Das lenkt den Blick auf eine tiefer liegende Gefährlichkeit. Die geometrische Progression mag schon als Zellteilung in der menschlichen Natur liegen, trotzdem ist die intellektuell leicht einzusehende Dynamik psychologisch offenbar schwer einfühlbar. **Theodor Storm** hat dieses Dilemma in seiner Variation der Malthus'schen Bevölkerungspyramide satirisch geschildert[35]. Spüren wir nicht alle die Versuchung, nach einem langsam ablaufenden Schneeballsystem sehr angenehm zu leben? Wird die jeweils nächste Schicht der Pyramide erst durch die kommende Generation gebildet, finden sich hier und heute nur allzu viele mit dem künftigen Kollaps ab, obwohl sie ihn intellektuell durchaus als unausweichlich begreifen.

*****

ROZWAŻANIA NA TLE TZW. SYSTEMU PIRAMIDALNEGO

Streszczenie

Referat ten zajmuje się problemem szachrajstwa realizowanego według systemu puszczonej kulki śnieżnej (piramidy). Przy tej okazji omawiane są najbardziej spektakularne przypadki, które zdarzyły się

ge Zuwarten der Strafverfolgungsbehörden ist meiner Auffassung nach mindestens teilweise mit den oben im Text dargestellten Zuständigkeitsproblemen zu erklären.

35. Im Gedicht „Von Katzen".

w Europie, USA i w Azji oraz tego rodzaju aktualne, lokalne wydarzenia. Można tutaj wyróżnić dwa modele. Po pierwsze, może się tak zdarzyć, że sam sprawca stoi na szczycie piramidy złożonej z ofiar. Tak wygląda sprawa szczególnie w przypadku oszustw kredytowo-pożyczkowych, gdy przyrzeczone wysokie procenty są początkowo płacone, tyle że z kapitału, który sprawca podejmuje u nowych ofiar. Po drugie, może być i tak, że każdą warstwę piramidy w stosunku do wcześniejszej (wyższej) warstwy należy postrzegać jako warstwę ofiar, jednocześnie jednak z perspektywy warstw późniejszych (niższych) jako warstwę sprawców. To mające miejsce przeobrażenie z ofiar w sprawców jest z punktu widzenia wiktymologii szczególnie interesujące. Zasadniczo ta druga sytuacja ma podobny charakter jak ta pierwsza, ponieważ w tej wersji część wcześniejszych ofiar uzyskuje zysk z transakcji z innymi sprawcami.

Z dogmatycznego punktu widzenia Autor omawia trudności jakie występują w przypadku, gdy ten system piramidalny próbuje się subsumować pod przepisy o oszustwie lub wyzysku, a w razie potrzeby w powiązaniu z przepisami o uczestnictwie (współsprawstwo/podżeganie/sprawstwo pośrednie). Część tych trudności wynika z faktu, że ci, którzy ostatecznie stają się ofiarami, mogą być ustaleni dopiero dzięki interwencji policji, ponieważ dopiero w tym momencie inicjowana kulką śniegu lawina zatrzymuje się.

W tym kontekście poddane są analizie przepisy prawne skierowane specjalnie przeciwko przestępstwom dokonywanym w tzw. systemie piramidalnym istniejące w Niemczech, Austrii i w Szwajcarii. W artykule tym Autor dochodzi do rezultatu, że ze względu na wielkie niebezpieczeństwo wynikające w tym przypadku z postępu geometrycznego, na którym bazuje ten system i przy uwzględnieniu, że mamy tu do czynienia z nieokreśloną bliżej ilością osób, które ostatecznie stają się ofiarami, mamy tu do czynienia z powszechnie niebezpiecznym deliktem majątkowym. Dlatego trudno będzie w sposób zadowalający rozwiązać problemy związane z przestępstwami o cha-

rakterze piramidalnym przy pomocy obowiązującego prawa, które nakierowane jest na ochronę indywidualną.

Kazimierz Buchała

WINA CZYNU A ZAWINIENIE NA PRZEDPOLU CZYNU ZABRONIONEGO

1. Zasada winy nie została wprost sformułowana w przepisach obowiązującego polskiego prawa karnego, niemniej nie ulega wątpliwości, że stanowi ona podstawę odpowiedzialności karnej[1]. Można ją bowiem wyprowadzić z kilku przepisów kodeksu karnego, określających przesłanki zawinienia lub też stany rzeczy powodujące wyłączenie odpowiedzialności karnej mimo spełnienia znamion czynu zabronionego, bezprawności tegoż zachowania, jego karalności i karygodności[2]. Do najważniejszych z nich, z uwagi na temat dalszych rozważań, należy art. 25 k.k., który stanowi, że „nie popełnia przestępstwa, kto z powodu niedorozwoju umysłowego, choroby psychicznej lub innego zakłócenia czynności psychicznych nie mógł w chwili czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swym postępowaniem"[3]. Określa bowiem nie tylko kiedy sprawca czynu zabronionego nie jest zdatnym podmiotem do ponoszenia winy, tym samym pośrednio zdatność podmiotu do ponoszenia winy, lecz także z uwagi na ustanowienie zasady koincydencji czynu bezprawnego oraz zawinienia. Przesądza bowiem, że zdatność do ponoszenia winy musi mieć miejsce w czasie zachowania spełniającego znamiona czy-

1. Zasadę tą wypowiada expressis verbis art. 1 § 3 projektu kk. z 1995 r.

2. Chodzi tu o przepisy dotyczące bezprawnego rozkazu (art. 290), niepoczytalności (art. 25 § 1), stanu wyższej konieczności (art. 23), rozpoznawalności bezprawności (art. 24 § 2).

3. Chodzi tu zarówno o rozpoznanie warstwy ontologicznej zachowania się, jak też społecznej oraz prawnej.

nu bezprawnego. Podobnie kwestia ta przedstawia się na gruncie niemieckiego kodeksu karnego, który zasady winy legitymującej odpowiedzialność karną[4] nie określa wprost, zasada ta wynika jednak z kilku przepisów[5], z których tę zasadę się wyprowadza, a nadto z art. 103 ust. 2[6], który jako norma konstytucyjna pełni rolę szczególną[7], § 20, który jest odpowiednikiem funkcyjnym polskiego art. 25 k.k. stanowi: „Bez winy działa ten, kto przy popełnieniu czynu był niezdolny do rozpoznania jego bezprawia lub do zachowania odpowiadającego temu rozpoznaniu, jeżeli to wynika z zakłóceń chorobowych, głębokiego zakłócenia świadomości lub innego ciężkiego upośledzenia umysłowego". W tym określeniu zawarto wprost zasadę koincydencji czynu i zdatności do ponoszenia winy, do której odwołują się liczni autorzy rozpraw poświęconych tzw. zawinieniu na przedpolu czynu zabronionego oraz innych koncepcji, które zmierzają do uzasadnienia odpowiedzialności karnej w sytucji braku tej koincydencji.

Na gruncie systemu prawa karnego, który z zasady koincydencji czynu i zdatności do zawinienia czyni fundament odpowiedzialności powstają bowiem problemy przypisywania winy w sytuacjach gdy za ukaraniem przemawiają względy polityki karnej albo też rezygnacji z sankcjonowania takich zachowań, w których ta koincydencja nie zachodzi. Problemy te są różnie rozwiązywane. W szczególności w systemie anglosaskiego prawa karnego odwołanie się do prawa zwyczajowego np. dla uzasadnienia karalności sprawcy, który upił się do nieprzytomności aby w tym stanie równoznacznym z niezdatnością do zawinienia dokonać kradzieży albo zgwałcenia i inn. czynów, jest

4. Określa natomiast jej funkcje odnośnie wymiaru kary (§ 46).

5. J.j. § 16, 17, 19, 20, 21, 35.

6. Przepis ten stanowi, że „Czyn może podlegać karze tylko wówczas, gdy przed jego popełnieniem był zagrożony karą przez ustawę" z przepisów StGB wynika natomiast, że tylko czyny zawinione są zagrożone karami.

7. Zasadę winy wyrażają wprost przygotowane projekty Konstytucji RP.

uznawane za wystarczającą podstawę do przypisywania sprawcy popełnionego przez niego czynu. W gruncie rzeczy nauka niemiecka sięga w koncepcji actio libera in causa do prawa zwyczajowego[8], modyfikując jedynie teoretycznie konstrukcję dla pozornego uzasadnienia zgodności zachowania z zasadą winy[9], w których przywiązuje się większą wagę do określania warunków w jakich można sprawcy przypisać popełnienie przestępstwa aniżeli do kwestii czy warunkiem przypisania jest koincydencja czynu i zdatności do przypisania, czy nie można z niej zrezygnować jako warunku przypisania winy.

Neumann w swych rozważaniach wyraża pogląd, że w związku z modelami opartymi na alic na uwagę zasługuje rozwiązanie zawarte w art. 12 szwajcarskiego k.k., które ustanawia wyjątek od zasady koincydencji czynu i zdatności do ponoszenia winy, wg którego przepisy art. 10 i 11 (dotyczące następstw prawnych niepoczytalności i poczytalności ograniczonej)[10] „nie mają zastosowania, jeżeli sprawca sam spowodował ciężkie zaburzenie lub zakłócenie świadomości po to, aby w tym stanie popełnić przestępstwo". Taka formuła była znana polskiemu kodeksowi karnemu z 1932 r., który w art. 17 § 2 stanowił, że § 1, dotyczącego prawnych następstw niepoczytalności „nie stosuje do przypadku, gdy sprawca wprawił się umyślnie w stan zakłócenia czynności psychicznej po to by dokonać przestępstwa". Jego odpowiednik dotyczący nie stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w razie gdy ograniczenie zdolności do ponoszenia winy było „skutkiem odurzenia, wynikającego z winy sprawcy" określał art. 18 § 2[11]. Przepisy te wprowadzały zatem konstrukcję umyślnej alic. Za-

8. H. H. Jescheck, Lehrbuch AT, 1988, s. 401 i cyt. tam literatura.

9. Por. w szczególności M. Hettinger, Die actio libera in causa, Berlin 1988, s. 433 i n. U. Neumann: Zurechnung und „Ververschulden", 1985, s. 176, 269 i n., por. też: Konstruktion und Argument in neueren Diskusdion zur. actio libera in causa (w) FA für Arth. Kaufmann, 1993, s. 593.

10. U. Neumann, Konstruktion, op. cit., s. 591.

11. Makarewicz utożsamia „zawinione odurzenie" ze świadomym działaniem prowadzącym do odurzenia, J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, 1935, s. 80.

równo dokryna, jak i orzecznictwo SN wiązało użyty w art. 17 § 2 zwrot z umyślną alic, ale obejmując nim także nieumyślnie popełnione przestępstwo[12]. Istota tak ujętej alic oznacza zerwanie z zasadą koincydencji zachowania oraz zdolności do ponoszenia winy, a biorąc pod uwagę psychologiczną teorię winy, która winę identyfikuje z umyślnością (nieumyślnością) można ją traktować jako przesunięcie bycia winnym na przedpole czynu zabronionego, ew. jako wyjątek od zasady koincydencji lub wprost - od zasady winy uzasadniony względami polityki kryminalnej.

Na początku XX w. nie akcentowano bowiem zasady koincydencji zachowania oraz zdatności do ponoszenia winy, nie traktowano jej za fundament winy (ew. przypisania winy), rzeczą istotną było bowiem samo uzasadnienie odpowiedzialności za zachowanie, które w czasie realizacji czynu zabronionego było wprawdzie wykonane bez rozpoznania znaczenia czynu oraz możliwości adekwatnego do tego rozpoznania sterowania swym zachowaniem, które znajdywano w umyślnym spowodowaniu własnej niezdatności do ponoszenia winy. Pamiętać też należy, że od końca XIX toczył się istotny spór wokół dylematu polityki karnej: wina czy zasada ochrony społecznej ma decydować o karze oraz jej rozmiarze. Ten dylemat został rozstrzygnięty na korzyść zasady ochrony społecznej[13]. Taki kierunek rozwiązania był konsekwencją wzrastającego zagrożenia związanego z popełnianiem przestępstw w stanie nietrzeźwości, wzrostem spożywania alkoholu, rozwojem komunikacji, techniki i technologii w ogóle, z czym wiązały się różne zagrożenia dla chronionych prawem karnym wartości. W efekcie, nietrzeźwość, która pod koniec ub. wieku była traktowana jako okoliczność łagodząca, stała się istotnym czynnikiem składowym konstrukcji normatywnej alic. Skutkiem tych zmian było powołanie się na nieumyślną alic tylko w związku z przestępstwami

12. Makarewicz przytacza przykłady nieumyślnych zachowań woźnicy, szofera, maszynisty, op. cit., s. 78.

13. J. Sawicki, A. Flautau-Kowalska, Alkohol w prawie karnym, 1958, s. 17.

przeciw życiu oraz traktowanie alic za rozwiązanie paliatywne. Aschaffenburg wzywał do zerwania z zasadą winy w ogóle w odniesieniu do przestępstw związanych z nietrzeźwością, z uniewinnianiem każdego pijaka nietrzeźwego, jego zdaniem należy raczej pogwałcić zasadę winy,niż pozwalać im na uprawianie czynów gwałtownych w stosunku do społeczeństwa[14].

Polski k.k. z 1932 r. przywiązywał dużą wagę do zasady winy, twierdzono wręcz, że był „przepojony subiektywizmem". Nic zatem dziwnego, że konstrukcja alic nie odegrała w nim większej roli, ani w teorii prawa karnego, ani też w praktyce sądowej. Nie zachodziła bowiem teoretyczna potrzeba szukania merytorycznej podstawy dla przypisania czynu zbronionego, poza tą konstrukcją alic, ani też innego rozwiązania dla uzasadnienia odpowiedzialności na przedpolu czynu zabronionego[15]. Rola doktryny sprowadzała się do komentowania i wyjaśniania zakresu zastosowania alic. Nigdy też nie powstał w praktyce problem niemyślnej alic[16]. Być może, traktowano konstrukcję alic za usprawiedliwioną z punktu widzenia polityki kryminalnej, w odniesieniu do spowodowanego upicia się prowadzącego do niezdatności do ponoszenia winy, w konsekwencji karnej odpowiedzialności (choć w komentarzach przytaczano szerszy zakres okoliczności, np.: narkotyki, które mogą prowadzić do wyłączenia zdatności do ponoszenia winy w czasie realizacji znamion czynu zabronionego na skutek uprzedniego zachowania się. Nie podejmowano też prób tworzenia konstrukcji normatywnych usprawiedliwiających przyjęte rozwiązanie w postaci wyjątku od zasady koincydencji realizacji czynu zabronionego oraz zawinienia, co wszak w warunkach traktowania winy jako faktu stwierdzalnego bytu w postaci przeżycia

14. Aschaffenburg, Alkoholgenuss und Verbrechen, ZStW 1900, s. 80, cyt. za J. Sawicki, A. Flatau-Kowalska, op. cit., s. 20.

15. O czym pisałem w pracy: Zawinienie na przedpolu prawa karnego, Wybrane problemy, Przegląd Prawa Karnego, nr 12/1995, s. 5 i n.

16. J. Sawicki, A. Flatau-Kowalska, op. cit., s. 141 i n.

psychologicznego w chwili realizacji znamion czynu musiało być czymś co wymaga refleksji, skoro ten stan winy (zamiar) zachodził tylko w czasie poprzedzającym realizację znamion czynu zabronionego. Być może traktowano alic jako rodzaj sprawstwa pośredniego, na co wskazuje wzmianka związana z charakterystycznym przykładem alic, w którym początek czynu wyznaczono na moment rozpoczęcia wprowadzania się w stan niepoczytalności, którego następstwem jest użycie własnej osoby dla popełnienia czynu zabronionego, już w momencie wykonywania go w stanie niezdatności do ponoszenia odpowiedzialności. Takie zachowanie jest współcześnie traktowane w części niemieckiej doktryny jako model sprawstwa pośredniego co do realizacji znamion czynu w stanie niezdatności do zawinienia, spowodowanej uprzednim zachowaniem się sprawcy[17].

2. Pojęcie zawinienie na przedpolu czynu zabronionego, jest nieścisłe, obejmuje bowiem kilka problemów, które nie są rozwiązywane tylko wg konstrukcji alic. Należą do nich te, które wprost do zasady alic nawiązują, bez względu na kwestię ustawowego oparcia dla tej drogi, tj. przestępstwo odurzenia powodującego wyłączenie winy lecz uzasadniającego odpowiedzialność karną (Vollrauschdelikt), znane ustawodawstwu niemieckiemu (§ 323 a), austriackiemu (§ 287) oraz szwajcarskiemu (art. 263), afekt zawiniony, zawinienie stanu wyższej konieczności lub obrony koniecznej oraz tzw. wypadki zawinionego podjęcia się czynności bez przygotowania (Übernahmeverschulden)[18]. Objętość tej pracy nie pozwala na zajęcie się wszystkimi wymienionymi tu problemami roztrzygniętymi wg konstrukcji alic. Skoncentrujemy się zatem na tych problemach alic, które są po pierwsze związane z zasadą koincydencji czynu oraz zawinienia, po drugie na problemach powstających na gruncie polskiego prawa karnego, w związku z odmiennym niż w k.k. 1932 r. (art.

17. C. Roxin, Strafrecht, AT, 1992, s. 580 i n.

18. Szerszy zakres problematyki Vorverschulden uwzględniam w pracy: Zawinienie, op. cit., s. 8 oraz cyt. tam literatura.

17 § 2, 18 § 2) rozwiązaniem dotyczącym popełnienia czynu zabronionego w stanie niezdatności do bycia winym (art. 25 § 3 k.k. 1969 r.). Pominiemy natomiast całkowicie problemy związane z przestępstwem odurzenia, powodującego wyłączenie winy lecz uzasadniającego odpowiedzialność karną, mimo ich związku z zasadą winy, ściślej biorąc brakiem winy, co podnosi Arth. Kaufmann[19]. Taki typ przestępstwa bowiem nie występuje w polskim kodeksie, choć projekt odpowiedniego przepisu pojawił się w projekcie k.k. z 1963 r.[20]

Podzielając pogląd Neumanna, że ten, kto chce aby sprawca działający w warunkach alic podlegał karze mimo unormowania § 20 StGB, ten musi sformułować regułę wyjątku od tego unormowania i uzasadnić jej obowiązywanie jako reguły prawnej[21]. Tej problematyki dotyczy bowiem b. obszerna literatura w języku niemieckim, przede wszystkim zaś autorów niemieckich, w której sformułowano takie reguły oraz podjęto różnorakie próby uzasadnienia ich obowiązywania jako reguł prawnych. Nie sposób dokonać ich szczegółowej analizy z braku miejsca[22], ograniczymy się zatem do charakterystyki współczesnych poglądów związanych z przypisaniem odpowiedzialności za popełnienie czynu zabronionego mimo niezdatności do ponoszenia tej odpowiedzialności w czasie jego realizacji spowodowanej przez sprawcę uprzednim zachowaniem umyślnym, odnotowując jednak zarzuty stawiane poszczególnym konstrukcjom teoretycznym (modelom) tę odpowiedzialność uzasadniającym. Stwierdzimy też na wstępie za Roxinem, że zarówno w doktrynie, jak też i orzecznictwie

19. Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik, 1983, s. 229 i n.

20. Art. 411, ujęty podobnie jak § 323 a StGB. Odrzucenie tej konstrukcji w proj. k.k. uzasadniano tym, że jest oparta na fikcji winy, nie daje spodziewanych efektów oraz że prowadzi do pewnych komplikacji w praktyce sądowej (Uzasadnienie do proj. z 1968 r. s. 105).

21. Konstruktion und Argument, op. cit., s. 582.

22. Ani też przedstawić wszystkie modele możliwych rozwiązań, ograniczymy się zatem do współcześnie najważniejszych.

BGH dominuje pogląd przyjmujący odpowiedzialność sprawcy niezdatnego do ponoszenia winy w czasie czynu na podstawie konstrukcji teoretycznej alic[23], choć na jej uzasadnienie powołuje się różne konstrukcje teoretyczne[24].

3. U. Neumann prezentując modele mające uzasadnić wg teorii prawa karnego odpowiedzialność sprawcy, który w chwili czynu realizującego znamiona zakresu normy sankcjonującej stawia na pierwszym miejscu model przesuniętej realizacji znamion typu (Tatbestandsmodell), wg którego sprawca realizujący owe znamiona w stanie niezdatności do ponoszenia winy spełniał je w postaci usiłowania już w momencie actio praecedens. Innymi słowy relizacja znamion typu zostaje przesunięta na etap upijania się (zażywania narkotyków itp.), tj. zdatności do ponoszenia winy[25]. Taki pogląd prowadzi do wniosku, że ukaranie nie koliduje wtedy z zasadą koincydencji ($ 20). Roxin, który temu modelowi poświęcił najwięcej uwagi, sądzi, że mimo pewnych trudności, z którymi się wiąże droga do ukarania sprawcy niepoczytalnego w czasie realizacji znamion czynu, który sam się w ten stan wprawił prowadzi tylko przez model typu czynu. Twierdzi też, że sprawca nie musi być przez cały czas usiłowania zdolny do ponoszenia winy, wystarcza, że na początku usiłowania tę zdolność posiada. Tej koncepcji zarzucano, że ten kto się upija nie osiągnął jeszcze takiego etapu zachowania, które spełniałoby warunki usiłowania określone w § 22, nie zmierza bowiem bezpośrednio do dokonania[26]. Dalsze zarzuty to nieodpowiedniość tego modelu w odniesieniu do ograniczonej zdatności do ponoszenia odpowiedzialności (§ 21), trudność udowodnienia kauzalności tego upicia się, gdyż nie da się wykluczyć, że sprawca także w stanie trzeźwości popełniłby

23. Roxin, op. cit., s. 577 i n. Jescheck, Lehrbuch des Strfrechts, s. 201.

24. Zob. Neumann, op. cit. s., 582 i n.

25. Op. cit., s. 582.

26. Hettinger, Die actio libera in causa, 1988, s. 407

czyn zabroniony, że należy wychodzić z założenia, że sterowanie własnym zachowaniem przez trzeźwego i psychicznie zdrowego człowieka przebiega odmiennie niż u upitego do nieprzytomności[27]. Drugorzędny charakter ma zarzut o wykluczeniu odstąpienia od usiłowania.

Poważniejsze zarzuty wiążą się z porównywaniem sytuacji usiłowania popełnienia czynu zabronionego przez wprowadzenie się w stan niezdatności do ponoszenia winy przez upicie się do sprawstwa pośredniego[28]. Przez doprowadzenie się do stanu niezdatności do ponoszenia winy sprawca czyni z siebie samego „nieodpowiedzialne narzędzie" i nie panuje nad dalszym przebiegiem zdarzeń[29]. Zaś to wypuszczenie z rąk biegu rzeczy oznacza uruchomienie ciągu przyczynowego prowadzącego do popełnienia czynu zabronionego w stanie niezdatności do ponoszenia winy. Tego rodzaju operację zmiany charakteru sprawcy nazywa Neumann rozmnożeniem sprawcy (klonowaniem), które nie jest w stanie uzasadnić tej konstrukcji, stanowi faktycznie obejście a nie rozwiązanie problemu przypisania zachowania wykonanego w stanie niezdatności do ponoszenia odpowiedzialności[30]. Szczególne problemy z konstrukcją sprawstwa pośredniego powstają także w związku z przestępstwami indywidualnymi oraz wieloaktowymi czynami.

4. Kolejny model uzasadnienia odpowiedzialności w ramach alic został nazwany modelem rozszerzenia („Ausdehnungsmodell") pojęcia czynu z § 20 StGB na czynność przygotowawczą, obejmującą doprowadzenie się do niezdatności do ponoszenia winy[31], co wiąże się z oddziaływaniem samego pojęcia czynu z § 20 StGB od zachowania

27. Neumann, Konstruktion, op. cit., s., 584.

28. Wg H.H. Jeschecka zachodzi w tym wypadku paralela do sprawstwa pośredniego, a nie rzeczywiste sprawstwo pośrednie, Strafrecht, op. cit., s. 584.

29. Roxin, Strafrecht, op. cit., s. 578, por. też Jescheck, op. cit., s. 403.

30. Neumann, Konstruktion, op. cit., s. 585, por. też Hettinger, op. cit., s. 447.

31. Autorstwa Strenga, ZStW 101 1989, s. 273.

określonego w typie czynu i przesunięcie jego początku przed stadium usiłowania, oraz zaliczenie go do przygotowania. Oznacza to w ramach konstrukcji alic, że uczynienie się niezdatnym do ponoszenia winy jest obejmowane przez stadium przygotowania. Uzasadnieniem dla tej koncepcji ma być funkcjonalne ujęcie winy, wg którego wina nie jest właściowością sprawcy w czasie czynu lecz stanowi akt przypisania na podstawie wymogów stabilizacji życia społeczeństwa. W konsekwencji do czynu w znaczeniu § 20 należy nie tylko sam zamach na przedmiot czynu zabronionego lecz już samo sprowadzenie stanu niezdatności do ponoszenia winy, naruszające normę sankcjonowaną. Streng, w odróżnieniu od modelu zawartości bezprawia zalicza spowodowanie stanu niezdatności do ponoszenia winy nie do stanu rzeczy należącego do bezprawia (Unrechtstatbestand) lecz wyłącznie do do stanu rzeczy bycia winnym (Schuldtatbestand - przesłanek bycia winnym, jak byśmy to wg polskich pogłądów na normatywną winę określili)[32], co wg Strenga nie przekreśla możliwości do zaliczenia go z kolei do typu bezprawia[33].

Sam pogląd, że stwierdzenie winy nie ma charakteru opisującego lecz przypisujące winę nie budzi zastrzeżeń z punktu widzenia czysto normatywnego ujęcia winy. Kwestia czy oraz do jakiego stopnia można zarzut winy opierać na zachowaniu wyprzedzającym realizację znamion typu to pytanie o treść a nie z góry daną strukturę reguł subiektywnego przypisania. Funkcjonalne ujęcie winy określa przesłanki winy aby przypisanie jej spełniało wymogi stabilizacji norm w społeczeństwie. Wg Strenga do tych wymogów należy karanie wg alic, zatem określony przez niego model jest modelem rozszerzania zakresu użytego w § 20 zwrotu „przy popełnianiu czynu", co zdaniem Neumanna budzi wątpliwości[34].

32. Neumann, Konstruktion. op. cit., s. 586.

33. Jak twierdzi Neumann, op. cit., s. 586.

34. Neumann, op. cit., s. 588.

Po pierwsze z tego powodu, że tak rozumiane ujęcie winy, bezpośrednio zależne od potrzeb karania ocenianych wg reguł społecznych traci swój krytyczny potencjał. Pogląd, że dopiero zarzut zawinienia konstytuuje winę nie prowadzi do wniosku, że ten zarzut ma być sformułowany tylko na podstawie socjalnoetycznych imperatywów, gdyż zarzut zawinienia może być tylko wtedy usprawiedliwiony, kiedy leżące u podstawy oceniania reguły mogą być udowodnione jako reguły sprawiedliwego przypisania. Zatem zasada: „w sposób zawiniony zachowuje się ten, kto musi być ukarany ze względów na stabilizację norm", nie może funkcjonować w dogmatyce prawa karnego w państwie prawnym[35]. Neumann stawia Strengowi drugi zarzut, że nie uzasadnił jaki związek ma funkcjonalna wina z ekstensywną interpretacją pojęcia czynu określonego w § 20 STGB. Zarzuca także, że faktycznie jego wywody prowadzą do rozszerzenia zakresu typu bezprawia, a nie stanu rzeczy zawinienia (Schuldtatbestand), bowiem chodzi o to co w związku z § 20 ma być sprawcy zarzucane, a nie o to z jakiego powodu ma być przedmiotem zarzutu pod adresem sprawcy[36].

4. Na koniec pozostał model uzasadniający karalność czynu zrealizowanego w warunkach niezdatności do ponoszenia winy na podstawie formuły alic, nazwany modelem wyjątku (Ausnahmemodell), z uwagi na fakt, że się otwarcie twierdzi, że ten wyjątek dotyczy takiego stanu rzeczy, w którym w czasie realizacji znamion czynu zabronionego sprawca był niezdatny do ponoszenia odpowiedzialności na skutek wcześniejszego upicia się lub też wyłączenia zdatności do ponoszenia winy w inny sposób, np. zażycie narkotyku. Oznacza to oczywiście brak koincydencji z § 20 StGB, pytanie jednak brzmi czy de lege lata taki wyjątek jest uzasadniony. Jest to najstarszy model wyjątku, opracowany przez Hruschkę, który usprawiedliwiał go od-

35. W tej kwestii Neumann odwołuje się do Arth. Kaufmanna: Schuld und Prävention, w: FS für R. Wasseimann, 1985, s. 889 i n.

36. Naumann, op. cit., s. 588.

wołując się do prawa zwyczajowego oraz do „teleologicznej redukcji treści § 20 StGB[37]. Otwarcie stwierdzić trzeba, że główną rolę w usprawiedliwieniu tego wyjątku pełniło prawo zwyczajowe, uzasadniane przez wielu autorów, począwszy od Kleinschroda[38], ale bez Feuerbacha[39] oraz całej plejady innych autorów, nie wyłączając współczesnych[40]. Nie bez znaczenia pozostawały też względy kryminalno-polityczne choć ich wprost nie artykułowano. Współcześnie stawia się ten problem w kontekście art. 103 ust. 2 Konstytucji RFN, który ustanawia zasadę ustawowego określenia zasad odpowiedzialności. Neumann twierdzi, że de lege lata ten model wyjaśnia wyjątek, ale nie uzasadnia go. W konsekwencji odchodzi się od jego stosowania w takich sytuacjach do konstrukcji Rauschdeliktu (§ 323a StGB)[41], co prowadzi do niespójności tego rozwiązania z poczuciem prawnym oraz uznanymi zasadami prawnymi[42]. Problem ten nie został jednak definitywnie rozstrzygnięty, skoro do systemu prawa zalicza się inne zasady, mimo że nie mają oparcia w pozytywnym prawie[43], chodzi wszak o zasady przypisania, a nie o wykładnię przez analogię do sty-

37. Hruschka, Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit, JuS 1968, s. 554 i n. cyt. za Naumann, op. cit., s. 590.

38. Jescheck twierdzi, że to właśnie Kleinschrod położył fundamenty pod koncepcję alic w pracy: Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwarheiten des peinlichen Rechts I. Teil, 1794, Strrafrecht, op. cit., s. 402.

39. Hettinger krytykując model przypisania wg wyjątku od § 20 (Ausnahmemodell der Schuldvorlegung) z uwagi na kolizję z prawem pisanym powoływał się na Feuerbacha, który odrzucał zwyczaj będący w kolizji z ustawą, op. cit., s. 445.

40. Hettinger przytacza także licznych autorów współczesnych oraz starszych, zajmujących się prawem karnym oraz konstytucyjnym, którzy są przeciwni opieraniu odpowiedzialności karnej na zasadzie zwyczajowej op. cit., s. 444 i n.

41. Neumann, op. cit., s. 590.

42. Neumann krytycznie ocenia także propozycję Schmidhausera, dotyczącą rozwiązania kolizji modelu od koincydencji wg § 20 na płaszczyźnie modelu bezprawia (Unrechtsmodel), który miałby polegać na uwzględnianiu materialnej zawartości bezprawia (Schmidhauser, Die actio libera in causa). Zdaniem Neumanna bowiem budzi ona podobne zastrzeżenia z punktu widzenia art. 103 ust. 2 GG, jak model zaproponowany przez Strenga, Neumann, op. cit., s. 589.

43. Zob. literatura przytaczana przez Neumann, s. 590 i n.

pizowanych naruszeń norm prawnych. Takie rozwiązanie de lege ferenda mogłoby mieć miejsce na wzór rozwiązania art. 12 Sch. Str. GB, jak twierdzi Neumann. Taka ustawowa zmiana której celem byłoby jedynie usunięcie kolizji z zasadą ustawowej określoności odpowiedzialności w sytuacji alic prowadziłaby jednak tylko do „zacementowania" a nie rozwiązania problemu[44]. Po tych rozważaniach pora na porównawcze przedstawienie problemów związanych z niezdatnością sprawcy do ponoszenia winy oraz innych z nią związanych, nie obejmowanych formułą alic w jej znaczeniu do tej pory prezentowanym.

5. Jak już podniesiono, konstrukcja alic nie odegrała w polskiej teorii prawa karnego oraz w orzecznictwie SN w okresie międzywojennym większej roli. Stan ten zmienił się dość istotnie w latach 50-tych, co wiązało się z jednej strony z trudnościami udowodnienia sprawcy, że on wprawił się w stan zakłócenia czynności psychicznych umyślnie „po to aby dokonać przestępstwa" (art. 17 § 2), z drugiej zaś z znacznym wzrostem przestępstw związanych z komunikacją, popełnianych w stanie nietrzeźwości. Próbą rozwiązania problemu była uchwała SN podjęta w pełnym składzie sędziów, która wbrew wyraźnemu brzmieniu art. 17 § 2 stanowiła, że przepisu o niezdatności do ponoszenia winy (art. 17 § 1) nie stosuje się także wówczas, gdy sprawca przewidując możliwość skutków przestępnych swego opilstwa godził się na nie (SN 1/1951), co oznaczało sprzeczne z zasadą nullum crimen sine lege rozszerzenie alic na sprowadzenie niezdatności do ponoszenia winy przez nadużycie alkoholu z zamiarem ewentualnym, a więc w duchu ochrony społecznej. Sądy niższe niejednokrotnie szły jeszcze dalej rozszerzając formułę alic na nieumyślne sprowadzenie niezdatności do ponoszenia winy[45]. W tym kierunku poszedł projekt k.k. z 1955 r., który wyraźnie wprowadzał nieumyślną alic, statuując odpowiedzialność sprawcy przestępstwa,

44. Naumann, op. cit., s. 591.

45. J. Sawicki, A. Flatau-Kowalska, op. cit., s. 120.

który znajdując się w stanie zakłócenia czynności psychicznych „uświadamiał sobie skutki odurzenia i godził się na ich nastąpienie albo jeżeli powinien i mógł je sobie uświadomić"[46]. Z tej konstrukcji normatywnej rezygnował projekt k.k. z 1963 r., wprowadzając w jej miejsce karalność Rauschdeliktu (art. 411) ujętego podobnie jak w § 323 a StGB z tym jednak, że wówczas karę wymierza się nie za Rauschdelikt, lecz na podstawie przepisu, którego znamiona sprawca zrealizował, jednak nie surowszą niż 8 lat pozbawienia wolności. Przepis ten wprowadzał nadto postanowienie, że jeżeli wg ustawy dany czyn może być popełniny „zarówno z winy umyślnej, jak i nieumyślnej, sprawca podlega karze przewidzianej za popełnienie tego czynu z winy umyślnej". Była to osobliwa konstrukcja. Wprawdzie nie przesądzano, że mimo nieumyślnej realizacji znamion czynu sprawca odpowiada za popełnionie przestępstwa umyślnego, niemniej bez przypisywania winy umyślnej przesądzano, że sprawca podlega karze przewidzianej za umyślne popełnienie tego przestępstwa (art. 411 § 2). Projekt ten stanowił także, że przepisy art. 25 § 1 określającego konsekwencje niezdatności do ponoszenia winy „nie wyłącza odpowiedzialności karnej za przestępstwo wprawienia się w stan nietrzeźwości" (art. 411). Była to zatem próba zastąpienia modelu alic odpowiedzialnością za Rauschdelikt. Już projekt k.k. w wersji z 1966 r. zrezygnował nie tylko z alic lecz także z koncepcji Rauschdeliktu. Stanowisko to podtrzymał projekt w wersji z 1968 r. (art. 25 § 3), a formę ustawy nadał mu Sejm w ustawie z 19 IV 1969 r., która do tej pory nie uległa zmianie. W uzasadnieniu do art. 25 § 3 tego projektu stwierdzono, że „od konstrukcji actio libera in causa, jako całkowicie nieżyciowej i w odniesieniu do przestępstw polegających na działaniu raczej problematycznej, odstąpiono. Nie przyjęto też (...) konstrukcji Rauschdeliktu (delictum sui generalis) polegającego na wprawieniu się w stan niepoczytalności przez spożycie napojów alkoholowych i na popełnieniu w tym stanie jakiegokolwiek czynu za-

46. Cyt. za J. Sawickim, A. Flatau-Kowalska, s. 120.

bronionego przez ustawę karną. Konstrukcja ta oparta na fikcji winy, nie daje spodziewanych efektów i prowadzi do poważnych komplikacji w praktyce"[47]. W dalszym ciągu uzasadnienia przyjętego rozwiązania twierdzi się, że należało przyznać pierwszeństwo zasadzie ochrony społecznej przed zasadą „pełnej indywidualizacji winy", co uznano za rozwiązanie zgodne ze społecznym poczuciem sprawiedliwości[48].

Omawiany § 3 art. 25 ma następujące brzmienie: „Przepisów § 1 i 2 (dotyczących niepoczytalności oraz ograniczonej w znacznym stopniu poczytalności) nie stosuje się, gdy sprawca wprawił się w stan odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności, które przewidywał albo mógł przewidzieć".

6. Na wstępie należy stwierdzić, że art. 25 § 1 ustanawia zasadę koincydencji zachowania realizującego znamiona czynu zabronionego oraz zdatności podmiotu realizującego te znamiona do ponoszenia odpowiedzialności (analogicznie odnośnie ograniczonej w znacznym stopniu zdatności). Stwierdzić też trzeba, że po stronie sprawcy muszą zachodzić pozostałe przesłanki, od których spełnienia zależy przypisanie zawinienia (bycia winnym) realizacji tych znamion czynu zabronionego. Wreszcie, że zachodzi odurzenie się sprawcy powodujące wyłączenie (ograniczenie) poczytalności. Po czwarte, że to odurzenie wyłączające (ograniczające) poczytalność skutkuje niestosowaniem § 1 art. 25 (art. 25 § 2), co oznacza ponoszenie odpowiedzialności przez sprawcę za popełniony czyn, tak jak gdyby on znajdował się w stanie zdatności do ponoszenia odpowiedzialności (analogicznie wykluczenie możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary w razie ograniczonej zdatności do ponoszenia winy).

47. Warto wspomnieć, że w niemieckiej nauce rozwiązanie zawarte w § 323a spotyka się także z krytyką z powodu kolizji z zasadą winy np. Arth. Kaufmann, Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ 1963, s. 425 i n. oraz z propozycją przesunięcia do wykroczeń, Hettinger, op. cit., s. 451.

48. Uzasadnienie do proj. kk. z 1968 r., s. 105.

Aby wyakcentować różnice w odniesieniu do konstrukcji alic trzeba szerzej scharakteryzować wymienione przesłanki ściśle związane z § 3 art. 25 k.k. Otóż tę konstrukcję stosuje się zarówno do przestępstw materialnych, formalnych, umyślnych, jak również nieumyślnych. Przepis ten bowiem nie ogranicza zakresu jego stosowania, brak zatem podstawy do takiego ograniczenia. Obejmuje ona także przestępstwa z zaniechania, formalne i materialne (z założeniem, że odnośnie tych ostatnich sprawca musi być gwarantem nienastąpienia skutku). Zatem zakres zastosowania tej konstrukcji jest szerszy niż alic, obejmuje np.: w odróżnieniu od alic także przestępstwa własnoręczne, wieloaktowe, nieumyślne[49].

Samo wprawienie się w stan odurzenia musi mieć jednak charakter umyślny, tj. dobrowolny, związany z świadomością, że zażyty (wstrzyknięty) środek jest narkotykiem, środkiem psychotropowym, napojem alkoholowym oraz w wyniku własnej decyzji woli. Zatem wyłączona jest sytuacja przymusu, wprowadzenia w błąd co do charakteru środka[50].

Z reguły będzie chodzić o wprawienie się w stan niezdatności do ponoszenia odpowiedzialności przed czynem, ale nie można wykluczyć sytuacji, że ten stan niezdatności zostanie sprowadzony dopiero w trakcie przystąpienia do czynu zabronionego, np.: prowadzenia pojazdu, kradzieży, zgwałcenia, tj. już po sytuacji, która spełnia znamiona usiłowania, np. gdy sprawca przed włamaniem się do mieszkania wypił kilka wódek dla dodania sobie animuszu, w trakcie tego włamania lub już po włamaniu pił dalej aż do utraty zdatności do zawinienia. Aby uzasadnić jego odpowiedzialność nie ma potrzeby uciekać się do konstrukcji przesunięcia realizacji znamion typu czynu, sprawstwa pośredniego czy też funkcjonalnego ujęcia winy. Nie

49. M. Cieślak, Polskie prawo karne, wyd. II, 1994, s. 345.

50. M. Cieślak, op. cit., s. 344, W. Wolter, Nauka o przestępstwie, 1973, s. 216, L. Gardocki, Prawo karne, 1994, s. 127.

wymaga się zatem, aby to zachowanie prowadzące do zniesienia zdatności do ponoszenia odpowiedzialności (actio praecedens) miało miejsce przed zachowaniem realizującym znamiona typu czynu, w konsekwencji, aby zostało podjęte w tym celu, aby popełnić czyn zabroniony, jak to ujmował art. 17 § 2 k.k. z 1932 r. lub też z zamiarem ewentualnym. Ustawodawca nie wiąże tego wprawienia się w stan odurzenia z żadną motywacją, w konsekwencji ta konstrukcja obejmuje takie sytuacje, które wiązano z nieumyślną alic, pomijając czy była ona potrzebna dla uzasadnienia odpowiedzialności za nieumyślne popełnienie czynu zabronionego, skoro warunkiem odpowiedzialności za nieumyślne zrealizowanie znamion typu czynu jest w każdym wypadku naruszenie obowiązujących w danej dziedzinie reguł ostrożności, które może być konsekwencją niezdatności do rozpoznania znaczenia czynu lub adekwatnego do tego rozpoznania kierowania własnym zachowaniem[51].

Odpowiedzialność karna wg § 3 art. 25 k.k. nie spełnia zatem warunku koincydencji czynu oraz winy. Jest zatem konstrukcją uzasadniającą odpowiedzialność bez winy czynu spełniającego znamiona typu oraz bezprawność zachowania. Przepis ten wymaga natomiast, aby stan odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności był przez sprawcę przewidywany albo możliwy do przewidzenia. Owa przewidywalność (możliwość przewidywania) wyłączenia lub ograniczenia poczytalności nie jest identyczna z sytuacją bycia winnym w rozumieniu zasady winy normatywnej. Takiej winy nie tylko nie można stwierdzić jako faktu (stanu rzeczy istniejącego po stronie sprawcy w czasie czynu, ale także przypisać z uwagi na zachodzenie wg. obowiązującego prawa karnego stanu rzeczy (Schuldsachverhalt), który właśnie w sytuacji określonej w § 3 art. 25 nie zachodzi. Można ją jednak przypisać wg funkcjonalnego ujęcia winy,

51. W kwestii zbędności nieumyślnej alic odnośnie przestępstw nieumyślnych zob. Hettinger, op. cit., s. 432 oraz tam cyt. literatuta, przypis nr. 490 i 491.

która zadawala się często formalnym podejściem do stwierdzenia relacji bycia winnym wg danego systemu[52]. Odnotować jednak trzeba, że wprawdzie odpowiedzialność za popełnienie czynu zabronionego nie zależy od winy sprawcy, to jednak nie ma ona charakteru niezależnego od przeżyć w sferze intelektualnej sprawcy, zakładających możliwość przestrzegania norm sankcjonowanych prawa karnego. Sprawcy bowiem pozostawiono możliwość wyboru zachowania powodującego wyłączenie (ograniczenie) jego zdatności do ponoszenia odpowiedzialności albo też rezygnacji z niego w sytuacji przewidywania lub możliwości przewidywania konsekwencji nadużywania alkoholu, lub środków odurzających. Wprawdzie orzecznictwo sądów niejednokrotnie nie udowadnia oskarżonemu owego przewidywania (możliwość przewidzenia) wyłączenia poczytalności lecz się ją domniemywa[53], niemniej na sądzie ciąży obowiązek ustalenia świadomości sprawcy, że dane wprawienie się w stan odurzenia wyłączy jego poczytalność (lub ją w znacznym stopniu ograniczy). Nie dotyczy to tzw. patologicznego upojenia[54].

W kwestii charakterystyki tej konstrukcji zgodność poglądów panuje, że mamy tu do czynienia z limitowaną obiektywną odpowiedzialnością nie zależną od winy sprawcy[55], która jednak nie pomija całkiem „winy sprawcy"[56], że jest wyrazem pewnego kompromisu uwzględniającego subiektywne nastawienie sprawcy[57]. To rozwiązanie nie stanowi jednak odpowiednika modelu wyjątku od zasady koincydencji winy i czynu (Ausnahmemodel), lecz wyjątek od zasady winy. Nie przypomina też rozwiązania „Rauschdeliktu" przyjętego w

52. K. Buchała, A. Zoll, Polskie prawo karne, 1995, s. 235-236.

53. M. Filar, Glosa, WPP 2/1979.

54. Por. Cieślak, Polskie prawo karne, s. 345, Gardocki, Prawo karne s. 127.

55. Wolter, Nauka o przestępstwie, op. cit., s. 216.

56. Cieślak, op. cit., s. 345.

57. K. Buchała, Zawinienie na przedpolu czynu zabronionego, Wybrane problemy, PPK 12/1995 s. 13.

ustawodawstwie RFN, Austrii, Szwajcarii[58], gdyż nie ustanawia szczególnego typu czynu wprawienia się w stan odurzenia (Rausch), lecz ustanawia genaralną zasadę odpowiedzialności w razie wprawienia się w stan odurzenia powodujący wyłączenie lub ograniczenie poczytalności[59], w konsekwencji nie wprowadza odrębnej sankcji za samo wprawienie się w stan odurzenia, jak to ma miejsce w sytuacji Rauschdeliktu[60], wreszcie wprowadza warunek odpowiedzialności mimo niezdatności do ponoszenia winy (ograniczonej zdatności) w postaci przewidywania lub co najmniej możliwości przewidzenia, że dane zażycie środków odurzających doprowadzi do wyłączenia (ograniczenia) poczytalności. Bezsporne jest natomiast, że u podstawy tego rozwiązania, jak też Rauschdeliktu (alic w różnych modelach) znajdują się względy prewencji generalnej pozytywnej, ew. także zaspokojenie poczucia sprawiedliwości.

Pewne wątpliwości mogą natomiast wiązać się ze zwrotem „wyłączenie lub ograniczenie poczytalności, które przewidywał albo mógł przewidzieć". Wydaje się, że ten zwrot nie wiąże się z umyślną oraz nieumyślną realizacją znamion czynu zabronionego, popełnionego przez sprawcę ani też zachowaniem będącym „wprawieniem się" w stan odurzenia albo z skutkami w postaci wyłączenia albo ograniczenia poczytalności. Chodzi natomiast o granicę przypisywalności stanu odurzenia, w postaci możliwości jego przewidzenia, która musi być jednoznacznie określona. To zróżnicowanie podstawy subiektywnej przypisania może być traktowane odpowiednio przy wymiarze kary za popełnione przestępstwo.

6. W nauce niemieckiej spotykamy cały szereg rozwiązań dotyczących ograniczenia prawa do obrony koniecznej w sytuacji przy-

58. Wyż. cyt. art. 263.

59. Ew. i oraz popełnienia w tym stanie jakiegokolwiek przestępstwa.

60. Lecz stosuje się sankcję przewidzianą w typie czynu, którego znamina sprawca zrealizował, konkretny wymiar kary zależy od uznania sądu.

czynienia się do zamachu. Jescheck twierdzi, że należy zakwestionować prawo do ochrony interesów tego sprawcy, który umyślnie doprowadził innego do zamachu (sprowokował zamach), aby pod płaszczykiem obrony koniecznej móc bezkarnie zranić (actio illicita in causa). Przytacza w tej kwestii liczne poglądy nauki i orzecznictwa, które wcale jednolicie tego problemu nie rozwiązują, od przeważających, które jego zdaniem wykluczają usprawiedliwienie takiego zranienia przez kontratyp obrony koniecznej, do takich, które częściowo zaprzeczają by w tej sytuacji zachodziła wola obrony koniecznej, część przyjmuje konstrukcję actio illicita, jako podstawę ukarania, inni wreszcie w ogóle kwestionują prawo do obrony koniecznej w takiej sytuacji[61]. Obszerniejszy zakres poglądów w tej kwestii omawia Roxin, twierdząc, że teoretyczne zainteresowanie sprowokowaną obroną konieczną jest niewspółmiernie duże w stosunku do jego praktycznego znaczenia oraz teoretycznego ładunku[62]. Wymienia m.in. stanowisko, które przyjmuje pełne prawo do obrony prowokatorowi, inni chcą zabowiązać sprowokowanego do uchylenia się przed prowokacją, inni traktować prowokatora za odpowiedzialnego umyślnego spowodowania skutku i in.

Tego bogactwa poglądów związanych ze sprowokowaną obroną konieczną nie spotykamy w polskiej nauce prawa karnego. Poglądy jej można podzielić na dwie grupy, pierwsza, która wyklucza a limine obronę konieczną, różnie zresztą uzasadniając to stanowisko, oraz druga, która dopuszcza obronę konieczną, różnicując sytuacje jakie mogą się wiązać z motywacją prowokującego. Wolter twierdzi, że prowokatorowi nie przysługuje obrona konieczna, gdyż prowadziłoby to do nadużycia prawa[63]. A. Marek twierdzi, że ten prowokujący zamach sam jest sprawcą wykonującym zamach na dobro innej osoby,

61. H. Jescheck, Strafrecht, op. cit., s. 310 oraz cyt. tam literatura.

62. C. Roxin, Strafrecht, op. cit., s. 429.

63. W. Wolter, Nauka o przestępstwie, op. cit., s. 175.

wobec czego nie może się powołać na obronę konieczną[64]. A. Zoll twierdzi, że w sytuacji sprowokowanej obrony koniecznej brak jest motywacji odpierania zamachu, co wyklucza możliwość powołania się na obronę konieczną[65]. Natomiast Gardocki wyłącza możliwość powołania się na obronę konieczną przez tego prowokatora, który celowo prowokował do zamachu aby wykorzystując agresję zabić sprowokowanego. W sytuacjach gdy brak takiej motywacji nie wyklucza prawa do obrony tego kto agresję sprowokował, np. swym nieumyślnym zachowaniem się[66]. Podobny jest w istocie pogląd Cieślaka, który w sytucji celowej prowokacji nie przyznaje prawa do obrony koniecznej, natomiast nie wyłącza prawa do obrony koniecznej tego, który bez zamiaru prowokowania sytuacji koniecznej powoduje atak przeciwko sobie, zwłaszcza gdy siła ataku jest niewspółmierna w stosunku do przyczyny[67].

7. Stan wyższej konieczności wyłączający winę został ujęty w art. 23 k.k. odmiennie niż to nastąpiło w § 35 StGB. W szczególności krąg uprzywilejowanych wartości podlegających ochronie w bezpośrednim, grożącym im niebezpieczeństwie obejmuje życie, zdrowie oraz wolność i został odniesiony tylko do podmiotu odwracającego niebezpieczeństwo czynem sprzecznym z prawem oraz osób będących członkami jego rodziny. Przepis deklaruje, że sprawca nie ponosi winy, jeżeli grożące niebezpieczeństwo nie mogło być w inny sposób odwrócone, a odwracający sam tego niebezpieczeństwa nie sprowadził, ani też nie miał szczególnego obowiązku narażania się na niebezpieczeństwo (§ 35 ust. 1). Polski k.k. (art. 23) stanowi, że działający w stanie wyższej konieczności nie popełnia przestępstwa, jeżeli zostały spełnione przesłanki nim określone (bezpośrednie nie-

64. A. Marek, Obrona konieczna w prawie karnym, 1973, s. 75.

65. A. Zoll (w) K. Buchała, Zb. Ćwiąkalski, M. Szewczyk, Komentarz do kodeksu karnego, wyd. II, s. 165.

66. L. Gardocki, Prawo karne, op. cit., s. 11.

67. M. Cieślak, Polskie prawo karne, op. cit., s. 223.

bezpieczeństwo grożące jakiemukolwiek dobru, działanie celem jego odwrócenia, niemożność jego odwrócenia w inny sposób oraz wartość dobra poświęconego nie oczywiście większa od ratowanego)[68]. Tenże art. 23 nie zawiera zatem negatywnego warunku sprowadzenia niebezpieczeństwa przez podmiot odwracający je. Ten warunek nie ponoszenia winy jest jednak formułowany przez teorię prawa karnego oraz praktykę sądową, choć w różnej postaci.

Auscaler jest zdania, że można powołać się na stan wyższej konieczności wyłączający winę, nawet jeżeli został spowodowany przez ratującego dobro prawne[69], podobny pogląd wypowiada Gubiński[70]. Powołanie się na ratowanie dobra prawnego, któremu grozi niebezpieczeństwo wyklucza generalnie Makowski w razie sprowadzenia tego niebezpieczeństwa[71], natomiast wg innych autorów takie powołanie jest wykluczone, gdy grożące dobru prawnemu niebezpieczeństwo zostało spowodowane w tym celu, aby pod jego pozorem naruszyć dane dobro prawne (actio illicita in causa)[72], jak również wtedy gdy to niebezpieczeństwo dla dobra prawnego zostało sprowadzone w sposób zawiniony przez sprawcę[73]. Ten ostatni pogląd jest też reprezentowany przez naukę RFN[74].

8. Z zakresu problematyki zawinienia na przedpolu czynu zabronionego pozostał jeszcze problem czynów zabronionych popełnio-

68. Zatem brak jest w art. 23 ograniczenia dóbr do życia, zdrowia i wolności oraz ograniczenia kręgu osób zagrożonych do członków rodziny.

69. G. Auscaler, Stan wyższej konieczności w prawie karnym, 1953, s. 189.

70. A. Gubiński, Wyłączenie bezprawności czynu, 1982, s. 42 i n.

71. W. Makowski, Kodeks karny 1932 r. Cz. O. Komentarz, s. 84.

72. J. Bafia wyklucza możliwość powołania się na niebezpieczeństwo tylko wtedy gdy spowodował zagrożenie w tym celu aby następnie wyrządzić szkodę pod pozorem odwracania niebezpieczeństwa, Kodeks karny, Komentarz, s. 105. Podobnie Śliwiński, Prawo karne, 1946, s. 174, L. Gardocki, Prawo karne, op. cit., s. 116.

73. OSN 169/1938.

74. Podobny pogląd spotykamy w nauce niemieckiej, H. H. Jescheck, Strafrecht, op. cit., s. 436 i n. oraz cyt. literatura, C. Roxin, Strafrecht, op. cit., s. 623 i n.

nych w głębokim afekcie, który burzy struktury decyzyjne sprawcy, niejednokrotnie zdolność rozpoznawania czynu i adekwatnego do tego rozpoznania kierowania swym zachowaniem, zatem zdolność do ponoszenia winy. Dotyczy on nie tylko zabójstwa pod wpływem silnego wzburzenia, które stanowi typ uprzywilejowany w stosunku do podstawowego typu zabójstwa (art. 148 § 2), a różni się od niego znacznymi i usprawiedliwionymi okolicznościami zaburzeniem sfery emocjonalnej, lecz także innych zachowań, związanych z głębokim stresem, nienawiścią, zazdrością, strachem lub gniewem doprowadzonym do „wściekłości"[75]. Dla bytu typu uprzywilejowanego kodeks wymaga, aby to wzburzenie było usprawiedliwione okolicznościami poprzedzającymi afekt. Polska psychiatria przyjmuje, że silny afekt może wyłączyć zdatność do ponoszenia winy, jeżeli ma charakter patologiczny lub powstał na tle patologicznym, co było już przedmiotem krytyki[76], zaś orzecznictwo SN przywiązuje istotne znaczenie do okoliczności usprawiedliwiających powstanie afeku, co otwiera problem zawinienia na przedpolu czynu zabronionego, który podejmowałem w innych pracach[77]. Jest to złożony problem, brak miejsca nie pozwala go szerzej w tej rozważać, zwłaszcza, że kontrowersje wokół tego problemu narastają[78].

75. H. H. Jescheck, Strafrecht, op. cit., s. 403.

76. K. Buchała, Zawinienie, op. cit., s. 15 i n. K. Daszkiewicz, Przestępstwa z afektu w polskim prawie karnym, s. 215 i n.

77. K. Buchała, Zabójstwo z afektu w polskiej nauce i praktyce wymiaru sprawiedliwości, St. Prawn., tom VI, 1977.

78. H. Sass, Affektdelikte: die Kontrowerse geht weiter, w: Affektdelikte, Interdisziplinare Beitrage zur Beurteilung von affektiv akzentuirten Straftaten, 1993, s. 1 i n.

SCHULD UND VORVERSCHULDEN
Zusammenfassung

Die Arbeit beginnt mit Erwägungen zum Schuldprinzip im geltenden polnischen und deutschen Strafrecht. Am Anfang wendet sich der Autor der Thema der Koinzidenz zwischen der Schuldfähigkeit und der tatbestandsmäßigen Tat, und stellt eine weitgehende Ähnlichkeit der gesetzlichen Lösungen und der Strafrechtslehre in Polen und Deutschland fest. Des weiteren befaßt er sich mit der Strafverantwortlichkeit des Täters, der zum Zeitpunkt der Tat schuldunfähig war, da er sich durch Alkohol- bzw. Drogenmißbrauch in den Rauschzustand versetzt hatte. Die Verantwortlichkeitsgrundlage für die Begehung einer verbotenen Tat bildete dem polnischen StGB von 1932 gemäß die, allerdings vorsätzliche, *actio libera in causa* (Art. 17 §2). Gemäß dieser Vorschrift war es erforderlich, daß sich der Täter in diesen Zustand versetzt hatte, um die verbotene Tat zu begehen. Dies war eine viel zu enge Auffassung, um den präventiven Funktionen gebührend gerecht werden zu können.

Nach 1945 wuchsen die im Zustand der Trunkenheit begangenen Straftaten zu einem ernsthaften Problem an, daß das Oberste Gericht durch den Beschluß zu lösen versuchte, die Vorschrift über die *actio libera in causa* sei auch dann anzuwenden, wenn sich der Täter betrunken und die Begehung einer Straftat in diesem Zustand in Kauf genommen hat. In der Gerichtspraxis gilt als Grundlage der Verantwortlichkeit auch die fahrlässige *actio libera in causa*. In dem Zeitraum 1950-1966 wollte man dieses Problem durch die Einführung des Rauschdelikts und der fahrlässigen *actio libera in causa* lösen, entsprechende Vorschläge wurden allerdings abgelehnt. Das nach wie vor geltende Strafgesetzbuch von 1969 nahm eine Kompromißlösung an, der gemäß die Vorschrift über die Unzurechnungsfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit nicht zur Anwendung kommt, wenn sich der Täter in den Rauschzustand versetzt, und dabei vorhergesehen hat bzw. hätte vorhersehen können, daß dieser Zustand seine Zurechnungsfähigkeit ausschließen, oder sie zumindest be-

trächtlich vermindern kann. Nach Auffassung der Lehre geht es hierbei um das freiwillige Sich-Versetzen in diesen Zustand (Art. 25 §3).

In der Arbeit werden Modelle der *actio libera in causa* präsentiert, wie sie in der deutschen Lehre und Gerichtspraxis funktionieren, aber auch deren Kritik seitens der Lehre. Es werden auch Meinungen dargestellt, in denen die Lösung des Problems der Koinzidenz zwischen Tat und Vorverschulden angefochten wird, wobei die Konzeption einer außergesetzlichen Lösung der Verantwortlichkeit selbst in Frage gestellt wird, unter Einbeziehung des Art. 103 Abs. 2 GG, und zwar in einer Situation, wenn der Täter seine Schuldunfähigkeit selbst verursacht hat.

In der Arbeit werden auch die an die deutsche Lehre anknüpfenden Anschauungen der polnischen Strafrechtslehre zum Thema des Vorverschuldens in der Situation der provozierten Notwehr und Herbeiführung einer Gefahr dargestellt. In dem polnischen Schrifttum ist man sich uneinig hinsichtlich dessen, wie die Verantwortlichkeit desjenigen zu bewerten ist, der einen Angriff provoziert hat, um unter diesem Vorwand z.B. eine Tötung zu begehen, oder bei Herbeiführung der direkten Gefahr. Die präsentierten Meinungen sind äußerst differenziert, es überwiegt allerdings der Standpunkt, daß eine Berufung auf die berechtigte Rechtsverletzung im Notwehr, oder analog im Notstand, ausgeschlossen ist. Hierbei ist zu erwähnen, daß das polnische StGB keine Entsprechung des §35 Abs. 2 des deutschen StGB enthält.

Zum Schluß wurde auch kurz auf das Problem des Handelns im starken Affekt eingegangen. Die polnische Psychiatrie geht nämlich davon aus, daß nur pathologischer Affekt die Strafverantwortlichkeit für eine unter seinem Einfluß begangene Straftat ausschließen kann.

Manfred Burgstaller

DIE NEUEN GELDWÄSCHEREIDELIKTE*

1. Grundlagen

1.1. Internationale Ausgangslage

Ausgehend von den USA hat in den letzten Jahren praktisch in allen westlichen Industriestaaten die Auffassung an Boden gewonnen, daß man bei der Bekämpfung des Drogenhandels und der organisierten Kriminalität insgesamt verstärkt bei den ungeheuren Gewinnen dieser Kriminalität ansetzen sollte. Die Idee, die einschlägigen Organisationen dadurch zu treffen, daß man ihnen die Verwertung der kriminellen Erträge erschwert und diese nach Möglichkeit einzieht, hat in der Tat viel für sich. Leider ist die praktische Umsetzung dieser Idee überaus schwierig. Immerhin gibt es in der Zwischenzeit bereits mehrere *internationale Vereinbarungen*, die sich um das bezeichnete Anliegen bemühen. Das am 20. Dezember 1988 in Wien angenommene „Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen" (kurz: Wiener Übereinkommen), das am 8. November 1990 zur Unterzeichnung aufgelegte Übereinkommen des Europarates „über das Waschen, das Aufspüren, die Beschlagnahme und die Einziehung von Erträgen aus Straftaten" (kurz: Europarats-Übereinkommen) sowie die Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 10. Juni 1991 „zur

---

* Die Untersuchung wurde zuerst im Österreichischen Bankarchiv 1994, 173-182, veröffentlicht. Wir danken der Österreichischen Bankwissenschaftlichen Gesellschaft für diefreun dliche Genehmigung zum Nachdruck.

Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche" (kurz: EG-Richtlinie) sind hier zu nennen.

Die in den angeführten internationalen Dokumenten von den einzelnen Staaten verlangten Maßnahmen gehen über den Bereich des Strafrechts erheblich hinaus. Wesentlicher strafrechtlicher Ansatz ist aber stets die gezielte *Pönalisierung der sogenannten „Geldwäsche" bzw „Geldwäscherei"*. Mit diesem Ausdruck pflegt man jedwede Aktivitäten zusammenzufassen, die aus kriminell erlangten und in diesem Sinne „schmutzigen" Vermögenswerten durch - regelmäßig in mehreren Stufen erfolgende - Verschleierungsvorgänge letztlich Vermögenswerte machen, die legal erworben - also sauber - scheinen und so problemlos in den regulären Wirtschaftsverkehr eingeschleust werden können. Spezielle Geldwäschereidelikte, welche die angesprochenen Verschleierungsvorgänge gezielt erfassen sollen, sind inzwischen bereits von einer großen Zahl von Staaten mit entwickelten Finanzsystemen geschaffen worden. Darunter befinden sich auch unsere deutschsprachigen Nachbarländer, also die *Schweiz*, die Bundesrepublik *Deutschland* und - vorerst beschränkt auf Erträge aus dem Drogenhandel - das Fürstentum *Liechtenstein*[1]. Dabei ist bemerkenswert, daß man in den zuletzt genannten Staaten bei durchaus vergleichbarer Ausgangslage zu doch recht unterschiedlich konzipierten Geldwäschereidelikten gelangt ist und daß anscheinend keine dieser Regelungen als wirklich geglückt angesehen wird.

1.2. Situation in Österreich

Österreich hat die angeführten einschlägigen Übereinkommen der Vereinten Nationen und des Europarates unterzeichnet. Die Ratifizierung soll erfolgen, sobald die innerstaatliche Rechtslage soweit adaptiert ist, daß sie allen Anforderungen dieser Übereinkommen genügt. Die EG-Richtlinie ist dagegen für Österreich bereits verbindlich, weil

1. Vgl Art 305^{bis} und Art 305^{ter} schwStGB (in Kraft seit 1.8.1990, § 261 dStGB (in Kraft seit 22.9.1992) und Art 20a FL- BetäubungsmittelG (in Kraft seit 1.1.1994).

sie zum „acquis communautaire" des Vertrages über den EWR gehört.

Zur innerstaatlichen Umsetzung des angesprochenen internationalen Programms hat der österreichische Gesetzgeber in jüngster Zeit *zwei wesentliche Schritte* gesetzt. Erstens hat die am 1. Oktober 1993 in Kraft getretene *Strafgesetznovelle 1993*, BGBl 527, mit dem neu gefaßten § 165 StGB und dem neuen § 278a Abs 2 StGB zwei Delikte geschaffen, mit denen nunmehr Geldwäscherei-Vorgänge, die bisher nur unspezifisch von der - bis zur Strafgesetznovelle 1993 extrem weit konzipierten - Hehlereibestimmung miterfaßt waren, ganz gezielt unter Strafe gestellt werden. Und zweitens hat das am 1. Jänner 1994 in Kraft getretene *Bankwesengesetz*, BGBl 1993/532, eine Reihe von Regelungen gebracht (vor allem in den §§ 39 bis 41), die an einer für die Geldwäscherei ganz entscheidenden Stelle, nämlich bei den Kredit- und Finanzinstituten, dazu beitragen sollen, daß die neuen Delikte auch praktische Wirksamkeit entfalten.

Bemerkenswert - nach dem Hinweis auf die Unterschiedlichkeit der Ansätze in den deutschsprachigen Nachbarländern jedoch nicht mehr überraschend - ist, daß die neuen österreichischen Geldwäschereidelikte ein durchaus *eigenständiges Regelungskonzept* aufweisen. Die Existenz von *zwei verschieden strukturierten Geldwäschereidelikten nebeneinander* dürfte überhaupt ohne Beispiel sein. Die Erklärung für diese Besonderheit findet man in ihrer *Entstehungsgeschichte*. Ministerialentwurf und Regierungsvorlage zur Strafgesetznovelle 1993 hatten mit einem neu gefaßten *§ 165 StGB* nur ein einziges Geldwäschereidelikt vorgesehen[2]. Dieser Regelungsvorschlag wurde aber mit dem Argument, er vermöge die bestehenden Pönalisierungsbedürfnisse in der Praxis nur ganz unzureichend zu befriedigen, heftig kritisiert[3]. Der Justizausschuß des Nationalrats hat daraufhin ei-

2. Vgl Entwurf eines Geldwäschereigesetzes, BMJ 318.008/1-II2/92, Art I Z 7, sowie Regierungsvorlage zur Strafgesetznovelle 1993, 874 BlgNR 18. GP (künftig kurz: RV), Art I Z 2.

3. Vgl namentlich D. Kienapfel, Die Geldwäscherei. Überlegungen de lege ferenda aus Anlaß des MEntw eines Geldwäschereigesetzes, ÖJZ 1993, 80(81).

nem Teil der erhobenen Einwände Rechnung getragen. Dabei hat er einerseits das in § 165 StGB formulierte Delikt in zwei wichtigen Punkten erweitert[4] und anderseits eine Regelungskonzeption, die in der Literatur als Alternative zu § 165 entwickelt worden war[5], dazu benützt, *mit § 278a Abs 2 StGB kumulativ ein zweites Geldwäschereidelikt* zu schaffen[6].

Ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen ist, daß *die Geldwäscherei-Gesetzgebung in Österreich keineswegs abgeschlossen* ist.

Unbedingt erforderlich sind neue Regelungen über die strafrechtliche Abschöpfung kriminell erlangter Vermögenswerte, prozessuale Umsetzungsbestimmungen dazu sowie eine entsprechende Ausweitung der Instrumente der internationalen strafrechtlichen Rechtshilfe.

Zum ersten und letzten Punkt hat der Ministerialentwurf eines Geldwäschereigesetzes aus 1992 bereits - zum Teil freilich sehr kontroversielle - Regelungsvorschläge präsentiert. Diese wurden dann aber in die Regierungsvorlage zur Strafgesetznovelle 1993 nicht aufgenommen. Es ist zu hoffen, daß der dadurch und durch das Fehlen einschlägiger strafprozessualer Bestimmungen bestehende Mangel bald behoben wird. *Bis dahin sind die neuen Geldwäschereidelikte jedenfalls als Torso zu betrachten.* Die heikle und überaus komplexe Frage, ob bzw. wieweit Österreich zur effektiven Bekämpfung der Geldwäscherei im Sinne der einschlägigen internationalen Vereinbarungen auch noch weitere außerstrafrechtliche Regelungen treffen sollte - zu denken ist vor allem an die Beseitigung der in § 40 BWG aufrecht erhaltenen Anonymität von Spar - und Wertpapierkonten sowie die Einführung entsprechender Verpflichtungen zur dokumen-

4. Vgl Bericht des Justizausschusses über die RV, 1160 BlgNR 18. GP (künftig kurz: JA), 1.

5. Vgl D. Kienapfel, ÖJZ 1993, 83 (84), der seinerseits an die entsprechenden Überlegungen zum Schweizer Recht von G. Stratenwerth, Geldwäscherei - ein Lehrstück der Gesetzgebung, in M. Pieth (Hrsg), Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?, Basel 1992, 97 (119), anknüpft.

6. Vgl JA 2 f.

tierten Kundenidentifikation beim professionellen Umgang mit fremden Vermögenswerten außerhalb der Kredit - und Finanzinstitute - muß hier unerörtert bleiben.

1.3. Weiterer Untersuchungsgang

In der Folge sollen die neuen Geldwäschereidelikte kurz vorgestellt werden. Der Reihenfolge des Gesetzes entsprechend, wird zuerst das Delikt des § 165 StGB und dann das des § 278a Abs 2 StGB erörtert. Anschließend werden einige für beide Delikte gemeinsam relevante, übergreifende Fragen behandelt. Auf Probleme, die sich speziell für die Kredit - und Finanzinstitute ergeben können, ist - dem Anlaß der Arbeit entsprechend - durchgehend Bedacht genommen.

Ausdrücklich zu betonen ist, daß die folgende Darstellung in keiner Weise Vollständigkeit anstrebt. Es geht lediglich um eine Erstinformation, verbunden mit einer Stellungnahme zu bereits aufgetauchten konkreten Fragen. Auf Friktionen, die sich daraus ergeben, daß den neuen Geldwäschereidelikten, wie erwähnt, derzeit noch adäquate Begleitregelungen im Straf - und Strafprozeßrecht fehlen, wird nicht eingegangen.

2. Geldwäscherei gemäß § 165 StGB

2.1. Gegenstand des Delikts

Primäres Charakteristikum der Geldwäscherei gemäß § 165 StGB ist der allen Deliktsfällen gemeinsame Gegenstand. Er ist vom Gesetz umschrieben als Vermögensbestandteile im Wert von mehr als 100.000 öS, die aus dem Verbrechen eines anderen herrühren.

a) Vermögensbestandteil ist ein bewußt sehr weit gewählter Begriff; er umfaßt alle vermögenswerten körperlichen Sachen, seien sie beweglich (wie Geld, Schmuck, Wertpapiere etc.) oder unbeweglich (Häuser, Grundstücke), aber auch unkörperliche Sachen, insbesondere Bankguthaben. Eine Einengung bildet nur die Wertgrenze, die der Justizausschuß gegenüber den in der RV vorgesehen 25.000 öS gezielt auf 100.000 öS erhöht hat.

b) Zum „Herrühren aus dem Verbrechen eines anderen" ist zunächst zu sagen, daß der Ausdruck *"Verbrechen"* iS des § 17 StGB gemeint ist. Er erfaßt damit alle Vorsatzdelikte, die mit einer drei Jahre übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht sind. Darunter fallen von den Vermögensdelikten alle mit einem Schadensbetrag von mehr als 500.000 öS sowie insbesondere Einbruchsdiebstahl, gewerbsmäßiger und Bandendiebstahl, gewerbsmäßiger Betrug, Erpressung und Raub. Weitere einschlägig relevante Verbrechen sind vor allem der Umgang mit einer großen Menge Suchtgift gemäß § 12 SuchtgiftG sowie etwa erpresserische Entführung. Delikte nach dem Finanzstrafgesetz sind nach österreichischem Recht durchwegs keine Verbrechen, sondern Vergehen; sie kommen also als Vortat für eine Geldwäscherei nicht in Betracht.

Der gesetzliche Hinweis, daß es sich um Vermögensbestandteile aus dem Verbrechen *"eines anderen"* handeln muß, stellt klar, daß jemand, der das Verbrechen, aus dem der fragliche Vermögenswert stammt, selbst als Täter oder Beteiligter gemäß § 12 StGB zu verantworten hat, nicht zusätzlich wegen Geldwäscherei belangt werden kann.

c) Was das *"Herrühren" aus einem Verbrechen anlagt, gibt § 165 Abs 4 StGB eine Legaldefinition.* Danach kommen als Gegenstand der Geldwäscherei gemäß § 165 StGB in Betracht:

- der unmittelbare Erlös aus einem Verbrechen,

- die unmittelbare Gegenleistung für die Begehung eines Verbrechens, aber auch

- jedwedes Surrogat für einen der vorgenannten Gegenstände, „wenn (und solange) sich in ihm der Wert des ursprünglich erlangten oder empfangenen Vermögenswertes verkörpert".

Aus dem geschilderten Ansatz ergeben sich größte *Abgrenzungsschwierigkeiten.* Dabei fällt besonders ins Gewicht, daß der Justizausschuß die in der RV - nach dem Vorbild der früheren erweiterten Ersatzhehlerei gemäß § 164 Abs 1 Z 4 aF StGB - vorgesehene Ein-

schränkung, daß Gegenstand des § 165 StGB jedenfalls nur Vermögenswerte sein sollten, die wirtschaftlich (noch) einem Täter des Vortat-Verbrechens zuzurechnen sind, als nicht erforderlich angesehen und bewußt gestrichen hat[7].

Damit ist der Gegenstand der Geldwäscherei gemäß § 165 StGB potentiell fast uferlos geworden.

Wie man angesichts dessen der von der RV klar gesehenen Gefahr einer unerträglichen Belastung der Sicherheit des Wirtschaftsverkehrs[8] entgegentreten soll, bleibt offen. Die deutsche Geldwäschereibestimmung, auf die der Justizausschuß im gegebenen Zusammenhang ausdrücklich Bezug genommen hat, läßt die Strafbarkeit gemäß § 261 Abs 6 dStGB für einen Teil der Deliktsfälle enden, sobald jemand den fraglichen Vermögensgegenstand erlangt hat, „ohne hiedurch eine Straftat zu begehen". Dieselbe Regelung wäre für § 165 StGB aufgrund der anderen Deliktsstruktur wohl ungeeignet. Es fehlt bei uns aber im Gesetz jedwede einschlägige Strafbarkeitseinschränkung. Auf welche Weise man dennoch zu einer vernünftigen Begrenzung des § 165 StGB kommen kann, wird spezieller Überlegungen bedürfen[9].

2.2. Deliktshandlungen und subjektive Strafbarkeitserfordernisse

a) Was die Handlungen anlagt, mit denen eine Geldwäscherei gemäß § 165 StGB begangen werden kann, sind *zwei Gruppen* zu unterscheiden.

Absatz 1 der zitierten Bestimmung erfaßt das *"Verbergen"* kontaminierter Vermögensbestandteile sowie deren *"Herkunftsverschleierung"*. Die vom Gesetz dazu gebotene Illustrierung durch eine de-

7. Vgl JA 1.

8. Vgl RV 8.

9. Vgl vorerst D. Kienapfel, BT II[3] § 165 RN 14 ff, insbes RN 17.

monstrative Aufzählung konkreter Vorgangsweisen hat als gemeinsames Grundmerkmal, daß der Täter über - die fraglichen Vermögenswerte betreffende - Umstände „falsche Angaben macht".

Die im Absatz 2 des § 165 StGB angeführten Deliktshandlungen sind demgegenüber wesentlich weiter gefaßt. Geldwäscherei kann danach auch schon dadurch begangen werden, daß man kontaminierte Vermögenswerte *"an sich bringt, verwahrt, anlegt, verwaltet, umwandelt, verwertet oder einem Dritten überträgt"*. Das sind also durchwegs Verhaltensweisen, die als solche keineswegs anrüchig, sondern - gerade auch im Bankbereich - ganz alltäglich sind.

b) Zur *subjektiven Tatseite* ist zunächst zu sagen, daß Fahrlässigkeit, und zwar auch grobe Fahrlässigkeit, in Österreich für eine Strafbarkeit wegen Geldwäscherei niemals ausreicht. Es ist vielmehr *stets Vorsatz erforderlich*. Im übrigen besteht aber zwischen den angeführten beiden Gruppen von Deliktsfällen des § 165 StGB ein wichtiger Unterschied.

Für die Deliktsfälle in *Absatz 1* der genannten Bestimmung greift mangels einer abweichenden speziellen Anordnung die allgemeine Regel des § 5 Abs 1 StGB ein, sodaß für alle Merkmale des Tatbildes *Eventualvorsatz genügt*. Die RV hatte in bezug auf das Herrühren der fraglichen Vermögensbestandteile aus einem Verbrechen noch Wissentlichkeit verlangt; der JA hat aber dieses Erfordernis, das als nur schwer beweisbar kritisiert worden war, gezielt fallengelassen[10]. Das heißt: Wer Vermögensbestandteile im Wert von mehr als 100.000 öS „verbirgt" oder ihre „Herkunft verschleiert", macht sich schon dann wegen Geldwäscherei gemäß § 165 StGB strafbar, wenn er die verbrecherische Herkunft dieser Vermögensbestandteile bloß „ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet".

Anders verhält es sich mit den Deliktsfällen in Absatz 2 des § 165 StGB. Hier hat der JA das schon in der RV auf alle Tatbildmerk-

10. Vgl JA 1.

male bezogene *Wissentlichkeitserfordernis in vollem Umfang* aufrecht erhalten. Wer Vermögenswerte lediglich „an sich bringt, verwahrt, anlegt, verwaltet, umwandelt, verwertet oder einem Dritten überträgt", kann demnach nur dann wegen Geldwäscherei gemäß § 165 StGB bestraft werden, wenn ihm nachzuweisen ist, daß er - neben der Verwirklichung aller übrigen Tatbildmerkmale - insbesondere auch das „Herrühren" der Vermögenswerte „aus dem Verbrechen eines anderen" iS des § 5 Abs 3 StGB nicht bloß „für möglich", sondern für gewiß gehalten hat. Dem JA war klar, daß damit einer Anwendung des § 165 Abs 2 StGB in der Praxis enge Grenzen gesetzt sind. Er meinte aber, für die in Rede stehenden Deliktsfälle auf das Wissentlichkeitserfordernis nicht verzichten zu können, „weil diesen Tathandlungen (etwa Verwahren, Verwalten usw.) an sich kein Unrechtsgehalt innewohnt und die Grenze zu völlig legalen wirtschaftlichen Vorgängen nur darin liegt, daß der Täter um die verbrecherische Herkunft der Vermögensbestandteile weiß"[11]. Über die kriminal politische Zweckmäßigkeit dieser Entscheidung kann man gewiß streiten. Die zitierte Argumentation gibt für die Unterschiedlichkeit des Vorsatzerfordernisses in den Absätzen 1 und 2 des § 165 StGB aber jedenfalls eine einleuchtende Begründung. Davon, daß - wie *Kienapfel* meint - in der Wissentlichkeitsvoraussetzung des Absatz 2 ein „Wertungswiderspruch" zu Absatz 1 liege[12], kann keine Rede sein.

c) Das unterschiedliche Vorsatzerfordernis macht es notwendig, die Deliktshandlungen des § 165 Abs 1 StGB einerseits und die des § 165 Abs 2 StGB anderseits möglichst klar voneinander abzugrenzen. Diese - nach dem Gesagten praktisch überaus bedeutsame - Aufgabe kann hier im Detail nicht geleistet werden. Allgemein zu betonen ist aber, daß die gesetzgeberische Wertentscheidung, die dem qualifizierten Vorsatzerfordernis für die Deliktsfälle des Absatz 2 zu-

11. JA 1 f.

12. Vgl D. Kienapfel, BT II^3 § 165 RN 45.

grundeliegt, keineswegs dadurch unterlaufen werden darf, daß man die im Absatz 1 angeführten Deliktshandlungen entsprechend weit interpretiert. Das heißt: *Weder* das *"Verbergen" noch* das *"Herkunftsverschleiern"* von Vermögenswerten dürfen so ausgelegt werden, daß sie auch an sich *ganz normale Vorgänge des Wirtschaftslebens* erfassen, die als solche kleinerlei Unrechtsgehalt aufweisen. Denn ein derartiger Umgang mit Vermögenswerten soll nach dem Willen des Gesetzgebers, wie sich aus der vorstehend wörtlich zitierten Passage aus dem Bericht des JA eindeutig ergibt, ausschließlich dann als Geldwäscherei bestraft werden können, wenn der Handelnde die verbrecherische Herkunft der fraglichen Vermögenswerte nicht bloß für möglich, sondern für *gewiß* hält[13]. Ein *Beispiel* soll das Gemeinte verdeutlichen: Die Transferierung von Vermögenswerten auf ein *anonymes* Spar - oder Wertpapierkonto als „Verbergen" der betreffenden Vermögenswerte zu deuten, wäre gemäß dem Wortsinn dieses Ausdrucks an sich gewiß möglich; da die in Rede stehenden Verhaltensweisen nach geltendem österreichischen Recht als solche *völlig legal* sind, können sie aber vom „Verbergen" (oder auch „Herkunftsverschleiern") in der spezifischen Bedeutung des § 165 Abs 1 StGB nicht erfaßt sein. Eine Strafbarkeit wegen Geldwäscherei kommt im gegebenen Zusammenhang vielmehr ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des § 165 Abs 2 StGB in Betracht, also nur unter der Voraussetzung, daß der Handelnde um die verbrecherische Herkunft der gegenständlichen Vermögenswerte weiß[14].

13. In derselben Richtung auch D. Kienapfel, BT II[3] § 165 RN 28. Sein Vorschlag, das „Verbergen" des § 165 Abs 1 StGB teleologisch so zu reduzieren, daß damit allein körperliche Gegenstände erfaßt werden, trifft das Problem aber nicht spezifisch genug.

14. Zu beachten ist freilich, daß Kredit- und Finanzinstitute gemäß § 40 Abs 1 Z 3 BWG die Identität eines Kunden jedenfalls festzuhalten haben, „wenn der begründete Verdacht besteht, daß der Kunde objektiv an Transaktionen mitwirkt, die der Geldwäscherei (§§ 165 und 278a Abs 2 StGB) dienen". Danach sollte die praktische Bedeutung des im Text Ausgeführten gerade für Bankangestellte nicht allzu groß sein.

2.3. Grundstrafdrohung und Qualifikationen

Die *Grundstrafdrohung* der Geldwäscherei sowohl nach Abs 1 als auch nach Abs 2 des § 165 StGB ist Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen.

§ 165 Abs 3 StGB sieht für *beide Varianten* des Delikts *Qualifikationsfälle* vor, die mit einer Freiheitsstrafdrohung von 6 Monaten bis zu 5 Jahren belegt sind. Diese erhöhte Strafdrohung greift ein, wenn entweder der gegenständliche Vermögenswert *mehr als 500.000 öS* beträgt oder der Täter als Mitglied einer *Bande* - das ist gemäß § 278 StGB ein Zusammenschluß von mindestens 3 Personen - handelt, die sich zur fortgesetzten Geldwäscherei verbunden hat. Da es sich um echte Deliktsqualifikationen handelt, müssen die qualifizierenden Umstände, um angelastet zu werden, bei den Deliktsfällen des Absatz 1 vom Vorsatz, bei denen des Absatz 2 von der Wissentlichkeit des Täters miterfaßt werden[15]. Zu beachten ist, daß eine gemäß § 165 Abs 3 StGB qualifizierte Geldwäscherei kraft ihrer Strafdrohung ein Verbrechen iS des § 17 StGB ist und daher auch selbst als Vortat einer weiteren Geldwäscherei in Betracht kommt. In diesem Rahmen ist also auch die Strafbarkeit einer sogenannten *Ketten-Geldwäscherei* sichergestellt.

2.4 Hinweis auf 164 StGB

Zum Abschluß dieses Abschnitts ist noch kurz auf das durch die Strafgesetznovelle 1993 grundlegend umgestaltete Delikt der *Hehlerei gemäß § 164 StGB* hinzuweisen. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung wurde zwar - im Gegenzug zur Schaffung eigenständiger Geldwäschereidelikte - gegenüber dem bisherigen Rechtszustand drastisch reduziert. Selbst der eingeschränkte neue § 164 StGB erfaßt aber eindeutig auch Verhaltensweisen, die zumindest dem kriminologischen Begriff der Geldwäscherei unterfallen. Generelle Voraussetzung dafür ist freilich, daß die *Vortat ein Vermögensdelikt* ist und die

15. Treffend D. Kienapfel, BT II[3] § 165 RN 47.

„Waschaktion" *Bargeld oder andere körperliche Sachen* zum Gegenstand hat, die *unmittelbar* durch die Vortat *erlangt* wurden. Treffen beide Umstände zu, kommt die Verwirklichung einer „fremdnützigen Hehlerei" gemäß § 164 Abs 1 StGB ebenso in Betracht wie die einer „eigennützigen Hehlerei" gemäß § 164 Abs 2 StGB[16]. Des näheren sind dazu zwei Konstellationen zu unterscheiden.

Die erste Konstellation besteht darin, daß *allein* das Delikt des *§ 164 StGB, nicht aber* das des *§ 165 StGB* erfüllt ist. Das ist deshalb möglich, weil das Delikt der Hehlerei für die erfaßten Vermögensgegenstände keine Mindestwertgrenze vorsieht und generell, insbesondere auch für das bloße „Ansichbringen", Eventualvorsatz genügen läßt. Unter den angesprochenen Bedingungen tritt also *§ 164 StGB gegenüber § 165 StGB als Auffangdelikt* in Erscheinung.

Die zweite im gegebenen Zusammenhang interessierende Konstellation besteht darin, daß eine konkrete Geldwäschereiaktion *sowohl § 164 StGB als auch § 165 StGB* erfüllt. Da die genannten Delikte eindeutig je verschiedene Rechtsgüter schützen, liegt es nahe, in diesem Fall echte Konkurrenz anzunehmen, das heißt beide Delikte nebeneinander anzulasten[17]. Nach der Entstehungsgeschichte wäre es aber wohl auch vertretbar, dem Geldwäschereidelikt des § 165 StGB gegenüber dem Hehlereidelikt des § 164 StGB in dem Sinne Vorrang einzuräumen, daß man § 164 StGB als gegenüber § 165 StGB subsidiär einstuft.

3. Geldwäscherei gemäß § 278a Abs 2 StGB

3.1 Gegenstand des Delikts

Auch das Geldwäschereidelikt des § 278a Abs 2 StGB wird primär durch seinen Gegenstand charakterisiert. Das Gesetz umschreibt

16. Näher dazu D. Kienapfel, BT II[3] § 164 RN I ff, 29 ff und 123 ff.

17. So D. Kienapfel, BT II[3] § 165 RN 54.

ihn kurz und bündig als Bestandteile des Vermögens einer kriminellen Organisation.

a) Der Ausdruck *"Bestandteile des Vermögens"* ist ohne Zweifel gleichbedeutend mit den „Vermögensbestandteilen" in § 165 StGB und daher ebenso weit zu verstehen wie dieser Begriff. Auf die entsprechenden Ausführungen oben 2.1.a) ist zu verweisen. Eine *Mindestwertgrenze* ist in § 278a Abs 2 StGB *nicht* vorgesehen.

b) Der wirklich zentrale Unterschied der beiden Geldwäschereidelikte liegt in der *Umschreibung der Unwerthaftigkeit* der jeweils erfaßten Vermögenswerte. Während § 165 StGB mit dem Erfordernis des „Herrührens aus einem Verbrechen" die Zuordnung des fraglichen Vermögensbestandteils zu einer bestimmten Straftat verlangt, wird in § 278a Abs 2 StGB auf einen derart konkreten Kontaminierungsbeweis ganz bewußt verzichtet. Für den Gegenstand des zuletzt genannten Delikts genügt vielmehr *jeder einer kriminellen Organistation zuzuordnende Vermögenswert als solcher.* Das sollte die Anwendbarkeit in der Praxis wesentlich erleichtern.

c) Der nach dem Gesagten ganz entscheidende Begriff der *"kriminellen Organisation"* wird in § 278a Abs 1 StGB als „Organisation" umschrieben, „deren Zweck oder Tätigkeit, wenn auch nicht ausschließlich, auf die fortgesetzte Begehung im § 278 Abs 1 genannter oder nach § 12 des Suchtgiftgesetzes 1951 strafbarer Handlungen gerichtet ist". Damit ist das, was eine Organisation zur *"kriminellen"* macht, einwandfrei klargestellt. Die als Ziel der Organisation in Betracht kommenden Delikte sind taxativ aufgezählt, aber weit gespannt. Sie umfassen neben dem im Kontext praktisch besonders bedeutsamen Verbrechen nach § 12 SuchtgiftG insbesondere alle erheblichen Gewalttaten gegen Leib und Leben, erpresserische Entführungen und Raubüberfälle, aber auch etwa alle nicht bloß geringfügigen Diebstähle. Auch die Geldwäscherei iS des § 165 StGB wurde ausdrücklich in den Kreis der Delikte, die Basis einer kriminellen Organisation sein können, aufgenommen.

Die Frage, welche Anforderungen im gegebenen Zusammenhang an das Vorliegen einer *"Organisation"* zu stellen sind, läßt das Gesetz selbst offen. Ausführungen dazu enthält allerdings der Bericht des Justizausschusses[18]. Danach soll sich der Begriff der *"Organisation"* nicht nur von dem der „Bande" iS des § 278 StGB, sondern auch von dem der „Verbindung" iS der §§ 246 und 279 StGB abheben. Gefordert wird zunächst eine *"größere Zahl" von Mitgliedern,* wofür gemäß der üblichen Deutung des entsprechenden Sprachgebrauchs des StGB ein *Richtwert von zehn Personen* anzunehmen ist. Zusätzlich ist eine den Anforderungen des JA genügende Organisation aber noch durch eine *Reihe weiterer Elemente* gekennzeichnet, nämlich „durch eine auf Dauer oder zumindest auf längere Zeit ausgerichtete Verbindung, durch arbeitsteiliges Vorgehen, durch eine hierarchische Struktur und eine gewisse Infrastruktur". - Wie sich die Rechtsprechung zu all dem stellen wird, bleibt abzuwarten.

3.2. Deliktshandlungen und subjektives Strafbarkeitserfordernis

a) Die Deliktshandlungen der Geldwäscherei gemäß § 278a Abs 2 StGB sind mit den in § 165 Abs 2 StGB angeführten identisch. Das Tatbild erfüllt also, wer Vermögensbestandteile einer kriminellen Organisation *"an sich bringt, verwahrt, anlegt, verwaltet, umwandelt, verwertet oder einem Dritten überträgt".*

Zusätzlich ist erforderlich, daß der Täter jeweils im *"Auftrag oder Interesse"* der kriminellen Organisation handelt. Darin liegt eine gewisse Einschränkung des Strafbarkeitsbereiches. Ihre praktische Bedeutung wird vor allem davon abhängen, ob man bereit ist, den vom Wortsinn her überaus weiten Begriff Interesse gezielt einschränkend zu interpretieren.

18. Vgl JA 2f. Die dort gemachten und im folgenden Text wiedergegebenen Aussagen stellen außer Zweifel, daß der (extrem weite) Begriff von „bandenmäßiger oder organisierter Kriminalität" in § 16 Abs 1 Z 2 SPG für den Begriff der „kriminellen Organisation" in § 278 a StGB nicht maßgeblich ist.

Zu bemerken ist, daß die *Tathandlungen des § 165 Abs 1 StGB* in § 278a Abs 2 StGB *kein Gegenstück* haben. In aller Regel werden sich ein „Verbergen" bzw „Herkunftverschleiern" eines Vermögenswertes einer kriminellen Organistation freilich ohnedies zwanglos unter eine der Tathandlungen des zuletzt genannten Delikts subsumieren lassen. Soweit das ausnahmsweise nicht zutrifft, kommt aber eine Strafbarkeit nur nach § 165 Abs 1 StGB in Betracht, was bedeutet, daß man das Herrühren des betreffenden Vermögensbestandteils aus einem bestimmten Verbrechen nachweisen und auch die Mindestwertgrenze von 100.000 öS beachten muß.

b) Ganz entscheidend ist wieder das *subjektive* Strafbarkeitserfordernis. § 278a Abs 2 StGB verlangt *in bezug auf alle Tatbildmerkmale „Wissentlichkeit"*. Gemäß § 5 Abs 3 StGB bedeutet dies, daß der Täter vor allem auch die Zugehörigkeit des fraglichen Vermögenswerts zu einer kriminellen Organisation und den Umstand, daß er zumindest „im Interesse" dieser Organisaton agiert, nicht bloß für möglich, sondern für gewiß halten muß. Der JA erachtete diese - den Anwendungsbereich des Delikts in der Praxis drastisch reduzierende - Strafbarkeitsvoraussetzung aus denselben Gründen für unverzichtbar wie das Wissentlichkeitserfordernis in § 165 Abs 2 StGB[19]. Auf die einschlägigen Ausführungen dazu oben 2.2.b) sei verwiesen.

3.3. Grundstrafdrohung und Qualifikation

Die *Grundstrafdrohung* der Geldwäscherei für eine kriminelle Organisation gemäß § 278a Abs 2 StGB beträgt Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren; sie ist somit höher als die Grundstrafdrohung des § 165 StGB.

Als *Qualifikationsfall* normiert § 278a Abs 2 StGB die Tatbegehung in bezug auf einen *500.000 öS übersteigenden Vermögenswert*. Um angelastet zu werden, muß dieser Umstand von der Wissentlichkeit des Täters miterfaßt sein. Die Strafdrohung für den Qualifika-

19. Vgl JA 3.

tionsfall ist dieselbe wie die für die Qualifikationen des § 165 StGB, nämlich Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

3.4. Verhältnis zu § 165 StGB

Das Verhältnis der Anwendungsbereiche der §§ 165 und 278a Abs 2 StGB entspricht dem zweier sich schneidender Kreise. Jedes der beiden Delikte kann für sich allein verwirklicht werden; in bestimmten Fällen treffen sie zusammen.

Von zentraler Bedeutung ist sicher die *Auffangfunktion des § 278a Abs 2 StGB*. Mit diesem Delikt kann man im Kernbereich der Geldwäscherei, nämlich bei der Reinwaschung von Gewinnen der organisierten Kriminalität, auch dann zugreifen, wenn sich der Nachweis der Herkunft der fraglichen Vermögenswerte aus einem bestimmten Verbrechen nicht erbringen läßt und § 165 StGB deshalb nicht anwendbar ist.

Beim *Zusammentreffen von § 165 StGB und § 278a Abs 2 StGB* liegt es angesichts der Tatsache, daß die Rechtsgüter der beiden Delikte trotz ihrer Einordnung in verschiedene Abschnitte des StGB im wesentlichen doch als identisch anzunehmen sind, nahe, nicht von einer echten, sondern von einer bloßen *Scheinkonkurrenz* auszugehen. Dabei kann es im Hinblick auf die höhere Grundstrafdrohung nicht zweifelhaft sein, daß *§ 278a Abs 2 StGB* gegenüber dem § 165 StGB der *Vorrang* zukommt[20]. Sollte freilich, was theoretisch möglich, aber praktisch nur schwer vorstellbar ist, der Grundfall des 278a Abs 2 StGB mit dem Banden-Qualifikationsfall des § 165 Abs 3 StGB zusammentreffen, müßte man wohl echte Konkurrenz annehmen.

4. Übergreifende Fragen

4.1. Tätige Reue gemäß 165a StGB

Nicht nur für 165 StGB, sondern infolge der ausdrücklichen Verweisung im letzten Satz des § 278a Abs 2 StGB auch für dieses De-

20. So auch D. Kienapfel, BT II[3] § 165 RN 55.

likt, normiert § 165a StGB einen „tätige Reue" genannten besonderen Strafaufhebungsgrund. Diese Möglichkeit nachträglicher Strafbefreiung steht - jeweils nur für die eigene Person wirkend - jedem offen, der sich wegen Geldwäscherei strafbar gemacht hat, also neben unmittelbaren Tätern auch Bestimmungs- und Beitragstätern iS des § 12 StGB.

Voraussetzung für die Strafaufhebung ist, daß der jeweilige Täter *freiwillig und rechtzeitig*, dh bevor eine Strafverfolungsbehörde iS des § 151 Abs 3 StGB speziell von seiner schuldhaften Beteiligung an einer Geldwäscherei erfahren hat, *bewirkt*, daß zumindest ein *wesentlicher Teil* der Vermögenswerte, auf die sich die betreffende Geldwaschaktion bezogen hat, *sichergestellt* wird. Auf welche Weise die Sicherstellung bewirkt wird, ist gleichgültig. Eine Offenbarung des eigenen Verschuldens wird nicht verlangt, sodaß auch ein entsprechender anonymer Hinweis an eine Strafverfolungsbehörde in Betracht kommt[21].

Welches Ausmaß die sichergestellen Vermögenswerte in Relation zu den in der jeweiligen Geldwaschaktion insgesamt verfangenen Vermögenswerten haben müssen, um iS des § 165a StGB als wesentlich anerkannt zu werden, bleibt der Rechtsprechung überlassen. Weder das Gesetz selbst noch seine Materialen geben dazu einen Hinweis. Nach *Kienapfel* ist die Sicherstellung von mindestens einem Viertel der betreffenden Vermögenswerte zu verlangen[22].

Geschieht die Sicherstellung eines wesentlichen Teils der von einer Geldwaschaktion betroffenen Vermögenswerte ohne Zutun des Täters, so kann dieser gemäß § 165a Abs 2 StGB dennoch Straffreiheit erlangen, wenn er sich in Unkenntnis des ohne sein Zutun Geschehenen immerhin „freiwillig und ernstlich um die Sicherstellung bemüht hat".

21. Treffend bereits D. Kienapfel, BT II^3 § 165a RN 3.

22. D. Kienapfel, BT II^3 § 165a RN 4.

Zu dem nach dem Gesagten für die tätige Reue zentralen Erfordernis der *Sicherstellung* wesentlicher Vermögensbestandteile sind inzwischen *Zweifel* aufgetaucht, ob denn der die Strafaufhebung anstrebende Täter *derzeit* dieses Erfordernis überhaupt verläßlich erfüllen kann[23]. In der Tat ist nicht zu bestreiten, daß heute die rechtlichen Möglichkeiten für die Strafverfolungsbehörden in Geldwaschaktionen verfangene Vermögenswerte tatsächlich in Beschlag zu nehmen, zumindest für einige Konstellationen durchaus problematisch sind. Ich meine aber, daß diese unzureichende Rechtslage, die hoffentlich bald bereinigt wird, einem reuigen Geldwäscher keinesfalls schaden kann. Der Umstand, daß § 165a StGB ausdrücklich davon spricht, daß die Sicherstellung der fraglichen Vermögenswerte „bewirkt" werden muß, darf kein Hindernis sein. Wenn der Täter einer Behörde den tatsächlichen Zugriff auf die betreffenden Vermögenswerte konkret ermöglicht, so muß das für eine tätige Reue genügen. Die Strafaufhebung am unzulänglichen rechtlichen Instrumentarium der Behörde scheitern zu lassen, hielte ich für unannehmbar.

Das freiwillige und rechtzeitige Verhindern einer weiteren Waschaktion in bezug auf Vermögenswerte, hinsichtlich derer ein Geldwäschereidelikt bereits vollendet wurde, führt allerdings nicht zu Strafbefreiung. Eine von der RV diesbezüglich vorgesehene Variante der tätigen Reue hat der JA gezielt gestrichen[24]. Ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch gemäß § 16 StGB ist freilich auch bei beiden Geldwäschereidelikten möglich.

4.2. Ausländische Ausgangssachverhalte

a) Von besonderer praktischer Bedeutung ist, ob bzw unter welchen Voraussetzungen die Geldwäschereidelikte der §§ 165 und 278a Abs 2 StGB auch dann eingreifen, wenn die jeweiligen Ausgangssachverhalte - für § 165 StGB: das Verbrechen, aus dem die delikts-

23. Vgl P. Lewisch, Geldwäscher, Geldhäscher und reuige Täter, RdW 1994, 3 (7).

24. Vgl JA 2.

gegenständlichen Vermögenswerte herrühren; für § 278a Abs 2 StGB: die kriminellen Aktivitäten der Organisation, der die deliktsgegenständlichen Vermögenswerte zuzuordnen sind - nicht in Österreich, sondern ausschließlich im *Ausland* verwirklicht sind.

Damit keine Mißverständnisse aufkommen: Es geht in diesem Abschnitt nicht darum, daß das Geldwäschereidelikt selbst im Ausland begangen wird. Für derartige Fallgestaltungen gelten die Regelungen der §§ 64 ff StGB, auf die hier nur pauschal verwiesen werden kann. Was im gegebenen Zusammenhang interessiert, ist allein die Konstellation, daß die Geldwaschaktion als solche in Österreich gesetzt wird, daß aber die Umstände, aufgrund derer die betreffenden Vermögenswerte iS des § 165 StGB bzw iS des § 278a Abs 2 StGB als kontaminiert anzusehen sind, im Ausland zu lokalisieren sind.

b) Die erste Antwort auf die eingangs gestellte Frage steht vom Ergebnis her fest. Die österreichischen Geldwäschereidelikte müssen ganz einfach *grundsätzlich auch* dann eingreifen, wenn ihre *Ausgangssachverhalte* im beschriebenen Sinn ausschließlich *im Ausland* verwirklicht sind. Das Gegenteil anzunehmen, wäre angesichts der Zielrichtung der in Rede stehenden Delikte, die erklärtermaßen vor allem die schwere grenzüberschreitende Kriminalität treffen sollen[25], geradezu absurd. Gewiß: Im Gegensatz zu den Geldwäschereibestimmungen der Nachbarstaaten[26] ist die Einbeziehung ausländischer Ausgangssachverhalte in Österreich nicht ausdrücklich festgelegt. Eine entsprechende teleologische Interpretation der §§ 165 und 278a Abs 2 StGB ist aber nach ihrem Entstehungszusammenhang zwingend. Daran vermag der Umstand, daß das entscheidende Schutzobjekt beider Delikte zweifellos ein Universalrechtsgut ist und Tatbestände dieser Art häufig auf den Schutz des jeweiligen inländischen

25. Vgl nur RV 4.

26. Vgl Art 305bis Z 3 schwStGB, § 261 Abs 8 dStGB und Art 20a Abs 3 FL - BetäubungsmittelG.

Rechtsgutes beschränkt sind[27], nichts zu ändern. Erstens kann man bei einem in Österreich gesetzten Geldwäschereiakt trotz eines ausländischen Ausgangssachverhalts durchaus auch ein inländisches Universalrechtsgut als beeinträchtigt ansehen. Dies etwa dann, wenn man mit *Kienapfel* als entscheidendes Schutzobjekt der §§ 165 und 278a Abs 2 StGB die „Sauberkeit des Finanz- und Wirtschaftsverkehrs" betrachtet[28]. Zweitens und vor allem aber ergibt sich die Einbeziehung ausländischer Ausgangssachverhalte bei den Geldwäschereidelikten eben aus deren ganz spezifischer Teleologie.

Schließlich gehen auch die zentralen internationalen Vereinbarungen, die für die Schaffung der §§ 165 und 278a Abs 2 StGB den Anstoß gaben, übereinstimmend davon aus, daß es für die Strafbarkeit der Geldwäscherei irrelevant ist, ob die Tätigkeiten, die den zu waschenden Vermögensgegenständen zugrundeliegen, im In- oder Ausland gesetzt wurden[29].

c) Zu klären bleibt, unter welchen *Voraussetzungen* die §§ 165 bzw 278a Abs 2 StGB bei der erörterten Konstellation eingreifen. Das ist für die genannten Delikte je gesondert zu überlegen.

Was zunächst *§ 165 StGB* anlangt, ist beim Herrühren der deliktsgegenständlichen Vermögenswerte aus einer im Ausland begangenen Tat zweierlei zu verlangen. Erstens muß diese Tat allen Anforderungen entsprechen, die sie, wäre sie in Österreich gesetzt worden, zum Verbrechen iS des § 17 StGB machten. Und zweitens muß die betreffende Tat im Begehungsstaat selbst strafbar sein. Weitere Bedingungen zur Beurteilung nach dem Recht des Begehungsstaates sollte man - im Einklang mit den in FN 26 zitierten ausdrücklichen Regelungen der Geldwäschereibestimmungen unserer Nachbarländer - nicht stellen.

27. Vgl zuletzt K. Schwaighofer, in O. Triffterer, StGB - Komm, Vorbem §§ 62-66 Rz 16 ff.

28. Vgl D. Kienapfel, BT II[3] § 165 RN 5.

29. Vgl Art 6 Abs 2 lit a Europarats-Übereinkommen und Art 1 EG-Richtlinie.

Für *§ 278a Abs 2 StGB* ist das vorstehend entwickelte Konzept entsprechend zu modifizieren. Soll dieses Delikt in bezug auf Vermögenswerte einer Organisation angewendet werden, deren kriminelle Aktivitäten sich - abgesehen von der Geldwäscherei selbst - ausschließlich im Ausland entfalten, sind von den der Organisation zurechenbaren Taten wieder zwei Voraussetzungen zu erfüllen. Erstens müssen diese Taten - umgestellt auf eine Begehung in Österreich - dem Deliktskatalog des § 278 Abs 1 StGB oder dem § 12 SuchtgiftG zu subsumieren sein, und zweitens müssen sie am jeweiligen Begehungsort selbst strafbar sein. Das muß genügen. Daß es in den Staaten, in denen die Organisation tätig wird, auch ein dem § 278a Abs 1 StGB entsprechendes Delikt gibt, dh Gründung der Organisation und Beteiligung an ihr als solche strafbar sind, ist nicht zu verlangen.

4.3. Nachträgliches Bekanntwerden der Kontamination eines Vermögenswertes

Besondere Probleme enstehen, wenn jemand einen Vermögensbestandteil zunächst gutgläubig übernommen hat, nachträglich aber erfährt, daß dieser Vermögenswert iS des § 165 StGB aus einem Verbrechen herrührt oder iS des § 278a Abs 2 StGB einer kriminellen Organisation zuzuordnen ist. Gemäß dem Grundsatz „dolus superveniens non nocet" steht zwar fest, daß der frühere Umgang mit dem betreffenden Vermögenswert nicht nachträglich strafbar werden kann. Auf das *nach Kenntnis* von der Kontaminantion des Vermögensbestandteils gesetzte Verhalten sind aber die *Geldwäschereidelikte voll anwendbar.*

Angesichts der Weite der Tathandlungen des § 165 Abs 2 StGB bzw des § 278a Abs 2 StGB ist das Gesagte überaus folgenschwer.

Es bedeutet nämlich, daß sich etwa auch derjenige strafbar macht, der den zunächst gutgläubig übernommenen Vermögenswert, von dessen einschlägiger Kontamination er aber jetzt weiß, bloß weiter verwahrt oder verwaltet.

Um sich aus der unerquicklichen Situation zu befreien, dürfte also nichts anderes übrig bleiben, als sich der betreffenden Vermögensge-

genstände zu entledigen. Dabei darf man sie aber, weil das ebenfalls von Abs 2 der §§ 165 bzw 278a StGB erfaßt würde, *nicht an einen Dritten* übertragen; und im Fall einer Kontanination iS des § 165 StGB muß man überdies darauf achten, daß es zu keinem „Verbergen" iS des Abs 1 der zuletzt genannten Bestimmung kommt.

Die *sicherste Methode*, im gegebenen Zusammenhang eine *Strafbarkeit wegen Geldwäscherei zu vermeiden,* besteht eindeutig darin, die Tatsache, daß man einen Vermögensbestandteil hat, von dessen Kontaminierung iS des § 165 bzw des § 278a Abs 2 StGB man nachträglich erfahren hat, *unverzüglich einer Strafverfolungsbehörde mitzuteilen.* Ein derartiges Vorgehen ist gemäß dem Anzeigerecht des § 86 Abs 1 StPO im allgemeinen selbst dann *risikolos*, wenn sich später herausstellt, daß der betreffende Vermögenswert doch nicht aus einem Verbrechen herrührt bzw einer kriminellen Organisation zuzurechnen ist oder sich dies zumindest nicht beweisen läßt.

Probleme enstehen allerdings dann, wenn derjenige, der den nachträglich als kontaminiert angesehenen Vermögenswert innehat, durch eine *gesetzliche Verschwiegenheitsplicht* gebunden ist, wie dies insbesondere für Rechtsanwälte, Notare und Wirtschaftstreuhänder zutrifft. Zu argumentieren, daß eine derartige Verschwiegenheitspflicht in der erörterten Konstellation zu weichen hat und deshalb einer Anzeige wegen Geldwäscherei nicht im Wege steht, ist nach derzeitigem österreichischen Recht generell nicht möglich. Das heißt, daß man insoweit - so unbefriedigend das auch ist - nicht darum herumkommt, die *Rückstellung* des nunmehr als aus einem Verbrechen herrührend bzw einer kriminellen Organisation zugehörend erkannten Vermögenswertes *an den Übergeber* zuzulassen. In den EB der RV wird das auch ausdrücklich hervorgehoben[30].

Besonders zu betonen ist aber, daß das zuletzt Gesagte für den im gegebenen Zusammenhang überaus wichtigen Bereich der *Kredit*

30. Vgl RV 9. Ebenso D. Kienapfel, BT II[3] § 165 RN 36.

- *und Finanzinstitute* nicht gilt. Die besondere Anzeigepflicht nach § 41 BWG greift vielmehr eindeutig *auch im Fall des erst nachträglichen Bekanntwerdens einer Kontamination* iS des § 165 bzw des § 278a Abs 2 StGB ein, was eine *Rückstellung* des fraglichen Vermögenswertes an den Übergeber jedenfalls *unzulässig* macht.

4.4. Spezielle Rechtfertigung aus § 41 Abs 1 BWG

Die gerade angesprochene Regelung des § 41 BWG erlangt übrigens auch noch unter einem ganz anderen Aspekt für die Handhabung der beiden Geldwäschereidelikte Relevanz.

Absatz 1 der zitierten Bestimmung schreibt im Fall eines begründeten Verdachts, „daß eine bereits erfolgte, eine laufende oder eine bevorstehende Transaktion der Geldwäscherei dient", den Kredit- und Finanzinstituten generell vor, die Generaldirektion für die öffentliche Sicherheit „hievon unverzüglich in Kenntnis zu setzen und bis zur Klärung des Sachverhalts jede weitere Abwicklung der Transaktion zu unterlassen". Die zuletzt angeführte Verpflichtung erfährt aber eine *wichtige Einschränkung*: Sie greift nicht ein, wenn „die Gefahr besteht, daß die Verzögerung der Transaktion die Ermittlung des Sachverhalts erschwert oder verhindert". Dazu kommt dann noch die *Klarstellung*: „Im Zweifel dürfen Aufträge über Geldeingänge durchgeführt werden und sind Aufträge über Geldausgänge zu unterlassen".

Die Ermächtigung, unter den angeführten Bedingungen eine Transaktion trotz begründeten Verdachts von Geldwäscherei durchzuführen, schließt zwangsläufig auch die Erlaubnis zu Verhaltensweisen in sich, die in bezug auf die betreffenden Vermögensbestandteile als Tathandlungen iS des Absatz 2 der §§ 165 bzw 278a StGB erscheinen.

Wichtig ist diese Erkenntnis für den Fall, daß der Verdacht auf entsprechende Kontamination für die jeweils agierende Person den Grad *subjektiver Gewißheit* erreicht. Denn bei einer derartigen Konstellation ist der Tatbestand des § 165 Abs 2 bzw des § 278a Abs 2

StGB insgesamt als verwirklicht anzusehen. Diese Tatbestandsverwirklichung ist aber eben aufgrund der Spezialregelung des § 41 Abs 1 BWG gerechtfertigt[31]. Im Interesse der Strafrechtspflege ist nur zu wünschen, daß die Kredit- und Finanzinstitute von der in Rede stehenden Ermächtigung auch tatsächlich Gebrauch machen.

4.5. Geldwäscherei und § 286 StGB

a) Sämtliche Varianten der Geldwäschereidelikte sind strafbare Handlungen, die erstens vorsätzlich begangen werden und zweitens mit einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht sind. Dementsprechend können sie auch Gegenstand einer „Unterlassung der Verhinderung einer mit Strafe bedrohten Handlung" gemäß § 286 StGB sein. Dabei sind die für das zuletzt genannte Delikt allgemein geltenden Regeln im Prinzip voll anwendbar. Hinzuweisen ist hier namentlich auf den unbestrittenen Grundsatz, daß als Täter des § 286 StGB nur in Betracht kommt, wer nicht Täter oder Beteiligter der nicht verhinderten Straftat selbst ist.

b) Sieht man näher zu, sind freilich bei der Unterlassung der Verhinderung gerade eines Geldwäschereidelikts *zwei Besonderheiten* zu beachten. Sie ergeben sich beide daraus, daß das Gesetz, wie oben 2.2.b) und 3.2.b) näher ausgeführt, für die Deliktsfälle des § 165 Abs 2 StGB und des § 278a Abs 2 StGB jeweils für *alle* Tatbildmerkmale Wissentlichkeit verlangt.

Als erstes ist zu betonen, daß das angesprochene *Wissentlichkeitserfordernis* ein *konstitutives Element* nicht nur der strafbaren, sondern auch der *"mit Strafe bedrohten Handlung"* ist, auf die § 286 StGB entscheidend abstellt. Das heißt: Die Unterlassung der Verhinderung einer unter § 165 Abs 2 oder § 278a Abs 2 StGB zu subsumierenden Geldwäschereihandlung kann dem § 286 StGB nur unterstellt wer-

31. Die Globalaussage bei D. Kienapfel, BT II[3] § 165 RN 40, bei Geldwäscherei kämen Rechtfertigungsgründe nicht in Betracht, hat offensichtlich nur die allgemeinen Rechtfertigungsgründe im Auge.

den, wenn diese Handlung selbst wissentlich vorgenommen wird. Folgerichtig muß dann auch der Vorsatz des einen Geldwäschereiakt nicht Verhindernden nicht nur diesen Akt als solchen, sondern auch dessen Wissentlichkeit erfassen. Fehlt es daran, scheidet § 286 StGB von vornherein aus.

Ein zweites kommt hinzu. Wie oben 2.2.b) mit FN 11 und 3.2.b) mit FN 19 belegt, wollte der Gesetzgeber mit dem Wissentlichkeitserfordernis in § 165 Abs 2 und § 278a Abs 2 StGB vor allem sicherstellen, daß die in den zitierten Bestimmungen aufgezählten Tathandlungen, die ja an sich ganz normale Vorgänge des Wirtschaftslebens ohne jeden Unrechtsgehalt erfassen, nur bestraft werden können, wenn der Handelnde die einschlägige Kontamination der gegenständlichen Vermögenswerte nicht bloß für möglich, sondern für *gewiß* hält. Diese sehr bewußt getroffene gesetzgeberische Entscheidung darf man auch über den Umweg des § 286 StGB nicht unterlaufen. Das bedeutet: Wer eine der in § 165 Abs 2 bzw 278a Abs 2 StGB genannten Handlungen in bezug auf Vermögenswerte setzt, deren *Kontamination* iS der zitierten Bestimmungen er, wenngleich sich damit abfindend, *bloß für möglich hält*, kann nicht nur wegen des jeweiligen Geldwäschereidelikts nicht belangt werden, sondern darf *auch nicht wegen § 286 StGB bestraft* werden. An sich läßt sich gewiß sagen, daß jemand, der von einem anderen kontaminierte Vermögenswerte entgegennimmt bzw einen auf sie bezogenen Transaktionsauftrag des anderen durchführt, es damit zugleich unterläßt, ein entsprechendes Geldwäschereidelikt des anderen zu verhindern. Ein derartiges Verhalten bei bloßem dolus eventualis in bezug auf die Kontamination der fraglichen Vermögenswerte statt nach den dann unanwendbaren Delikten der §§ 165 Abs 2 bzw 278a Abs 2 StGB einfach nach § 286 StGB zu bestrafen, wäre aber nach dem Gesagten eindeutig unzulässig. Zwar ist generell für das zuletzt genannte Delikt in der Tat dolus eventualis ausreichend; für die hier interessierende

spezielle Konstellation ist § 286 StGB aber gemäß der vorgeführten Argumentation teleologisch entsprechend zu reduzieren[32].

Hinzuweisen ist im gegebenen Zusammenhang freilich nochmals auf die bereits bei begründetem Verdacht auf Geldwäscherei eingreifende *spezielle Anzeigeregelung des § 41 BWG.* Danach sollte die vorstehend erörterte Konstellation, daß die Tatbilder des § 165 Abs 2 bzw des § 278a Abs 2 StGB (ungerechtfertigt) mit dolus eventualis verwirklicht werden, gerade im einschlägigen Zentralbereich, nämlich bei den Kredit - und Finanzinstituten, kaum praktisch werden.

c) Zuletzt sei noch auf § 286 Abs 2 Z 3 StGB aufmerksam gemacht. Gemäß dieser Regelung wird die Unterlassung der Verhinderung eines Geldwäschereidelikts im allgemeinen *gerechtfertigt* sein, wenn die Verhinderung nur unter Verletzung *einer rechtlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht* möglich gewesen wäre. Denn die im Kontext vornehmlich in Betracht kommenden Verschwiegenheitspflichten der Rechtsanwälte, Notare und Wirtschafttreuhänder haben gegenüber der Plicht, Geldwäschereiakte zu verhindern, zumindest in aller Regel Vorrang.

*****

NOWE PRZESTĘPSTWA PRANIA BRUDNYCH PIENIĘDZY

Streszczenie

W celu wykonania licznych odpowiednich międzynarodowych porozumień weszły w Austrii w życie z dniem 01.10.1993 r. dwa

32. Wer mit der inzwischen wohl gefestigten Judikatur annimmt, daß ein Wissentlichkeitserfordernis generell bedeutet, daß auch jeder Beteiligte am betreffenden Delikt selbst wissentlich handeln muß (vgl nur O. Leukauf/ H. Steininger, Kommentar zum StGB[3], § 12 Rz 36 und 54, jeweils mit Nachweisen), kann die im Text vertretene Position auf eine zusätzliche Argumentation stützen: Wenn ein spezifiziertes Vorsatzerfordernis auf die Beteiligten durchschlägt, dann muß das umso mehr für § 286 StGB gelten, der ja gegenüber der Beteiligung bloß subsidiär eingreift.

uzupełniające się wzajemnie przepisy karne o praniu brudnych pieniędzy. Ich realizację w praktyce wspomagają nowe unormowania austriackiej ustawy o bankach, które weszły w życie 01.01.1994 r. Dla zapewnienia większych możliwości odzyskania wartości majątkowych uzyskanych w wyniku popełnienia przestępstwa i odnośnie przepisów procesowych ułatwiających realizację tego odzyskania, jak również jeśli idzie o odpowiednie poszerzenie arsenału środków międzynarodowej prawnokarnej pomocy prawnej, istnieją wprawdzie już w Austrii projekty, ale jeszcze nie ustawy.

Przestępstwo prania brudnych pieniędzy według § 165 austriackiego kodeksu karnego (a.k.k.= StGB) dotyczy wartości majątkowych każdego rodzaju, które pochodzą z przestępstwa popełnionego przez inną osobę. Warunkiem jest, żeby wartość tego majątku przekraczała 100.000, austriackich szylingów. W celu określenia terminu „pochodzenia z przestępstwa" podano definicję legalną, w której obok bezpośredniej korzyści wynikającej z przestępstwa i bezpośredniego świadczenia wzajemnego za dokonanie przestępstwa określono w niej w szerokim zakresie jeszcze surogaty wymienionych powyżej wartości. Wynikają z tego duże trudności w rozgraniczeniu tych wartości. Jako działanie przestępcze inkryminuje § 165 a.k.k. w pierwszej kolejności umyślne ukrycie i zatajenie „skażonych" wartości majątkowych, przy czym wystarcza zamiar ewentualny. Ponadto należy w myśl § 165 a.k.k. także ukarać osobę, która te odpowiednie wartości wzięła w posiadanie, przechowuje, inwestuje, zarządza, zużytkowuje bądź przekazuje osobie trzeciej. Czyny te podlegają karze, jeżeli sprawca ma świadomość działania. Nieumyślne pranie brudnych pieniędzy nie podlega karze w żadnej formie zjawiskowej czynu.

Przestępstwo prania brudnych pieniędzy z § 278a a.k.k. obejmuje całkiem ogólnie wszystkie wartości majątkowe, które da się przyporządkować działaniu przestępczej organizacji. Nie wymaga się dowodu, że wartości te pochodzą z określonego przestępstwa czy też tylko ogólnie z przestępczej działalności. § 278a ust. 2 a.k.k. nie przewi-

duje również dolnej granicy wartości majątkowej. Konstytutywne określenie przestępczej organizacji jest częściowo podane w ustawie, częściowo zaś musi być dookreślone przez orzecznictwo. Jako formy działania przewiduje § 278a ust. 2 a.k.k. ponownie świadome wzięcie w posiadanie, przechowywanie, inwestowanie, zarządzanie, zamianę, zużytkowanie bądź przekazanie wartości majątkowej.

Dla obydwu paragrafów austriackiego kodeksu karnego dotyczących przestępstw prania brudnych pieniędzy przewidziany jest przepis normujący wyłączenie karalności czynu w postaci czynnego żalu, który przewiduje, że sprawca spowoduje dobrowolnie i we właściwym czasie, tzn. zanim organa ścigania dowiedzą się o jego przestępczej działalności, że przynajmniej istotna część wartości majątkowych, których dotyczyła konkretna czynność prania pieniędzy, zostanie zabezpieczona. Zarówno § 165 a.k.k. jak również § 278a ust. 2 a.k.k.mają zasadniczo zastosowanie także wówczas, jeśli okoliczności, ze względu na które odpowiednie wartości majątkowe uważać można za „skażone", nastąpiły wyłącznie za granicą. Jeśli „skażenie" jakiejś wartości majątkowej będzie znane dopiero w późniejszym terminie, to według obu przepisów a.k.k. o praniu brudnych pieniędzy karze podlega osoba, która przejęte w dobrej wierze wartości majątkowe, o których przestępnym pochodzeniu następnie się dowiedziała, dalej przetrzymuje bądź nimi zarządza. Aby jednak uniknąć kary, należy o tym fakcie natychmiast poinformować organy ścigania. Trudności mogą tutaj powstać ze względu na obowiązek zachowania tajemnicy przez adwokatów, notariuszy czy powierników w zakresie działalności gospodarczej.

Jeżeli jakaś instytucja kredytowa bądź finansowa ma uzasadnione podejrzenie, że pewna już dokonana lub bieżąca, bądź mająca nastąpić transakcja służy praniu brudnych pieniędzy, to zgodnie z § 41 ust. 1 austriackiej ustawy bankowej jest zobowiązana bezzwłocznie poinformować odpowiedni urząd Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i zasadniczo zaniechać, aż do momentu wyjaśnienia sprawy, jakąkolwiek dalszą realizację wspomnianej transakcji.

K. Chockalingam

CRIMINOLOGICAL DEVELOPMENTS IN INDIA WITH A SPECIAL FOCUS ON MARGINAL CRIMINALITY[1]

Introduction

Though the phenomena of „crime and delinquency" have been taken up for scientific researches about five to six decades ago in India, the organised and research on crime problem and allied areas started only in late 1950's since the initiative of UNESCO, Government of India, University Grants Commission and the Universities in India. When I speak on criminological developments in India, I mean the broadest seanse of the term „Criminology" including Sociology of crime and Criminal Law, Criminal etiology, Crime prevention, Penology and Corrections, Forensic Science, Juvenile Justice and Victimology and their development in India. The aim is to give a global picture of Indian Criminological development, from a bird's eye view, for a general understanding of the Indian situation. As in many countries, in India too the Science of Criminology took roots many decades after the formal Criminal Justice System and codified criminal laws developed. Before the advent of British. Justice delivery system in India was on the basis of the customs prevailing in the local areas of the vast subcontinent of India, guided mostly on

1. Revised version of the lecture delivered at the Bialystok Law School, Białystok, Poland during 28 November - 1st December 1995.

2. Professor and Head, Department of Criminology. University of Madras, Chepauk, Madras - 600 005, India.

the basis of the religious principles of the Hindu and Muslim kingdoms. The first codified criminal laws in India - Indian Penal Code 1860, Criminal Procedure Code 1898, Indian Evidence Act 1872. When imprisonment became the major form of punishment under the British rule in India, prison conditions and need for prison reforms became the subject of discussion both by the people and the Government.

Since the first committee on Prison reforms of 1835, several other committees on Jails formed in 1864, 1870, 1888 all focussed only on sanitation, prison hygiene and other health aspects of the prisoners to reduce the death in prisons. The Prisons Act of 1894 was the major development during the end of the 19th century, which served to regulate the prison conditions.

The Indian Jails Committee of 1919-1920 and its recommendations became a landmark in the prison administration of India as reformation and rehabilitation of prisoners were identified as objectives of imprisonment for the first time in the annals of Indian Penology. Several radical recommendations, such as separate Juvenile Justice System and Probation system made by this committee were translated into reality by passing Children Acts to deal with the Child offenderes in Presidency cities in the beginning, and experimentation of probation system in certain parts of the country. The first Jail Training School was also started in Lucknow in 1940.

The Post Independent Period and Prison Reforms in India

The post independent period witnessed many new developments in the Prison reforms in India. The ideas of reformation and rehabilitation got a filip through several efforts taken by the Government of India. Professor Walter Reckless was invited under the U.N. Technical Assistance Programme to study the prison conditions in India who made elaborate recommendations for modernisation in institutional and non-institutional treatment. Model Prison Manual with new

guidelines for day today prison administration was the outcome of the All India Jail Manual Committee of 1957-59. A Central Bureau of Correctional Services to compile and disseminate authentic data relating to Correctional services in India started in 1960, was redesignated in 1975 as the National Institute of Social Defence with enlarged functions. The Working Group on Prisons appointed in 1972 and its report emphasised the need to give priority to implement the recommendations of earlier committees wherever the financial commitment was minimal. The National Police Commission and its voluminous reports in 1980 underlined the need to modernize the police and make it more sociable to the people in a welfare state. Justice A. N. Mulla Commission Report on Prison Reforms in 1983 consolidated many of the important recommendations of the earlier committees on Prison reforms and highlighted the urgency to sensitize the prison personnel on the ideas of reformation and rehabilitation and human rights of prisoners in the context of the violation of human rights in prisons, resulting in many petitions challenging the ills of prison administration. Simultaneously, the training Institutions such as National Police Academy, Regional Institute of Correctional Administration, National Institute of Criminology and Forensic Science, Indian Institute of Public Administration have all started catering to the training needs of different functionaries of the criminal justice system.

1. Crime Scenario in India

The crime statistics published annually by the National Crime Records Bureau, Government of India in its publication „Crime in India" provides certain basic statistics about the population and the incidence of crime in India. According to crime in India 1993, the Indian population consisted of 883, 8 million in which 458,6 million were males and 425, 2 million ware famales. The number of females per one thousand males was 927. The average literacy rate was 52,2% with male literacy at 64, 2% and female literacy at 39,2%. The crimes in India could broadly be classified into two, namely under the basic substantive criminal law called Indian Penal Code and

under many other specialized legislations dealing with different other crimes, put together as Local and Special Laws. The incidence of total crimes including both the Indian penal Code crimes and Local and Special Law crimes was 5,43 million. The Indian Penal Code crimes which include all traditional crimes such as all offences against body, offences against property and certain other areas constituted 1.63 million and offences under the various Local and Special Laws such as drug laws, prostitution, gambling etc. was 3.80 million. The rate of crime under all heads together per one hundred thousand population was 614.8. The rate of crime under Indian Penal Code was 184.9 and under Local and special Laws was 430.4 (Government of India, 1993).

2. Issues in criminology

Though the subject matter of criminology includes the process of making laws, breaking laws and of reacting towards the breaking of laws (Sutherland and Cressey, 1978), most of the criminologists particularly in India over a period of 50 years have paid their attention only on studying the following issues:

1. **Juvenille Delinuency** - Causes, nature, exent of juvenile deliquency, remedial measures, etc.

2. **Corrections** - Problems of Prison Administration, correctional programmes, etc.

3. **The Offenders** - Male and Female offenders, Recidivists, etc.

4. **The Police** - Modernization of police operations, Role of science and Technology in Criminal Justice Sysytem, etc.

5. **Victimology** - Victims of Dacoity, Victims of violent crimes, etc. (Madhava Menon, 1978).

Emerging Issues of Criminology in India

Deviance can be ascribed to almost any behaviour that departs from customary standards or expectations. This deviance is masured

on the basis of the expectations. This deviance is measured on the basis of the expectations of a group or society and is decided on the basis of the extent that it comes to be vieved as involving a personally discreditable departure from a group's normative expectations and elicits interpersonal or collective reactions that serve to isolate, treat, correct or punish individuals engaged in such behaviour.

It is also important to know briefly how these norms or rules have been internalised by the members of the society. Obviously we internalize these norms through the process of complex social learning which sociologists and psychologists refer to as „socialization". There are certatin agents of socialization such as Family, Peergroup, School, etc.

In India, the process of socialization is unique as the nature of socializing agents are unique, particularly, family (one of the important socialization units) is different from that in the socialization process and the role of family in western countries. Hence the influence of family in the socialization process and the role of family in imparting the acts which are perceived as normal behaviour in western Society, are considered as unwanted or undesired acts in India and some of the other acts which have become social problems are still in the margin of legal framework in India. Hence, the types of undesired or unwanted acts ahould be analysed in the light of the norms of the Indian Society.

Acts of marginal criminality in India

Laws are evolved on the basis of established norms. Norms may exist in different forms such as folkways, mores and laws. What has been practiced over a long period of time will eventually be regarded as lawful or in other words what has not been accepted for over a period of time will be criminalized or will become unlawful. But not all acts which are not widely accepted by the society are criminalized. This is mainly because of divergent views on certain acts by the

members of a particular community/ society or by the members of different communities/ societies.

There are certain acts which are not accepted by the society but are not criminalized by the law. In other words, these acts are perceived by the members of the society as undesired/ unwanted acts but the laws do not condemn these acts due to the long usage or practice among the members of the society. For example, practice of casteism in Indian society, restriction of marrige within the members of the same caste are though not falling under the criminal acts and hence tolerated and promoted by the society, sometimes these non criminal acts go beyond limits and cross the boundaries resulting in crimes either under Protection of Civil Rights Act wherein discrimination among castes is construed as crime or sometimes it goes to the excent of violence resulting out of communal clashes.

Debates on criminalization of certain Acts

Certain forms of human conduct are recognized by the society as harmful to the human society but are tolerated by the society because of various reasons such as persistent demands from the members of the society and these acts are inherently not criminal but could be considered against the interests of the society only in specific contexts. These acts of marginal criminality include prostitution, consumption of alcohol, smoking, particularly by juveniles or children. In these matters, continuous debates are going on in Indian society as to „what the law could do" and „what should be the excent to which legal restrictions can be imposed on these matters of private human conduct".

1. Prostitutions

The main aim of the Immoral Traffic (Prevention) Act, 1986 is not abolition of prostitutes and prostitutions as such and make it per se criminal offence or punish a person because he/she prostitutes himsel/herself. The purpose of the enactment was to prohibit or ab-

olish the commercialized vice, namely the trafficking in persons for the purpose of prostitution as an organised means of living.

Though prostitution is considered as one of the oldest professions, the act of prostitution is not widely accepted by the people. Neither the prostitution is not widely accepted by the people. Neither the prostitute nor the person who indulges in prostitution is accepted by the society. This is mainly because of the unique nature of moral values followed by the people of India, besides the health problems due to prostitution.

2. Consumption of alcohol

The problem of alcoholism until a few decades ago, was considered as a moral problem and a sign of social irresponsibilty. At one stage, the Government of India wanted to resort to stringent legal measures and introduce prohibiton as a means of solving the problem of drinking and alcohollism. However, a large number of leaders and bureacrats were against it. In some states, prohibiton laws were enacted but they could not be properly implemented. The state Governments, under the open licence system leave the alcohol beverage trade to private enterprises under licensing and regulation, the nominal public objectives being eliminate people with criminal or questionable financial histories and to control the physical location of licensed liquor shops. Every State Government earns millions of rupees every year when auctioning the contract.

In India, about 10% to 15% of the people take alcohol. However, a large majority of these cases fall into the category of rare, infrequent and light drinkers. The number of moderate and also of heavy drinkers is very small. But as its use is increasing in the United States and other Western countries, in India too, the use and abuse of alcohol has been spreading in the recent decades. According to a report given in the Rajya Sabha by the Minister of State for welfare, in Delhi alone, there has been an 88,69% increase in the consumption of Indian-Made foreign Liquor (IMFL) between 1982 and 1988. The sa-

le of liquor (including IMFL, beer and country liquor) earned the Delhi Administration a revenue of Rs.828.3 million during 1987-88. The Andhra Pradesh Government earns a revenue of about Rs.7000 million every year by way of excise duties, the bulk of which is collected from the sale of Government packed country liquor (Ahuja, 1992). But the prohibiton policy is not uniform in all the states of India. Even the states which have experimented prohibition policy have not been consistent in it due to political and economic reasons and due to divergent views on the issue among the ruling parties. The people in these states also have different opinions on the issue. By and large the consumption of liquor is not an accepted behaviour. It is evident from an incident when a person's name was nominated for the post of Vice-Chancellor of a University in South India, the Chancellor dropped his name solely for the reason that he had the habit of drinking frequently.

3. Smoking (particularly by children/juveniles)

Though the smoking habit has become a common event in India, smoking behaviour is unique in Indian setting, particularly in southern part of India. Habit of smoking is found only among men but there are a few rare exceptions where women/girls have smoking habit. Even among men, smoking habit is not found in all age groups, and it is very rarely found among children. Both in urban middle class and rural areas, smoking is considered as one of the bad habits or vices. In many orthodox families, the adult men do not have courage to smoke in front or their parents, teachers, community leaders etc. as a mark of respect even today.

Many such acts which are not criminalized by the criminal laws but considered as undesired or unacceptable behaviour by the larger society could be called as „marginal criminality". Now, let us examine some of the behaviours which fall under „marginal criminality" in Indian society for an analysis.

Other areas of Marginal Criminality

There are certain other acts of human counduct which have been considered unlawful as they are undesirable acts but again they are widely in practice among the people knowingly or unknowingly. While some of these acts have strong roots in the cultural factors of the Indian Society, certain other conduct are newly emerged social behaviour which have gained acceptance among the modern youth though all these acts fall under criminality or marginal criminality. These acts of marginal criminality include (1) Child Abuse by Parents (2) Wife battering (3) Eve teasing (4) Sexual Harassment of women and girls (5) Child Labour (6) Violence in College Campus (7) Ragging (8) Communal conflicts.

1. Child Abuse

During the past few decades, throughout the world, child abuse has been taken as a very serious problem, but in India, it is not yet fully recognised as a social problem. This is mainly because of the very nature of the Indian families.

A microlevel study conducted by Chockalingam and Srinivasan (1994) in the city of Madras, revealed that 95.6 percent of the children are punished in some form or other, i.e. subjected to abuse by their own parents. With regard to severity of beating, the study revealed that only 11.8 percent of the subjects were beaten to the extent that there were marks on the body as a result of beating. The same study also revealed that 82.4 percent of the children felt that their fathers loved them and of them 57,4% of the children felt that their fathers loved them abundantly. Similarly, 95,6 percent of the children felt that their mothers loved them and of them 85,3 percent felt their mothers loved them abundantly.

The above results also show that though the parents abuse their children, there is not much change in the affection of parents towards their children or of the children towards their parents.

In a study by Erez et al (1992), in America a considerable number of parent-child abuse cases have been reported to the police. That is evident from the statistics given, that the estimated incidence of parent-child abuse cases reported to the police is 1.1 per 1,000 persons or 4,1 per 1,000 family house holds. But in India, the institution of family is still intact and most of the family violence cases go unreported mainly for two reasons: firstly, because of the stigma attached to it and secondly, the inherent nature of Indian families is that all the matters which happen in a family, including violence in the family, are by and large considered as private and they do not want any third person to interfere.

2. Wife battering/Wife abuse

Violence towards women in the context of marriage becomes more significant when a husband who is supposed to love and protect his wife beats her. The violence can range from slaps and kicks to broken bones, torture, attempted murder and even murder itself.

The important characteristics of wife - battering pointed out by an empirical study of 60 self-identified cases conducted by Ghosh (1993) are:

1) Wives under 25 years of age have higher victimization rates;

2) Wives younger to their husbands by more than five years run a greater risk of being battered by their husbands;

3) Low - income women are more victimized;

4) Family size and family composition has little correlation with wife beating;

5) Assaults by husbands generally do not involve severe injury;

6) The important causes of wife battering are sexual maladjustment, emotional disturbances, husband's inflated ego or inferiorty complex and husband's alcoholism, jealousy and wife's passive timidity;

7) Exposure to violence of the assaultor in his chidhood is an important factor in wife battering;

8) Though illiterate wives are more vulnerable to husband's beating than the educated wives, there is no significant relationship between beating and the educational level of the victims.

In the Indian culture, women rarely report cases of battering to the police. She suffers humiliation in silence and takes it as her destiny. Even if she wants to revolt, she cannot do it because of the fear that her own parents would refuse to keep her in their house permanently after the marriage. More over, women themselves have been trained to think that they are subordinates to men. The subordinate position of women is mainly because women depend on men for physical protection and economic support. This secondary status of women forces them to accept even battering by their husbands.

3. Eve-Teasing

Eve-Teasing has been a serious menace in Indian society and no city and town is free from it. Eve-teasers usually pinch, poke and touch women on the sly, and pass lewd remarks and sing obscene songs to embarass them. Sections 294, 354 and 509 Indian Penal Code can be used to curb such activites. Eve teasing has also taken the form of telephoning a girl and uttering obscene and suggestive words.

Eve teasing is no longer confined to students and unemployed youth alone. Today boys from educated, cultured, enlightened and affluent families, local hoodlums and antisocials found in every locality, usually in a group, at railway platforms, bus stands, tea stalls, pan shops, near girls' schools and colleges, in parks, places of public entertainments, crowded marketplaces, fetes and fairs, take part in eve-teasing.

Ninety percent of these cases go unreported as the victims and their parents and guardians do not want to get involved in police investigations and court proceedings lest the family be put to shame,

and even if reported, the offenders are seldom punished in the court of law for want of evidence. On several occasions eve - teasing when it involved two communities, ended in serious communal disturbances which continued for days together.

Many women consciously or unconsciosly invite such hazards by provocative style of dressing, conversing and walking. It is not that all women behave in a provocative manner. In fact, the roots of this social menace can be located in the regular, indecent and obscene films and pornographic literature and photographs which influence the young minds. Eve-teasing is one of the ways to alleviate sexual tension by youngsters, who are afraid of raping a woman for fear of prison sentence. Besides this, in Indian culture boys and girls do not get the opportunity to move freely because of various cultural factors. This usually makes boys to develop curiosity even to talk to a girl.

4. Sexual harassment of women and girls

The problem of sexual harassment of women and girls is highly prevalent in India, where women are considered to be held in high esteem. The problem of violence against women is as old as Sita who was abducted by Ravan, or Draupadi who was publicly harassed by Kauravas. According to Ahuja (1992), „there is not even a single women who has not suffered at least one humiliation, exploitation and violence that always shadows her sex". The most shocking crimes against human conscience and morality are sexual crimes against women. Sexual harassment of women, the scourge of the society is a complex, subtle, deeply rooted problem that arouses emotion and controversy.

A study was conducted by Chockalingam and Annie Vijaya (1994) in the city of Madras to examine the nature and extent of sexual harassment of women in public transport in the city of Madras. It was found that a majority of 63% of the respondents accepted that they were subjected to several forms of sexual victimization such as leering looks (84%); winking (62%); gesture making (71%); unneces-

sary touching (73%); unnecessary leaning (79%); pressed against (65%); unexpected touching of the breasts (48%); brushing of thighs and bottoms (59%); pinching of the bottoms (42%); and pinching of the hips (43%); all perpetrated by men.

The findings of the above study also show that the commission of deviant acts may be related to opportunity, time, space and scope. Young, highly educated women and girls tend to be less resistant and they endure harassment silently. Their reactions are also mild and insignificant, besides their tolerance level is also relatively high. Moreover, they have little interest in going public with their experiences for the fear of renewed abuse of their person. On the contrary, older are mature women as well as the illiterates and less educated are brave, bold and outspoken. Sometimes they rey react wildly and abuse and assault the offender.

The high tolerance level of the victim is due to the fundamental concepts defining women, cultural traditions and societal values governing the day to day life of the women that has conditioned them to accept victimization as a part of their socialization. Women are only considered as members of the weaker sex, sexually attractive, sensitive, supportive companions. „A women having identity of her own" is a concept totally alien to Indian Culture. Due to this everyday socialization practice, women without sistance and revolt accept unequal treatment and the ideology that biology is destiny.

But recently there was an instance in which a senior woman civil servant in India put up a tough battle for more than seven years and went up to the Supreme Court of India to uphold her honour against the act of slapping her posterior by the Chief of Police of the State of Punjab. When the police did not act on her complaint properly, she and her husband filed a private criminal case in the court of Chief Judicial Magistrate, which also did not render justice to her. Then when she went on an appeal to the High Court, the victim could not get justice there, too. Finally, when she appealed to the Su-

preme Court, the bench forced the trial court to proceed against the Chief of Police under sections 354 and 509 of the Indian Penal Code, dealing with the use of force, gestures or words to insult or outrage the modesty of a woman. It has been considered as a landmark judgement for women in the opinion of the victim (Swami, 1995).

5. Child labour

A majority of the working children are concentrated in the rural areas. About 60,0% of them are below the age of ten. Business and trade absorb 23,0% while work in households covers 36,0%. The number of children in urban areas who work in canteens and restaurants, or those engaged in picking rags and hawking goods, is vast but unrecorded. Children are also employed in hazardous industries. For instance, the fireworks and match box units in Sivakasi in Ramanathapuram district in Tamil Nadu employ 45,000 children. The glass factories of Ferozabad in Uttar Pradesh have more than 45,000 children on the rolls. A large number of children work in the stone polishing units in Jaipur, the brassware industry in Moradabad, the lock-making units in Aligarh, the slate industry in Markapur (Andhra Pradesh) and Mandsaur (Madhya Pradesh) and the carpet making industry in Jammu and Kashmir (Ahuja, 1992).

In a country like India where well over 40,0% of the population is living in conditions of extreme poverty, child labour is a complex issue. Children work, out of necessity and without their earnings (however meagre these may be) the standard of living of their families would decline further. A large number of living of their families would decline further. A large number of them do not have families or cannot count on them for support. In these circumstances the alternative to work may be idleness, destitution, or worse, crime.

Besides other legislations to prevent employing children, the Constitution of India enshrines that:

* No child below the age of 14 years shall be employed to work in any factory or in any hazardous employment (Article 24).

* Childhood and youth are to be protected against exploitation and against moral and material abandonment (Article 39(f)).

* The State shall endeavour to provide within a period of 10 years from the commencement of the Constitution free and compulsory education for all children until they complete the age of 14 years (Article 45).

The following are some of the legislations which prevent employing children or exploiting children.

(a) The Apprentices Act, 1861.

(b) The Reformatory Schools Act, 1897.

(c) The Children (Pledging of labour) Act, 1929.

(d) The Child labour (Prohibition and Regulation) Act, 1986.

Despite the constitutional guarantee and other social legislations, children at a very tender age start working mainly because of economic reasons. This is evident from the justification given by people from various walks of life. The bureacrats hold that the total eradication of child labour is impractical because the Government cannot provide substantial alternative solutions to their poverty. The social scientists say that the main cause of child labour is poverty. The children either supplement their parents' income or are the only wage earners in the family. Another reason is that child labour is deliberately created by vested interests to get cheap labour.

6. Violence in college campus

In 1947, when India attained Independence, there were only sixteen Universities but their present number is about two hundred with nearly 7000 colleges having enrolled about 40 lakhs students. It can be easily said that the present number of teachers is more than the number of students in the year 1947. In this quantitative jump, it is quite debatable as to whether we have been able to maintain the qualitative standards. No doubt we have educational institutions like Indian Institutes of Technology and Indian Institute of Management,

Ahmedabad which can be compared with the best in advanced countries, but at the same time we do have institutions which lack basic teaching aids and even proper buildings. In some of the colleges teaching is done for less than 100 days in a year. This is despite the University Grants Commission's directive to have minimum 180 day's teaching in a calender year (Jain, 1994).

Violence in campuses of educational institutions is due to many factors. Our students are equally intelligent and hard working as their counterparts in other countries. Their grasping power, sharpness and ability to learn new things is also very good. Unfortunately proper atmosphere and utilisation of their energies and talents are inadequate. Unemployment looms ahead of them and frustration about their future makes them prone to adoption of violent means. Certain other distortions have also crept in our educational system because of non-observance of rules and gradual departure from well established procedures. A good deal of violence emanates

(i) at the time of examinations

(ii) during college elections

(iii) during students agitations.

By and large people develop aversion towards youth in general and student community in particular to their unwanted behaviour.

7. Ragging

The practice of ragging came into existence allegedly for a positive purpose i.e. at the time od admission, new students who enter into colleges, particularly professional colleges (Medical, Engineering and law) will be asked some questions by senior students to establish an initial rapport and to have a kind of introduction. Gradually such senior students started using third degree methods in name of ragging. Sometimes freshers are asked to strip their clothes. The development of this vulgarity mainly due to a section of students who are not serious in their studies took upper hand.

Now, „ragging" has become a menace in professional colleges which terrorize many students and some of them even discontinue the course. Of course, there are some incidents of action against students who indulge in ragging.

8. Communalism

The rising of communalism and the accompanying violence have created a feeling of insecurity among the religious minorities and ethnic groups.

„Communalism" can be considered as an ideology which states that society is divided into religious communities whose interests differ and are, at times, even opposed to each other. The antagonism practised by members of one community against the people of another community and religion can be termed „communalism".

The pluralistic society of India is composed not only of religious groups such as Hindus (82.63%), Musilms (11,36%). Christians (2.43%), Sikhs (1,96%), Buddhists (0,71%), Jains (0,48%) and so on but also into several hundred castes with social hierarchy practised for centuries (Srivastava, 1990).

Communalism is a pervasive phenomenon in Indian public life and communal violence is a particular ugly expression of it. Incidents of communal disturbance have been recorded at least since the early 18th century.

Since independence, communal violence has occured in almost every part of the country. The sources of the Home Ministry of the Government of India indicate, that with an average of about 65 riots per year in the fifties, the number has increased to 367 riots in the seventies. Between 1960 and 1969 the number jumped to a whooping figure of 3938. The decade 1971 - 80 is marked by 2574 riots. In this period 816 Muslims and 362 Hindus were killed and 15.404 were injured. From January 1 to October 31, 1986, 162 persons were killed in major communal riots in six States: Gujarat (92), U.P. (3), Bihar (10), Karnataka (5), M.P. (8) and Mahrashtra (10). The loss

of property has been estimated to the tune of 5379 million rupees. In 1987 there were 398 communal riots which resulted in 132 deaths and injuries to over 800 persons. Similarly, there were 711 communal riots between 1987-88, 611 between 1988-89. The communal riots in Uttar Pradesh, Andhra Pradesh and Gujarat in November - December, 1990 are pointers to the disastrous turn which the communal situation has taken (Srivastava, 1990).

It is a general finding of nearly all enquiries into communal riots that their immediate causes tend to be almost trivial. The remarkable feature of communal incidents is not that they begin with friction, but that once begun they acquire terrifying proprtions. Now the communal violence is planned and organised and most incidents are difficult to be characterised as spontaneous. The persons and forces involved in the planning and execution of such violence on both sides, seek to promote material and economic interests, including political interests. Political interests especially seem to suggest a strategy of promoting planned antagonism between communities.

Conclusion

Apart from the forms of human conduct which have been distinctly considered as crimes, there are certain other forms of human behaviour which could be called as marginal criminality in view of the conflicting situation as on one side the acts are considered as harmful to the society and on the other they are widely in practice in the society and thus have cultural and social support in the Indian society. Another significant feature of these acts of marginal criminality is that the society considers this trivial and focusses its attention with a hue and cry only when such behaviour takes an ungly turn and menacing proportions. In all these forms of marginal criminality, more than the criminal law, the education of the society using all the resources available with it will have better long lasting effect. Criminalization of the acts of marginal criminality has another disadvantage also as the victims are hardly visible and rarely come for-

ward to report these acts again due to cultural compulsions. Therefore, perseverence to educate the society besides mild legal sanctions against the acts would yield good dividends in the long run as marginal criminality would be much lesser in a civilized society which respects other human beings.

References

Ahuja, Ram, (1992), - Social Problem in India", Rawat Publications, New Delhi.

Chockalingam, K. and Annie Vijaya, Z. (1994), „Sexual Harassment of Women in Public Transport in the City of Madras", unpublished paper presented in the I Biennial Conference of the Indian Society of Victimology held from 12-14 August, 1996.

Chockalingam, K. and Srinivasan, M. (1994), „Child Abuse by Parents among the school going children in Madras City". Trends in Social Science Research, Volume II, No. 1, pp. 135-145.

Erez, Edna & Pamela Tontodonato, (1992). „Patterns of reported parent-child abuse and police response", in Sarah Ben David & Gerd Ferdinand Kirchhoff, ed., International Faces of Victimology, WSV publishing, Monchengladbach.

Ghosh, S. K. (1993), „Women and Crime" Ashish Publishing House, New Delhi.

Govt. of India, (1993). „Crime in India". National Crime Records Bureau, Ministry of Home Affairs, New Delhi.

Jain, N. L. (1994). „Violence in college campus", unpublished paper presented at the 23rd Annual Conference of the Indian Society of Criminology, held at National Institute of Criminology & Forensic Science, 11-13 November 1994, Delhi.

Madhava Menon,, N. R. (1978), „Towards Evolving A Research Agenda For Criminology and Related Criminal Sciences: A Prelimi-

nary Draft Proposal", Indian Journal of Criminology, Vol. 6. No 2, pp. 67-76.

Srivastava, S. P. (1990). „A Sociological Perspective of Violence in India", Polce Research and Development Journal, Quarter III July - September 1990. PP 17-24.

Sutherland, Edwin, H. and Cressey, Donald, R. (1978). „Criminology" (Tenth Edition), J. B. Lippin Cott company, New York.

Swami Praveen (1995) „Questions of decency", Frontline, November 3, 1995. P. 107.

*****

ROZWÓJ KRYMINOLOGII W INDIACH ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM DROBNEJ PRZESTĘPCZOŚCI

Streszczenie

Podobnie tak jak w wielu innych krajach, tak i w Indiach nauka kryminologii rozwinęła się w kilka dziesiątków lat później po skodyfikowaniu prawa karnego materialnego i procesowego. W ostatnim czasie powoływano wiele komitetów i komisji w celu reformy prawa karnego. Ma to miejsce częściej niż w przeszłości. Po odzyskaniu niepodległości uwidoczniło się nowe spojrzenie na cele kary, uwzględniające w większym stopniu poprawę przestępcy i jego powrót do życia w społeczeństwie. Widać to w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, który opierając się na powyższych założeniach, zainteresował się także ochroną praw zarówno ofiary przestępstwa, jak i jego sprawcy.

W ciągu ostatnich 50 lat większość kryminologów indyjskich zajmowała się tylko takimi problemami jak przestępczość nieletnich, zagadnieniami poprawy przestępcy, działalnością organów ścigania, a ostatnio także wiktymologią.

Niniejsze opracowanie dotyczy problemów związanych z drobną przestępczością w kontekście zmian społeczno-kulturalnych we współczesnych Indiach. Dyskusje nad tym problemem wśród prawników indyjskich nie są oderwane od rzeczywistości, zaowocowały bowiem zmianami w ustawodawstwie w zakresie takich form przestępczości jak prostytucja, spożywanie alkoholu, znęcanie się nad członkami rodziny, napastowanie seksualne kobiet i dzieci, zatrudnianie nieletnich, czy zjawisk znęcania się w szkołach i ośrodkach akademickich (tzw. fala). Oprócz form ludzkiego zachowania, które mogą być zakwalifikowane jako przestępstwa, wspomniane wyżej formy, zwane drobną przestępczością, są dolegliwe dla społeczeństwa indyjskiego w stopniu podobnym do innych.

Z drugiej strony są one jednak oparte na tradycji i posiadają pewien stopień tolerancji, a nawet poparcia społecznego. Charakterystyczne jest to, że społeczeństwo nie uważa ich za istotne i traktuje je poważnie tylko w sytuacji, gdy wykraczają one poza pewne ramy, stając się groźne. Autor uważa, że w wypadku tych wszystkich form drobnej przestępczości, bardziej niż w wypadku klasycznych przestępstw, edukacja społeczna odgrywa wielką rolę. Stąd, zdaniem Autora, rola sankcji karnych w zwalczaniu drobnej przestępczości jest mniejsza niż długofalowa edukacja społeczeństwa.

Adam Czarnota, Piotr Hofmański

PRAWO, HISTORIA I SPRAWIEDLIWOŚĆ

Polska ustawa o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego Państwa Polskiego, a zasady rządów prawa

1. Rewolucja i jej prawny wymiar

Okres radykalnych przemian ustrojowych nieuchronnie prowadzi do rozliczeń z odchodzącym systemem. Przybierają one rozmaite formy, które w gruncie rzeczy zależne są od tego, czy zmiany ustrojowe odbywają się w warunkach rewolucyjnych, czy też w warunkach ewolucji. Oto bowiem rewolucja prowadzi zazwyczaj do totalnego potępienia przeszłości i zupełnego się od niej odcięcia. Zwycięzcy nie poczuwają się do odpowiedzialności za jakiekolwiek formy aktywności pokonanego reżimu i potępiają jego aktywność w całości, w konsekwencji czego dochodzi do przerwania ciągłości państwowości i ukształtowania nowej[1].

Wówczas, gdy dochodzi do ewolucyjnego przekształcenia systemu politycznego, państwowość zachowuje swoją ciągłość, a przedstawiciele nowych elit uznają odpowiedzialność państwa za zło, które swoim obywatelom wyrządziło, choć sami bynajmniej do odpowie-

1. Nie oznacza to jednak, że elity nowej formacji rezygnują z karnego ścigania sprawców zbrodni popełnionych w majestacie prawa formacji, która odchodzi.

działności się nie poczuwają. Zazwyczaj też mniej zdecydowanie dążą do pociągnięcia do odpowiedzialności sprawców tego zła[2].

W Europie Środkowo-Wschodniej mamy do czynienia z rewolucją w majestacie prawa. Z jednej strony zachowana została ciągłość prawna, z drugiej doszło do zmiany legitymizacji. Zachowano ciągłość formy prawnej z jednoczesną zmianą źródeł legitymizacji zachowanych norm prawnych włączając w to normy prawa konstytucyjnego. Zmiany w europejskich krajach komunistycznych mają więc charakter rewolucyjny - jest to jednak właśnie rewolucja w majestacie prawa. Być może mamy do czynienia z nowym typem gwałtownej zmiany politycznej i społecznej nie pasującym do starego dychotomicznego podziału reforma - rewolucja. Zostawiając debatę nad tym problemem teoretykom zmiany społecznej należy na marginesie zauważyć, że problem prawa, jego roli we współczesnej zmianie społecznej powinien znaleźć poczesne miejsce. Być może we współczesnym skomplikowanym i współzależnym świecie jedyna forma zmiany społecznej to właśnie rewolucja w majestacie prawa, jak wskazują na to przykłady nie tylko w byłym świecie komunistycznym ale także zmiana reżimu w Południowej Afryce. Prezes węgierskiego Sądu Konstytucyjnego Laslo Solyom nazwał zmiany na Węgrzech rewolucją pod rządami prawa. Jak sugerujemy, odnosi się to nie tylko do Węgier ale do wszystkich byłych krajów komunistycznych w Europie.

Podobnie jak w wypadku zmian ewolucyjnych, czy w wypadku tradycyjnej rewolucji o charakterze redempcyjnym, w przypadku rewolucji w majestacie prawa dochodzi do zmiany wizji przeszłości i przyszłości leżącej u podstaw prawa. Prawo głęboko związane jest nie tylko z historią, ale z wizją przeszłości i przyszłości artykułowaną przez dominującą grupę w ramach państwa narodowego. Amerykań-

2. W kwestii odpowiedzialności za zbrodnie stalinowskie w Polsce zobacz L. Gardocki: Zagadnienie odpowiedzialności karnej za zbrodnie stalinowskie, *Przegląd Prawa Karnego* 1992, nr 6, s. 61 i nast.

ski teoretyk prawa Robert Cover przekonywująco przedstawił te związki w artykule Nomos and Narrative[3]. Wizja przeszłości zawarta w prawie nadaje normatywny sens funkcjonującemu prawu. Dominująca wizja przeszłości związana jest nie tylko z poczuciem narodowej dumy, ale również jest powiązana z funkcjonującym poczuciem sprawiedliwości. W różnym stopniu i w różnej formie wizje przeszłości odzwierciedlone są w istniejącym ustawodawstwie. Jest to szczególnie widoczne w ustawodawstwie konstytucyjnym w państwach Europy Środkowo-Wschodniej po upadku komunizmu[4]. Dominująca narodowa wizja przeszłości oraz związane z nią poczucie sprawiedliwości ma także wpływ na ustawodawstwo karne w krajach przezwyciężających komunizm.

Zakres i głębokość przeobrażeń politycznych w Polsce, do jakich doszło po roku 1989, nie upoważnia do twierdzenia, jakobyśmy mieli do czynienia z totalnym negowaniem legitymacji elit, które na ołtarzu tych przeobrażeń poległy, co wykazały ostatnie wybory parlamentarne i prezydenckie. Z prawnego punktu widzenia państwowość zachowała swoją ciągłość, a więc formacje, które doszły do władzy po 1989 r., reprezentują ten sam podmiot w sensie prawnym, choć oczywiście nie taki sam w sensie jego politycznego oblicza. Wyrazem takiego stanu rzeczy jest poczucie zobowiązania do naprawienia szkód wyrządzonych obywatelom z rąk przedstawicieli poprzedniego reżimu. Zmiana sytuacji politycznej i związana z nią zmiana reżimu politycznego spowodowała, jak wspomnieliśmy wyżej, zmianę wizji przeszłości leżącej u podstaw prawa, w tym prawa karnego.

Cechą charakterystyczną rewolucji w majestacie prawa jest powrót do normalności. To pojęcie trudno zoperacjonalizować - można

3. Robert Cover Foreword: 1982 Term, Nomos and Narrative (1983) 97, *Harvard Law Review 4*.

4. Zob. A. Czarnota: Constitutional Nationalism, Citizenship and Hope for Civil Society in Eastern Europe (w) A. Pavkovic, H. Koscharsky, A. Czarnota (red.), *Nationalism and Postcommunism. A Collection of Essays*, Dartmouth 1995, ss. 83-101.

jednak wskazać na pewne jego elementy, takie jak restytucja własności i naprawienie szkód wyrządzonych przez poprzedni reżim. Powrót do normalności związany jest z poczuciem sprawiedliwości. Efektem jest większe znaczenie nadawane prawu w naprawianiu wyrządzonych szkód z przeszłości. Prawo, poprzez poczucie sprawiedliwości, powiązane jest z historią, co widać na przykładzie transformacji w Europie Środkowo-Wschodniej.

Po zmianie politycznej w byłych państwach komunistycznych Europy Środkowo-Wschodniej, w tym w Polsce, wprowadzono poprawki do konstytucji albo też zapisy w nowych konstytucjach, tam gdzie zostały one szybko wprowadzone, o zasadzie rządów prawa. Z reguły jest to zapis iż państwo jest demokratycznym państwem prawa. Pojęcie rządów prawa zawiera duży ładunek ideologiczny i w nauce trwa spór o jego precyzyjne znaczenie[5]. Z reguły ujmuje się rządy prawa w opozycji do rządów osobistych[6]. W tradycyjnej, pozytywistycznej wersji rządy prawa redukowane są do legalizmu - aplikacji obowiązujących norm prawnych. Efektem takiego podejścia jest formalizacja prawa i jego oderwanie od poczucia sprawiedliwości. Rządy prawa to ideał, który ulega ewolucji i jest ściśle powiązany z ideą sprawiedliwości[7]. W krajach postkomunistycznych widać wyraźnie próbę realizacji tego ideału. Trudno sobie wyobrazić czysty legalizm, w okresie kiedy zmiana polityczna i społeczna realizowana jest przez prawo, kiedy normy prawne są w okresie zmiany. Jednym z interesujących wymiarów realizacji rządów prawa w krajach postkomunistycznych, a w szczególności w Polsce, jest powiązanie dorobku tradycji prawniczej (technika legislacyjna i technika aplikacji prawa) z zasadą sprawiedliwości.

5. Zob. np. J.Wróblewski: Z zagadnień pojęcia i ideologii demokratycznego państwa prawnego (analiza teoretyczna), *Państwo i Prawo* 1991, nr 2.

6. W języku angielskim jest to rule of law w opozycji do rule of man.

7. Zob. Philip Selznick: Legal Cultures and the Rule of Law (w) A. Czarnota i M. Krygier (red.) *Rule of Law after Communism*, Dartmouth 1997 (w druku).

W rozwiniętych krajach liberalno-demokratycznych problemem z którym próbuje się powiązać rządy prawa jest realizacja zasad sprawiedliwości społecznej, równości nie tylko wobec prawa, ale równości społecznej. Implikuje to polepszenie sytuacji grup dyskryminowanych - kobiet, mniejszości seksualnych, mniejszości etnicznych. Ogólnym celem takiego podejścia jest dokonywanie określonych zmian w przyszłości. W przeciwieństwie do tak ukierunkowanej realizacji zasady sprawiedliwości w państwach liberalno-demokratycznych, jednym z podstawowych problemów, jakie stanęły przed elitami i prawnikami krajów postkomunistycznych, jest realizacja zasady sprawiedliwości w stosunku do przeszłości. Naprawienie szkód i niesprawiedliwości z okresu reżimu komunistycznego poprzez prawo, przy jednoczesnej realizacji rządów prawa, stanowi tu jedno z największych wyzwań, przed którymi stoją elity polityczne, a także teoria i praktyka prawa.

Kontynuacja państwa przy jednoczesnej zmianie podstaw jego legitymizacji z konieczności postawiła na porządku dziennym sprawę rehabilitacji i odszkodowań za represje karne z okresu komunistycznego, represje popełnione i wykonane przez aparat państwa. Prawne oddanie sprawiedliwości i częściowe chociażby zadośćuczynienie ze strony tego samego państwa wydaje się jedną z koniecznych przesłanek dla wprowadzenia rządów prawa. W socjologicznym i politycznym wymiarze jednym z elementów rządów prawa jest stosunek w relacji państwo - obywatel. Częściowe wyrównanie szkód niewątpliwie wpływa na zmianę postrzegania tych relacji w świadomości społecznej. Zmiana taka z kolei sprzyja umocnieniu autorytetu prawa. Poniżej próbujemy przedstawić problemy stojące przed praktyką w naprawianiu szkód z przeszłości na przykładzie polskiej ustawy o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego. Ponieważ ustawa ta próbuje naprawić niesprawiedliwości przeszłości, prawnik zmuszony jest stanąć twarzą w twarz z historią, myśleniem

prawniczym, rozwikłać skomplikowane losy przeszłości i jednocześnie oddać sprawiedliwość przeszłości, jak i teraźniejszości.

2. Idea rehabilitacji i odszkodowań za represje karne

Od czasu przełomu politycznego w 1989 r. pojawiły się na wokandach polskich sądów procesy rehabilitacyjne, w drodze których osoby represjonowane przez stalinowski aparat ucisku, względnie ich następcy prawni, usiłowali doprowadzić do zmiany orzeczeń sądowych w stosunku do nich wydanych. Rychło jednak okazało się, że przewidziane w polskim prawie podstawy wzruszania od lat prawomocnych orzeczeń i przewidziane w prawie polskim procedury, w drodze których można do tego doprowadzić, nie są wystarczająco szerokie i elastyczne z punktu widzenia załatwiania tego rodzaju spraw. Realne szanse na zmianę zapadłych przed laty orzeczeń pojawiły się bowiem tylko w odniesieniu do tych orzeczeń, które zapadły z obrazą prawa obowiązującego **w chwili, gdy orzeczenia te zapadały,** a i to, z uwagi na wąskie podstawy wzruszania prawomocności, następować mogło w bardzo ograniczonym zakresie. Nieskuteczne także okazały się przewidziane w polskim prawie tryby dochodzenia roszczeń odszkodowawczych za szkody i cierpienia, które stały się udziałem tysięcy ludzi ciemiężonych przez system stalinowski; na przeszkodzie ich realizacji stanęło bowiem przedawnienie[8].

Sytuacja ta uświadomiła prawnikom i politykom stosunkowo szybko, że konieczny staje się jakiś akt generalny za pomocą którego można byłoby rozwiązać coraz bardziej komplikujący się problem w skali ogólnej. Okazało się wszelako, że wszelka próba zadośćuczynienia ofiarom reżimu zderza się z potrzebą poszanowania elementarnych reguł państwa prawa, takich na przykład jak zasada nie działania prawa wstecz i stawia decydentów przed koniecznością wyboru pomiędzy sprawiedliwością formalną, a sprawiedliwością materialną.

8. Zob. W. Daszkiewicz: Problem rehabilitacji i odszkodowań za bezprawne represje karne, *Państwo i Prawo* 1990, nr 2, s. 3 i nast.

Problem prawnego podejścia do przeszłości komunistycznej głęboko podzielił nowe elity władzy. Próba prawnego odcięcia się od przeszłości, widziana na przykładzie wynagrodzenia szkód wyrządzonych przez stalinowski aparat represji, powiązana z jednoczesnym uznaniem ciągłości państwa, a tym samym ciągłości systemu prawa, wydaje się być problemem kwadratury koła dręczącym nie tylko elity polityczne i prawne ale także społeczeństwa byłych krajów komunistycznych.

Niezależnie od tych kwestii ogólnych pojawiły się też od razu dwa poważne problemy na znacznie niższym poziomie abstrakcji. Po pierwsze, dokonać należało wyboru pomiędzy rozwiązaniem polegającym na merytorycznym zrewidowaniu zapadłych przed bez mała 50 laty orzeczeń sądowych, a uznaniem ich za nieważne. Pierwsze rozwiązanie, niewątpliwie byłoby lepsze z gwarancyjnego punktu widzenia. Wszak pełniejsza jest rehabilitacja wyrażająca się wyrokiem uniewinniającym niż rehabilitacja polegająca na stwierdzeniu nieważności wydanego wyroku. Przyjęcie tej koncepcji spowodowałoby jednak niewyobrażalne trudności dowodowe. Sądy stanęłyby bowiem przed koniecznością prowadzenia ponownie procesów karnych w sytuacji, gdy akta spraw przeprowadzonych w latach 40-tych i 50-tych częściowo się nie zachowały, większość świadków przypuszczalnie odeszła już z kręgu żywych, a ślady w pamięci tych, którzy szczęśliwie dożyli dnia dzisiejszego, pozacierały się w stopniu uniemożliwiającym odtworzenie dziś czegokolwiek. Decydując się na to rozwiązanie stanęlibyśmy też przed innym niesłychanie trudnym problemem: czy ponownie rozpatrując sprawę stosować należy prawo obowiązujące wówczas, gdy czyn był popełniony, czy też prawo obowiązujące dziś. Żadna z tych ewentualności nie nadaje się do zaakceptowania. Stosowanie stalinowskiego prawa przez sądy niepodległej i demokratycznej Polski z oczywistych względów jest nie do pomyślenia, choćby dzięki odmiennej jego interpretacji możliwe byłoby naprawienie wielu wyrządzonych wówczas krzywd. Stosowanie prawa nam współczesnego kłóci się z kolei z elementarnymi zasada-

mi państwa prawnego bowiem opierać by się musiało na akceptacji retroaktywnego działania prawa.

Uświadomienie sobie powyższych trudności doprowadziło do przyjęcia trafnej koncepcji nieważności orzeczeń, ściślej zaś koncepcji uznania wydanych w okresie stalinowskim orzeczeń za nieważne. To uściślenie nie jest przypadkowe. Chodzi bowiem o koncepcje uznania nieważności ***ex tunc***, a nie ***ex nunc***. Oznacza to, że za właściwe uznano stwierdzenie, że orzeczenia organów stalinowskiego aparatu represji nieważne były **od samego początku**, a więc od chwili ich wydania. Na pierwszy rzut oka przyjęcie takiej konstrukcji prawnej wydaje się niewyobrażalne, bowiem zdaje się oznaczać wymóg, aby orzeczenia te zapadały z obrazą wówczas obowiązującego prawa. Koncepcja ta nabierać jednak zaczyna sensu, jeśli uwzględni się możliwość wykorzystania przyjętej w prawie polskim koncepcji przestępstwa, według której jest to czyn nie tylko zabroniony przez prawo, ale także **społecznie niebezpieczny**[9]. Wystarczy bowiem zmienić kryterium oceny owego społecznego niebezpieczeństwa aby dojść do przekonania, że zostało ono przed laty zastosowane wadliwie.

Drugi problem wiązał się z wyborem jednej z dwóch nasuwających się możliwości. Oto można było albo uznać za nieważne *ex lege* określone orzeczenia wydane w określonym okresie i przez określone organy, albo też powierzyć orzekanie o nieważności sądom (oczywiście orzekanie deklaratywne wobec akceptacji koncepcji nieważności *ex tunc*). Każda z tych koncepcji ma wady i zalety[10].

Zacznijmy od pierwszej. Pomysł nie jest nowy. Został on wykorzystany w Czechosłowackiej ustawie o rehabilitacji sądowej z 25 czerwca

9. Jest to zresztą koncepcja wprowadzona do polskiego prawa karnego na wzór *(nomen omen)* prawa radzieckiego.

10. Zob. W. Daszkiewicz: Postępowanie rehabilitacyjne - jego podstawy i usprawnienie przebiegu, *Państwo i Prawo* 1990, nr 9, s. 27 i nast.

1968 roku[11] uchwalonej na fali odnowy politycznej w Czechosłowacji tuż przed agresją państw Układu Warszawskiego. Według tej ustawy, orzeczenia niektórych organów uznane zostały za nieważne *ex lege* z powodów procesowych, w szczególności zaś trybu, w jakich zapadły, który to tryb w samej swojej istocie urągał elementarnym zasadom praworządności. Innym przykładem aktu prawnego opartego częściowo na tej koncepcji jest węgierska ustawa z 14 marca 1990 r. o uznaniu za nieważne wyroków naruszających praworządność, wydanych w latach 1945-1963[12], a więc okresie największego nasilenia represji zarówno przed rokiem 1956, jak i po okresie kadarowskiej normalizacji. Według tej z kolei ustawy niektóre kategorie skazań (kryterium stanowiły podstawy prawne tych skazań, a więc było to kryterium o charakterze materialnym) uznane zostały z mocy samej ustawy rehabilitacyjnej za nieważne, bez potrzeby przeprowadzania jakiegokolwiek postępowania[13]. Przykładem ustawy, która w całej rozciągłości przyjęła koncepcję uznania orzeczeń za nieważne z mocy prawa jest radziecki dekret z 1989 roku o uznaniu za nieważne niektórych orzeczeń[14]. W ustawie tej tylko na zasadzie wyjątku od reguły przewidziano indywidualne postępowanie o stwierdzenie nieważności.

W Polsce postulowano przyjęcie w ograniczonym zakresie koncepcji uznania nieważności orzeczeń stalinowskich *ex lege*. Dotyczyć by to mianowicie miało orzeczeń wydanych przez tzw. Komisje Specjalne do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym[15]. Wprawdzie orzeczenia tej Komisji zapadały zgodnie z obowiązującym prawem, niemniej z uwagi na inkwizycyjną procedurę i brak ja-

11. Sbirka zakonu Ceskoslovenskie socialisticke republiky 1968, nr 26, poz. 82.

12. Magyar Kozlony 1990, nr 29.

13. Nie zmienia postaci rzeczy fakt, że osoby zainteresowane mogą zgłaszać się do właściwych organów o wystawienie zaświadczenia stwierdzającego nieważność, a na odmowę jego wydania przysługuje zażalenie.

14. Cyt. za W. Daszkiewicz: Problem rehabilitacji..., s. 9.

15. Komisja ta utworzona została dekretem z 16 listopada 1945 roku (Dziennik Ustaw, nr 53 z 1945 r., poz. 302, tekst jednolity: Dziennik Ustaw, nr 41 z 1950 roku, poz. 274).

kichkolwiek możliwości obrony trudno jest dziś traktować je jako orzeczenia zachowujące moc w państwie, które w poprawce do konstytucji zadeklarowało się państwem prawa. Procedurze takiej mogłyby też niewątpliwie podlegać orzeczenia wydawane przez organy nie przewidziane w obowiązującym wówczas porządku prawnym, takie jak tajne sekcje w sądach, w których udział stanowił po prostu zwykłe przestępstwo, a które wydały setki zbrodniczych i co ważniejsze wykonanych przez państwowy aparat przymusu orzeczeń.

Podjęcie sensownej decyzji wymagało wszelako uwzględnienia realiów polskich. Absurdem byłoby twierdzenie, jakoby wszystkie orzeczenia wydane przez polskie sądy w latach czterdziestych i z początkiem lat pięćdziesiątych stanowiły wyraz stalinowskich represji. Realizacja takiego pomysłu w polskich warunkach musiałaby automatycznie spowodować uznanie za nieważne i bezprawne nie tylko orzeczeń wydanych wobec osób walczących o niepodległą Polskę, ale także na przykład skazań zbrodniarzy hitlerowskich, nie wyłączając skazań członków załóg obozów koncentracyjnych, morderców z Selbstschutz, itd[16]. Z kolei zaletą rozwiązania generalnego byłaby rezygnacja z obciążania i tak bardzo w Polsce przeciążonych sądów tysiącem nowych i naprawdę zarówno pod względem prawnym, jak i pod względem faktycznym, skomplikowanych spraw. Siła pierwszego z argumentów musiała jednak przeważyć i w związku z tym sięgnięto ostatecznie po drugie z możliwych rozwiązań i to w pełnej rozciągłości.

Także to rozwiązanie nie jest prekursorskie i zostało częściowo (w odniesieniu do niektórych orzeczeń) wykorzystane we wspomnianej ustawie czechosłowackiej z 1968 roku. Jak wspomniano, także rozwiązanie, które polega na powierzeniu sądom orzekania o nieważności orzeczeń okresu stalinowskiego, ma zalety oraz wady. Są one dokładnym lustrzanym odbiciem wad i zalet rozwiązania omówione-

16. W. Daszkiewicz: Problem rehabilitacji..., s. 14-15.

go powyżej. Rozwiązanie to daje bowiem możliwości selekcji orzeczeń zapadłych w okresie stalinowskim, powoduje jednak bardzo poważne obciążenie sądów nową, niezwykle obszerną kategorią spraw. Dodać przy tym należy, że upływ czasu powoduje poważne trudności dowodowe, które jednak nie występują w takiej skali, z jaką mielibyśmy do czynienia wówczas, gdybyśmy zdecydowali się na koncepcję merytorycznego rewidowania orzeczeń. Czym innym jest bowiem postępowanie zmierzające do ustalenia ustawowego kryterium nieważności, czym innym zaś postępowanie, które miałoby rozstrzygnąć o merytorycznej zasadności aktu oskarżenia wniesionego przed pięćdziesięciu laty.

3. Zakres ustawy i kryteria nieważności

Ustawa o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego uchwalona została przez Sejm 23 lutego 1991 roku[17] i weszła w życie z dniem 24 maja 1991 roku. Ostateczna koncepcja, na jakiej ustawodawca się oparł, to koncepcja uznawania za nieważne *ex tunc* pewnych kategorii orzeczeń decyzją sądu. Doceniając jednak wagę argumentu, że proste uznanie orzeczenia za nieważne nie prowadzi do pełnego zrehabilitowania tak jak wyrok uniewinniający, ustawodawca wprowadził do art. 2 ust. 1 ustawy zapis, według którego stwierdzenie nieważności orzeczenia uznaje się za równoznaczne z uniewinnieniem. Przybliżenia wymagają dwie zasadnicze kwestie: zagadnienie określenia klasy orzeczeń podlegających procedurze unieważnieniowej oraz zagadnienie kryterium stwierdzania nieważności.

Według art. 1 ust. 1 ustawy uznano za nieważne orzeczenia wydane przez polskie organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości lub przez organy pozasądowe w okresie od rozpoczęcia ich działalności na ziemiach polskich, począwszy od 1 stycznia 1994 roku do 31

17. Dziennik Ustaw, nr 34 z 1991 roku, poz. 149, zmiany Dziennik Ustaw, nr 36 z 1993 roku, poz. 159 i nr 28 z 1995 roku, poz. 143.

grudnia 1956 roku. Ustawa nie ograniczyła się zatem do represji „sądowych" w czystej postaci, uwzględnienia wymagał bowiem fakt, że na ziemiach polskich działały i wydawały podlegające wykonaniu i wykonywane wyroki różnego rodzaju komisje i tajne (kapturowe) sekcje, które według żadnych kryteriów nie mogą być uważane za sądy. Skoro, o czym wspominano, nie uznano nieważności orzeczeń tych organów *ex lege*, co możliwe byłoby ze względu na charakter tych organów, ustawa musiała rozszerzyć procedury stwierdzania nieważności także na ich orzeczenia.

Ramy czasowe wyznaczone zostały przy uwzględnieniu okoliczności, że przed 1 stycznia 1994 r. na ziemiach polskich organy polskie nie sprawowały żadnej jurysdykcji bowiem ziemie te znajdowały się pod okupacją niemiecką natomiast po dacie 31 grudnia 1956 r. na tyle zmieniły się realia polityczne w Polsce, iż ocena aktywności aparatu wymiaru sprawiedliwości według tych samych kryteriów polegałaby na nieporozumieniu. Nie oznacza to wszelako, iż brak jest możliwości korygowania orzeczeń zapadłych z naruszeniem prawa po 1956 roku. Następuje to jednak w trybie wzruszenia ich prawomocności na zasadach ogólnych, skutkuje więc ich ewentualnym uchyleniem lub zmianą, *ex nunc*, a nie *ex tunc*.

Podstawą (kryterium) uznania orzeczeń za nieważne jest stwierdzenie, że czyn zarzucony lub przypisany sprawcy był związany z działalnością na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego albo orzeczenie wydano z powodu takiej działalności. Kryterium to interpretowane jest szeroko. Wprawdzie sformułowanie ustawowe wskazuje na jego podmiotowy charakter, niemniej zgodnie z dominującą w polskim modelu odpowiedzialności karnej zasadą subiektywizacji, nie sposób wykluczyć sytuacji, że dopiero analiza strony podmiotowej, a więc zamiarów i pobudek sprawcy, może decydować o uznaniu orzeczenia za nieważne[18]. Uznaniu za nieważne podlegają też

18. Postanowienie Sądu Najwyższego z 20 listopada 1991 roku, sygn. I KZP 25/91, Orzecznictwo Sądow Polskich, Izba Karna i Wojskowa 1992, nr 3-4, poz. 22.

orzeczenia wydane za opór przeciwko kolektywizacji wsi i obowiązkowym dostawom.

Takie określenie kryterium oraz powierzenie sądom rozstrzygania o uznaniu orzeczeń za nieważne spowodowało ogromne trudności w praktyce. Oto bowiem po upływie blisko 50 lat od chwili wydania orzeczeń, sądy polskie mają rozstrzygać o motywach i pobudkach popełnionych wówczas czynów oraz o prawdziwych powodach, dla których orzeczenia te wydano. Praktyka pokazała, że są przypadki, w których sprawa jest właściwie bezdyskusyjna i wydanie orzeczenia możliwe jest po prostu po przeczytaniu akt sprawy, jeżeli takowe się zachowały, co nie należy do codzienności. Do takich spraw należą skazania za udział w związkach, o których wiemy, że działały na rzecz niepodległości Państwa przeciwstawiając się okupantowi sowieckiemu.

Bardziej problematyczne są skazania za nielegalne posiadanie broni. Oczywiście, w wielu wypadkach uzasadnione jest przyjęcie założenia, że broń przechowywana była w ramach pomocy organizacjom podziemnym i rozlicznym grupom partyzanckim. Często jednak z historycznych akt sprawy nie wynika dokładnie nic ponadto, że skazany broń posiadał, faktu tego nie zgłosił władzom i skazany za to został na przykład na 5 lat ciężkiego więzienia, które w katorżniczych warunkach faktycznie odcierpiał. Pamiętać trzeba, że bezpośrednio po przejściu frontu długo po zakończeniu wojny ziemia w Polsce niemalże zasłana była trupami poległych i bronią palną. Obecnie często stawia się obywatel przed sądem i twierdzi, że broń przechowywał dla organizacji walczącej o niepodległość Państwa Polskiego. Przed sądem stoi olbrzymi problem, jakie w takiej sytuacji stosować kryteria oceny?

Inna kategoria spraw wiąże się z tzw. szeptanką. Wielka ilość wyroków zapadła za opowiadanie dowcipów o prominentach ówczesnej komunistycznej elity politycznej lub o nowym systemie społecznym i reżimie politycznym. Podstawą skazania była antypaństwo-

wość sprawcy i zagrożenie, jakie rozpowszechnianie fałszywych wiadomości niosło dla stabilności ustroju komunistycznego. Jeśli za opowiastki o batiuszce Stalinie, którego nie trzeba bliżej przedstawiać lub o Józefie Bierucie, który był Prezydentem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej do 1952 roku, odcierpiał ktoś wieloletnie więzienie, nie mamy wątpliwości, że padł ofiarą komunistycznego terroru i cierpiał niesłusznie. Czy jednak możemy przyjąć, że skazano go za walkę o niepodległy byt Państwa Polskiego lub z powodu takiej działalności został skazany[19]?

Jeszcze inne trudności wywołują skazania za opór przeciwko obowiązkowym dostawom. W głodującej powojennej Polsce chłopi musieli pod groźbą kary oddawać wszystkie wyprodukowane płody rolne, które następnie podlegały dystrybucji centralnej. Związane to było z realizacją polityki rolnej komunistów w Polsce. Najczęściej skazywano chłopów, którzy nie dostarczali miastom żywności po prostu dlatego, że sami nie mieli nic albo bardzo niewiele. Czy można dziś przyjąć, że przeciwstawiali się oni zniewoleniu Polski i walczyli o jej niepodległy byt? Dzisiaj ówcześni chłopi często stawiają się przed sądem i usiłują przekonywać, że czynili to nie godząc się z komunistyczną ideą centralnej dystrybucji dóbr i komunistyczną polityką rolną w Polsce, a ich opór był przejawem walki o wolny rynek, a przez to także o suwerenną Polskę.

Najtrudniejszy jest jednak problem oceny działalności sprawców czynów gwałtownych, którzy dzisiaj, po wielu latach usiłują dowodzić, że dokonywane przez nich rozboje i napady motywowane były politycznie. Najbardziej typowe sytuacje dotyczą tzw. aprowizacji partyzantki. Ukrywające się w lasach oddziały partyzanckie na ogół korzystały ze wsparcia miejscowej ludności. Wsparcie to jednak miało ograniczony zasięg już to z tego powodu, że pokaźna część pol-

19. W postanowieniu z 3 lipca 1992 r., sygn. II KRN 90/92 Sąd Najwyższy przyjął, że nie każde zachowanie osoby, stanowiące wyraz korzystania z praw i wolności, równoznaczne jest z działalnością na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego.

skiego społeczeństwa zaakceptowała nowy porządek polityczny, już to dlatego, że wsparcie partyzantki prowadziło do surowych represji ze strony aparatu stalinowskiego, niejednokrotnie do pacyfikowania całych wsi. W tej sytuacji utrzymanie partyzantki wymuszało konieczność dokonywania zbrojnych napadów na magazyny żywności w miastach i na stosowaniu przymusu wobec Bogu ducha winnych chłopów, którzy albo nie chcieli pomagać, albo bali się, albo w końcu nie mieli czym się dzielić. W napadach tych niejednokrotnie ginęli ludzie. Dziś pojawia się pytanie, czy tego rodzaju akty mogą być traktowane jako przejaw walki o niepodległy byt Państwa Polskiego. W wielu sprawach z tego zakresu sądy udzieliły odpowiedzi pozytywnej, przy uwzględnieniu pomocniczej reguły zapisanej wprost w ustawie z lutego 1991 roku. Według jej art. 1 ust. 3 nie unieważnia się orzeczeń, jeśli dobro poświęcone pozostawało w rażącej dysproporcji do dobra, które uzyskano lub zamierzano uzyskać, albo sposób działania lub zastosowany środek były rażąco niewspółmierne do zamierzonego lub osiągniętego skutku. Reguła proporcjonalności, znana w prawie od długiego czasu, na niewiele się jednak zdaje, wobec piętrzących się trudności dowodowych, przy rozstrzyganiu konkretnych spraw. Wiemy, że w latach powojennych grasowały po lasach i gościńcach nie tylko grupy partyzanckie, ale także po prostu bandy rzezimieszków, zwykłych kryminalistów, którzy wykorzystując powojenną zawieruchę i brak stabilizacji dokonywali grabieży. Jeśli dziś skazani za rozboje domagają się uznania za nieważne wydanych wobec nich wyroków, podjęcie decyzji o zastosowaniu ustawy rehabilitacyjnej następuje po naradzie, podczas której sędziowie zamiast spierać się na argumenty co do faktów, postawieni są w sytuacji gdzie jedynym ratunkiem jest raczej empatia albo wręcz wróżenie z fusów.

4. Problem odszkodowania

Według art. 8 ust. 1 ustawy z 23 lutego 1991 roku osobie, wobec której stwierdzono nieważność orzeczenia, przysługuje od Państwa

odszkodowanie za poniesioną szkodę i zadośćuczynienie za doznaną krzywdę, wynikłe z wydania w przeszłości takiego orzeczenia. W razie śmierci tej osoby, uprawnienie to przechodzi na małżonka, dzieci i rodziców[20]. Rzecz jasna, chodzi tu nie tylko o przypadki śmierci poniesionej w ramach represji stalinowskich (np. wyroki śmierci, przypadki zakatowania więźniów w stalinowskich kazamatach), ale także o takie sytuacje, w których osoba skazana po odcierpieniu więzienia zmarła śmiercią naturalną.

Konieczne jest przeprowadzenie drugiego postępowania sądowego w kwestii przyznania odszkodowania. Postępowanie to ma ograniczony zasięg i zmierza jedynie do ustalenia wysokości odszkodowania bowiem o istnieniu jego podstawy przesądza wydanie orzeczenia o uznaniu orzeczenia za nieważne.

W tym miejscu mała dygresja. W toku dyskusji poprzedzającej uchwalenie omawianej ustawy wyrażano głębokie przekonanie, że wnioski o odszkodowanie będą należały w praktyce do rzadkości. W gruncie rzeczy bowiem chodzi o stworzenie możliwości zrehabilitowania osób, które na skutek stalinowskich represji pozbawione zostały dobrego imienia. W praktyce rzeczywistość przedstawia się bardziej prozaicznie. Często na sali sądowej pojawiają się dzieci po zamęczonym na śmierć bojowniku o niepodległość Polski i domagają się uznania za nieważny skazującego go wyroku nie wiedząc dokładnie nic o nim samym ani o ideałach, o które walczył, nie znając czasem nawet jego imienia. Wiedzą, jedynie tyle, że jeśli sąd uzna wyrok za nieważny, posiądą podstawę do uzyskania odszkodowania. Spieniężenie świadomości ma miejsce w czasach trudnych reform ekonomicznych i z ekonomicznego punktu widzenia działalność

20. Jest rzeczą dyskusyjną, czy krąg osób uprawnionych do odszkodowania i zadośćuczynienia ograniczony jest egzemplifikacją art. 8 uat. 1 (małżonek, dzieci, rodzice), czy też - jak to przyjął ostatnio Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z 5 października 1995 r. (sygn. I KZP 23/95, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 1995, nr 11-12, poz. 73) - decydują ogólne reguły prawa spadkowego.

spadkobierców zainteresowanych nie tyle sławą lub dobrym imieniem przodka, co pieniędzy, trudno uznać za nieracjonalną. Odmienną jednak ocenę można wydać w kategoriach moralnych.

Praktyka sądów, gdy chodzi o wysokość przyznawanych odszkodowań wychodzi z założenia, że odszkodowanie powinno obejmować rzeczywiste szkody, jakie osoba więziona poniosła oraz ewentualne korzyści, jakie mogłaby odnieść gdyby nie była represjonowana. Dlatego w celu określenia wysokości odszkodowania ustalać trzeba realia, w jakich skazany żył, a zwłaszcza potencjalne możliwości, jakimi dysponował, a które na skutek represji utracił. Wysokość tego odszkodowania kształtuje się średnio na poziomie 1/4 do 1/3 średniego miesięcznego wynagrodzenia w momencie orzekania. Kwota ta podlega oczywiście przemnożeniu przez liczbę miesięcy efektywnego pozbawienia wolności.

Represjonowani uprawnieni są także do dochodzenia zadośćuczynienia za krzywdę, jaką im wyrządzono. Zadośćuczynienie to w praktyce znacznie przewyższa zasądzane odszkodowanie. Określając jego wysokość sądy biorą pod uwagę długość okresu pozbawienia wolności oraz warunki, w jakich skazany był więziony, subiektywnie postrzegane rozmiary dolegliwości, jakie były udziałem skazanego, o ile okoliczności te można jeszcze dziś ustalić, a także następstwa pozbawienia wolności.

Inaczej przedstawia się problem odszkodowania w sytuacji, gdy osoba skazana poniosła śmierć na skutek stosowanych wobec niej represji. Tu sądy stają, przed ogromnym problemem mając pełną świadomość, że życia ludzkiego nie można przeliczyć na pieniądze. Pamiętać przy tym trzeba, że zadośćuczynienie, które w takiej sytuacji stanowi główny składnik zasądzanej kwoty, jest świadczeniem należnym samemu represjonowanemu i tylko w drodze dziedziczenia przechodzi na małżonka i potomków. Tymczasem częstokroć osoby aresztowane za udział w organizacjach walczących z ówczesnym reżimem rozstrzeliwane były po kilku zaledwie dniach, po fikcyjnych

procesach, a czasem w ogóle bez procesów. Mamy więc do czynienia z cierpieniem wprawdzie bardzo intensywnym, ale często krótkotrwałym. Nie jest możliwe rekompensowanie w omawianym trybie następstw śmierci represjonowanego, bowiem oznaczałoby to zaspakajanie roszczeń, jakich on nie nabył do chwili swojej śmierci, ani też przez swoją śmierć. Dlatego też zadośćuczynienie musi w takich sytuacjach opierać się na poczuciu sprawiedliwości i uwzględniać wszystkie okoliczności konkretnej sprawy.

Problem dochodzenia odszkodowań to nie tylko kwestia skonsumowania tytułu prawnego, jakim jest postanowienie sądu o uznaniu orzeczenia za nieważne. Ustawa daje bowiem podstawę dochodzenia odszkodowania w dwóch sytuacjach, w których decyzja tego rodzaju nie zapadła.

Po pierwsze, uświadomiono sobie, że w równym stopniu zasługują na odszkodowanie także te osoby, co do których nie wydano orzeczenia, całe jednak lata spędzili w stalinowskich więzieniach oczekując wyroku, który nigdy nie zapadł, już to z uwagi na brak dowodów, już to z uwagi na przełom polityczny, który nastąpił w 1956 roku, już to z tego powodu, iż nieszczęśnicy nie doczekawszy wyroku wyzionęli ducha po jednych z kolejnych przesłuchań urozmaicanych wybijaniem zębów i wyłamywaniem palców. Dlatego też według art. 11 ust. 1 ustawy odszkodowanie przysługuje także osobom, co do których zachodzą przesłanki stwierdzenia nieważności orzeczenia, jeżeli oskarżonego uniewinniono lub postępowanie umorzono z powodu niepopełnienia przestępstwa i nie zostało prawomocnie zasądzone odszkodowanie i zadośćuczynienie, a osoby te były zatrzymane bądź tymczasowo aresztowane[21].

21. Zobacz interpretację tego przepisu w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 1992 r., sygn. WZ 35/92, Orzecznictwo Sadu Najwyższego, Izba Karna i Wojskowa 1992, nr 11-12, poz. 80.

Po drugie, na odszkodowania zasługują, nie tylko ofiary represji sądowych organów polskich, ale także organów sowieckich, którym w specjalnym porozumieniu władze polskie w 1944 roku, a mianowicie Polski Komitet Wyzwolenia Narodowego, przekazały jurysdykcję w strefie działań wojennych na obszarze terytorium Polski po wkroczeniu na to terytorium wojsk sowieckich[22]. Nie wchodzi jednak w rachubę uznawanie za nieważne orzeczeń wydanych przez organy państwa obcego, bowiem oznaczałoby to wyjście poza zakres kognicji sądownictwa polskiego[23]. Nic jednak nie stoi na przeszkodzie, aby ofiary takich represji otrzymały odszkodowanie z kasy Rzeczpospolitej Polskiej, jeżeli skazanie nastąpiło w związku z walką, o niepodległy byt Państwa Polskiego (art. 8 ust. 2a ustawy[24]).

Obydwie wymienione klauzule uzupełniające wywołują wielkie trudności w praktyce sądowej. Przepis art. 11 ust. 1 ustawy daje podstawę dochodzenia odszkodowania z tytułu wszelkich represji, które miały miejsce w związku z toczącym się postępowaniem karnym, choćby postępowanie to nie zakończyło się orzeczeniem. Takie jednak kryterium jest bardzo płynne. W jednej ze spraw z tego zakresu sąd pierwszej instancji stanął przed problemem zasądzenia odszkodowania za śmierć ojca wnioskodawcy, który został po prostu zastrzelony przez funkcjonariusza Urzędu Bezpieczeństwa na własnym podwórzu. Sąd ustalił, że nie toczyło się w tej sprawie żadne postępowanie karne; ojciec wnioskodawcy należał do organizacji niepodległościowej i z tego powodu został po prostu zgładzony strzałem w tył głowy. Dopiero przed sądem drugiej instancji udało się ustalić, że

22. Chodzi o porozumienie z 26 lipca 1945 r. zawarte pomiędzy Polskim Komitetem Wyzwolenia Narodowego (PKWN) a rządem ZSRR o stosunkach między radzieckim wodzem naczelnym a polską administracją po wkroczeniu wojsk sowieckich na terytorium Polski.

23. Zobacz postanowienie Sądu Najwyższego z 18 września 1992 r., sygn. II KRN 116/92, Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Karna i Wojskowa 1992, nr 11-12, poz. 79.

24. W brzmieniu przyjętym nowelą z 20 lutego 1993 r., Dzennik Ustaw, nr 36 z 1993 r., poz. 159.

funkcjonariusz Urzędu Bezpieczeństwa przyjechał z nakazem aresztowania, a strzał oddał dlatego, że niedoszły aresztant pragnąc uniknąć aresztowania podjął próbę ucieczki. Ten nowy stan faktyczny stworzył podstawę przyjęcia założenia, że śmierć ojca wnioskodawcy nastąpiła w związku z postępowaniem, w toku którego wydano nakaz aresztowania.

Inny kazus pojawił się w związku z wnioskiem o wypłacenie odszkodowania w sprawie, w której zastrzelono członka podziemnej organizacji w potyczce z oddziałem milicji i funkcjonariuszy bezpieczeństwa. Wprawdzie nie ulegało wątpliwości, że jakieś postępowanie przeciwko zastrzelonemu toczyło się, ponieważ był on poszukiwany przez milicję, to jednak brak było dowodów iż postępowanie to pozostawało w jakimkolwiek związku z zastrzeleniem go w potyczce, do której doszło w ramach oczyszczania lasu z wrogich ustrojowi band. Sąd odmówił zasądzenia odszkodowania.

Z trudności, jakie wystąpiły w tych i występują w podobnych sprawach, zdaje sobie sprawę polski Sąd Najwyższy, który przyjmuje rozszerzającą wykładnię przepisu art. 11 ust. 2 ustawy i powiada, że przesłanki zasądzenia odszkodowania spełnione są wówczas, gdy pozbawienie życia osoby represjonowanej związane było z toczącym się postępowaniem lub choćby jego namiastką, nie zaś z walką zbrojną podjętą poza postępowaniem karnym[25]. Nie wydaje się jednak, aby wyrażenie tego zapatrywania prawnego uwolniło praktykę od piętrzących się wątpliwości.

Nie mniej trudności wiąże się z odszkodowaniami i zadośćuczynieniami przysługującymi osobom represjonowanym przez radzieckie organy wymiaru sprawiedliwości lub organy pozasądowe. Wprawdzie przepis art. 2a ustawy lutowej odwołuje się wprost do porozumienia pomiędzy PKWN a rządem ZSRR z 26 lipca 1944 r., to jednak kryteria decydujące o tym, w jakim zakresie nastąpiło zrzeczenie

25. Uchwała z 3 marca 1994 r., sygn. I KZP 1994, nr 3-4, poz. 17 (teza 1).

się jurysdykcji przez PKWN na rzecz organów sowieckich, wywołują zasadnicze wątpliwości interpretacyjne. Pytanie, czy zrzeczenie się suwerenności jurysdykcyjnej dotyczy obszarów Polski przedwojennej, czy też tylko obszarów położonych na zachód od linii Curzona podzieliło najwyższe polskie instancje sądowe. Linię tę uznał za wyznaczającą ramy odpowiedzialności odszkodowawaczej Państwa Polskiego za represje sowieckie Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z 21 czerwca 1995 r.[26]. Przeciwne stanowisko zajął Trybunał Konstytucyjny w uchwale z 30 kwietnia 1996 r.[27]. Niejasne i mało precyzyjne jest ponadto użyte w porozumieniu kryterium w strefie działań wojennych[28].

5. Zakończenie

Bezpośrednio po poprzedzonym długą dyskusją wejściu w życie ustawy rehabilitacyjnej wydawało się, że przyjęte kryteria pozwolą sprawiedliwie oddzielić skazania słuszne od niesłusznych, że ustawa pozwoli na wynagrodzenie wyrządzonego zła tym, którzy oddali walce o niepodległość Polski długie lata wolności, a niejednokrotnie własne życie. Praktyka pokazała jednak, że nadzieje te w dużej mierze okazały się płonne. Uświadomiła nam jednak, że sięganie po określone w ustawie kryteria niejednokrotnie prowadzi do rozstrzygnięć sprzecznych z dominującym poczuciem sprawiedliwości. Jest bowiem niemalże pewne, że uznano za nieważne szereg orzeczeń zapadłych w sprawach o charakterze czysto kryminalnym; dotyczy to zwłaszcza spraw o rozboje, jednocześnie zaś w wielu sprawach od-

26. Sygn. I KZP 5/95, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 1995, nr 9-10, poz. 53.

27. Dziennik Ustaw, nr 63, poz. 304. Obszerne fragmenty uchwały uzasadnienia tej uchwały oraz zdanie odrębne sędziego Zdzisława Czeszejko-Sochackiego opublikowała Rzeczpospolita w nr 124 (4378) z 1996 r. Warto na marginesie dodać, że cały spór zdaje się być sporem pozamerytorycznym, skoro akcentowany przez Trybunał Konstytucyjny wymóg spełnienia przesłanek szczególnych w praktyce wyklucza możliwość uznania roszczeń z tytułu represji stosowanych po dniu 26 lipca 1944 r. po wschodniej stronie Bugu.

28. Zob. teza 2 uchwały Sądu Najwyższego powołanej powyżej w przypisie 26.

mówiono uznania orzeczenia za nieważne, bowiem nie udało się wykazać związku popełnionego lub przypisanego czynu z walką o niepodległość Polski, choć w rzeczywistości związek taki miał miejsce. Orzeczenie stwierdzające nieważność nie mogło jednak zapaść, bowiem nie może być ono oparte na domniemaniu.

Różnicowanie represji wywieranych w ramach toczącego się postępowania i poza toczącym się postępowaniem wydaje się być głęboko niesprawiedliwe. Czyż ci, którzy poszli do lasu by walczyć przeciwko sowieckiemu okupantowi i w walce tej oddali życie nie zasługują na potraktowanie ich w taki sam sposób jak ci, którzy robili dokładnie to samo, ale zostali schwytani i cierpieli w stalinowskich więzieniach lub skończyli na szubienicy?

Ustawa ograniczyła zakres procedury unieważnieniowej i zakres roszczeń odszkodowawczych do represji sądowych. Od strony techniczno-legalistycznej jest to podejście trafne, ale czy naprawdę jest sprawiedliwe? A czy ci, którzy za walkę w antyhitlerowskim ruchu oporu cierpieli represje w niemieckich więzieniach i obozach koncentracyjnych nie zasługują na nasze uznanie i pamięć, także na wynagrodzenie im szkód poniesionych w walce o Polskę? A rodziny oficerów armii polskiej, których szczątki spoczywają w Katyniu, Charkowie i Miednoje? Czy im nie należy się rekompensata taka jak tym, których przodków dosięgnęła sowiecka kula za wywrotową działalność, tyle że trzy lata później, gdy w glorii zwycięzców Sowieci po raz wtóry przekroczyli wschodnie granice Polski?

Te i tysiące innych wątpliwości skłania do sceptycznej oceny podjętej akcji rehabilitacyjnej. Prawo nie stanowi dobrego remedium na wszystkie bolączki społeczne, a w szczególności nie jest dobrym środkiem do wygładzania przeszłości. Połączenie prawa z historią ma miejsce dla przyszłości, dla wyartykułowania wartości i normatywnej wizji łączącej dane społeczeństwo. Nie oznacza to, że prawo jest dobrym środkiem do łagodzenia ran z przeszłości. Myślenie prawnicze jest odmienne od myślenia historycznego. W przedstawionej ustawie

a w szczególności w stosowaniu ustawy mamy wyraźnie postawiony problem trudności w połączeniu formalnego i pragmatycznego myślenia prawniczego z myśleniem historycznym. Trudności w połączeniu dwóch typów praktyk społecznych są aż za bardzo widoczne z konsekwencjami dla realizacji poczucia sprawiedliwości. Prawo lepiej daje sobie radę z teraźniejszością oraz z regulacją przyszłości niż z prostowaniem poplątanych ścieżek historii. Jak wspomnieliśmy na początku, w tradycji prawnej prawo zachodu zwrócone jest w przyszłość, a nie w przeszłość. Być może droga wybrana przez Republikę Południowej Afryki z działalnością Komisji Prawdy kierowanej przez Biskupa Desmonda Tutu, której głównym celem jest publiczne ujawnienie czarnych plam z przeszłości oraz ich moralne potępienie, stanowi lepszą drogę do społecznego pojednania z przeszłością niż angażowanie prawa. Być może należało pozwolić zagoić się ranom przeszłości. Może osąd należało zostawić moralności i historykom. Może trzeba było z pokorą pochylić czoło nad cierpieniem tysięcy Polaków, którzy w walce o swoją Ojczyznę tak wiele z siebie dali i powiedzieć im po prostu: wasza krew i łzy nie poszły na marne.

Z drugiej strony, przedstawione problemy prawnego naprawiania przeszłości stoją i stać będą przez najbliższy czas przed społeczeństwami Europy Środkowo-Wschodniej i prawna droga rozwiązania tych problemów, oddania sprawiedliwości zajściom z przeszłości z jednoczesnym zastosowaniem zasad rządów prawa zasługuje nie tylko na wnikliwe studiowanie, ale i szacunek.

LAW, HISTORY AND JUSTICE
The Rule of law and the Polish law invalidating judgements given against people repressed for activities on behalf of an independent Polish state

Summary

The paper deals with the crucial and overlooked problem of how the law deals with the past. The topic is especially important in the former communist states. The authors approach the problem from the point of view of an analysis of the construction of one Polish statue on invalidating judgements given against people repressed for activities on behalf of an independent Polish state adopted by the Polish Diet on 23 February 1991 after the political transformation in 1989.

In the paper the authors analyse the structure of the Polish law in the comparative context of laws adopted in other countries, such as the Czechoslovakian law on judicial rehabilitation of 1968 and the Hungarian law of 14 March 1990, declaring invalid judgements infringing the rule of law. The problems faced by Polish legislators such as the conception of treating judgements of communist courts invalid *ex tunc* or *ex nunc,* and legal problems faced by the complicated history of Poland are spelled out and analysed.

The problem of rehabilitation in connection with recognition of certain categories of court decisions as invalid *ex tunc* is highlighted and examined.

The authors then examine the problem of the claims for damages demanded from the State for injuries inflicted and reparation from harm suffered as stipulated in article 8 clause 1 of the law of 28 February 1991. The issue of damages is discussed from the point of view of problems faced by judges in adjudication.

In the last part the authors discuss the laws its impact on the society and its role in the implementation of the Rule of Law. In conclusion they argue that the role is limited especially in providing justice to the past. Also the social impact of the law on the social narrative of history is rather limited.

Oktawia Górniok

POJĘCIE PRZESTĘPCZOŚCI GOSPODARCZEJ A JEJ SPOŁECZNO-POLITYCZNA WARSTWA

1. Nie jest sprawą przypadku, że zarówno prowadzący badania kryminologiczne, jak i stanowiący oraz stosujący prawo karne, czyniąc ich przedmiotem przestępczość gospodarczą, przejawiają tak żywe zainteresowanie jej warstwą społeczno-polityczną. Nie dziwi również, że parający się socjologią, w szczególności socjologią prawa, teorią kryminalizacji, czy ogólną teorią państwa i prawa obierają częstokroć przestępczość gospodarczą za przedmiot swych badań nad wzajemnymi stosunkami różnych sił społecznych, ich konfliktami, walką poszczególnych klas, warstw czy grup społecznych w stanowieniu prawa.

Wiadomo, że u podstaw Sutherlandowskiej koncepcji White-Collar Crime, z której wywodzą się współczesne konkurujące ze sobą różne ujęcia przestępczości gospodarczej, legł potężny ładunek ideologiczny. Już samo świadome przeciwstawianie przez E.H. Sutherlanda white collar workers - blue collar workers zawierało w sobie elementy krytyki współczesnego mu systemu ekonomiczno-społecznego i inicjację reformowania go.[1]

Obfity plan badań, zmierzających do odkrywania przez pryzmat zjawiska przestępczości gospodarczej prawidłowości społecznych czy weryfikujących w jej obszarze teoretyczne modele współczesnych społeczeństw lub tylko poszukujących w rządzących nim prawach

1. An Analysing Crime, University Chicago 1973, s. 6.

teoretycznego oręża w walce politycznej zebrany został głównie w warunkach gospodarki rynkowej, o różnym zasięgu i nasileniu interwencji państwa. Twierdzenia oparte na tym materiale nie mogą pretendować do roli uniwersalnych praw nauki. Ograniczenie warunkami danego systemu ekonomiczno-politycznego nadaje im charakter tylko generalizacji historycznej.[2]

Jak dotąd nie dysponujemy jeszcze ustaleniami badawczymi sięgającymi do warstwy społeczno-politycznej przestępczości gospodarczej okresu polskiej transformacji systemowej. Jest to zrozumiałe, bowiem warunkiem niezbędnym penetrowania tej warstwy wydaje się być uprzednia jak najpełniejsza diagnoza przejawów przestępczości gospodarczej oraz empiryczne rozeznanie w dopiero tworzącej się, odpowiednio do przekształceń systemu gospodarczego nowej struktury naszego społeczeństwa, jego wewnętrznej stratyfikacji oraz w konfliktach między różnymi grupami interesów. Na tych obu płaszczyznach podejmuje się już prace badawcze. Można więc mieć niepłonną nadzieję, że ich plon pozwoli sięgać w głąb poszczególnych warstw złożonego i powiązanego z ważkimi problemami ekonomicznymi, społecznymi i politycznymi zjawiska przestępczości gospodarczej. Badania takie pozwolą weryfikować twierdzenia oparte na materiale zebranym w warunkach dojrzałej gospodarki rynkowej, rozstrzygać o ich uniwersalnym, czy tylko ograniczonym historycznie charakterze i być może odkrywać w warstwie społeczno-politycznej przestępczości gospodarczej okresu transformacji systemowej specyficzne dla takich warunków prawidłowości.

Natomiast już obecnie warte są uwagi ustalenia badawcze w zakresie warstwy społeczno-politycznej poczynione w warunkach gospodarki rynkowej. Stanowić one bowiem mogę podstawę dla formułowania hipotez odnoszących się do tej warstwy zjawiska przestę-

2. Por. S. Nowak: Metedologia badań socjologicznych, Warszawa 1970, s. 130 i n.

pczości gospodarczej w Polsce w okresie przechodzenia do gospodarki rynkowej.

2. Wspomniany na wstępie obfity plon takich badań oraz mnogość podejmowanych w nich problemów, wymagają ze względu na ramy objętościowe artykułu dokonania wśród nich wyboru. Skoro ciągle trwa wielka reforma polskiego prawa karnego, a jednocześnie przepisy składające się na tzw. prawo karne gospodarcze włączane są do licznych ustaw dotyczących instytucji i niektórych reguł działalności gospodarczej przystosowywanych do naszego systemu gospodarczego, wybieram problem znaczący dla stanowienia i stosowania tego prawa wobec sprawców przestępstw gospodarczych. Jest to problem samej koncepcji przestępczości gospodarczej ujmowanej ze względu na warstwę społeczno-polityczną zjawiska oraz reagowania na nie środkami prawno-karnymi.

Jak wiadomo, mimo toczących się od dziesiątków lat w różnych gremiach (teoretyków, praktyków, kryminologów, karnistów) i zasięgu (środowiskowe, ogólnospołeczne, krajowe, międzynarodowe) dyskusji i sporów nie udało się dotychczas uzgodnić względnie jednolitego znaczenia nazwy przestępczość gospodarcza.

Spór o treść i zakres tej nazwy nie ma wyłącznie, a nawet głównie, jak pisze J. Jepsen, charakteru semantycznego. Niewielką zdają się w nim również odgrywać rolę doktrynerskie skłonności czy ambicje poszczególnych teoretyków.[3]

Różnice w określaniu tego zjawiska mogą powstawać ze względu na zadania jakie mu powierzamy i dziedzinę nauki czy praktyki, w jakiej nim operujemy.

H. Otto dostrzega potrzebę aż trzech określeń zjawiska przestępczości gospodarczej, z których każde uwzględnia inny punkt widze-

3. Wirtschaftskriminalität in Dänemark - Soziale Macht und die Definition von kriminalität, w: Internationale Forschungsergebnisse auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität, Pfaffenweiler 1987, s. 218 i n.

nia: kryminologiczno-socjologiczny, prawnokarny (inaczej: dogmatyczny) i kryminalistyczno-procesowy.[4]

Natomiast I.A. Wienerowi wystarczają dwa określenia: kryminologiczno-kryminalistyczne i prawno-karne.[5]

3. Przyczyną konstruowania odmiennych koncepcji przestępczości gospodarczej może być także różne ujęcie jej warstwy społeczno - politycznej. W zależności od niego eksponuje się w syndromie przestępczości gospodarczej te lub inne czynniki kryminogenne oraz dobra, którym zjawisko to zagraża.

S. Holmberg, analizując przytaczane w literaturze prawa karnego i kryminologii, a także socjologii prawa i ekonomii koncepcje przestępczości gospodarczej przez pryzmat leżących u ich podstaw ideologicznych i polityczno - prawnych racji dzieli je aż na cztery grupy.[6]

Wśród nich stosunkowo najszerzej upowszechnione w nauce prawa karnego i na ogół akceptowane w kręgach oficjalnych są tzw. administracyjne ujęcia przestępczości gospodarczej. Ich czołowym reprezentantem jest niemiecki uczony K. Tiedemann. Jego własna definicja przestępczości gospodarczej, ujęta w skrócie brzmi: przestępstwami gospodarczymi są zakazane przez prawo zachowania, które szkodzą lub zagrażają wyrządzeniem szkody ponadindywidualnym interesom gospodarczym. Istota ich polega na tym, że czyny te między innymi godzą w zaufanie niezbędne w życiu gospodarczym i zdolne są wstrząsać całymi systemami gospodarczymi.[7] Zasięgiem tak rozumianych przestępstw gospodarczych K. Tiedemann obejmuje

4. Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsswafrechts, Dogmatischer Teil I, ZStW 1984, t. 96, z. 2.

5. Economic, Criminal, Offences. A Theory of Economic Criminal Law, Budapeszt 1990, s. 7 i n.

6. Ekonomist kriminalität: överträdelser och kontrol av legar som vör företagen, Stockholms Universitet, Stencil, Stockholm 1980 r.

7. Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Allgemeiner Teil, Hamburg 1976, s. 18 i n.

nie tylko przestępstwa przeciwko akcjonariuszom i właścicielom konkurujących ze sobą przedsiębiorstw (w tym państwowych), ale i przeciwko całemu systemowi gospodarczemu opartemu na zasadach wolności i równości pozycji na konkurencyjnym rynku. Zalicza do nich oszustwa subwencyjne, kredytowe, ubezpieczeniowe, ale wyklucza czyny godzące w ochronę pracy, konsumentów i gospodarkę przestrzenną. Eliminację ich tłumaczy ochroną prawno-karną udzielaną w obowiązującym prawie karnym środowisku naturalnemu, bezpieczeństwu pracy czy ogółowi konsumentów jako warunkom egzystencjalnym człowieka, niezależnie od tego czy grożące mu zamachy są ekscesami działalności gospodarczej (np. przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu czy bezpieczeństwu powszechnemu). Według S. Holmberg w tzw. administracyjnym ujęciu przestępczości gospodarczej widoczne jest dążenie do zabezpieczenia przede wszystkim niezakłóconych warunków funkcjonowania podmiotów gospodarczych w systemie rynkowym. Natomiast brak w nim zainteresowania osobą samego sprawcy oraz leżącymi u podstaw funkcjonowania życia gospodarczego problemami socjalnymi.[8]

Zwolennicy koncepcji administracyjnych proponują jako sposoby wzmożenia skuteczności przeciwdziałania przestępczości gospodarczej głównie szybkie przystosowywanie ustawodawstwa do zmieniających się jej przejawów, usprawnianie jego funkcjonowania, ściślejszą współpracę międzynarodową itp.

Zdaniem S. Holmberg potencjał reformatorski tych koncepcji jest bardzo skromny. Ogranicza się tylko do tzw. doskonalenia szczegółów strukturalnych i funkcjonalnych w systemie społecznym oraz do usuwania przedsięwzięciami organizacyjno-prawnymi okazji do nadużyć w sferze działalności gospodarczej.[9]

8. Op. cit.

9. Jw.

Inne upowszechnione w szerokich kręgach społecznych pojęcie przestępczości gospodarczej S. Holmberg nazywa dziennikarskim, całość zjawiska ujęta jest w nim nie tyle socjalnie co wyraźnie personalnie.[10] Stanowi ono refleks dziennikarskiej tradycji poszukiwania sensacji, wykrywania i śledzenia afer i skandali. Ich przedmiot zainteresowania rozszerza się stosownie do zmieniającej się rzeczywistości, poza handel narkotykami, prostytucję, szmugiel na współczesne metody działania tzw. rekinów kredytowych, nieuczciwe manipulacje na rynku mieszkaniowym, różne rodzaje oszustw, przestępstw podatkowych i dewizowych.

Towarzyszy temu przesunięcie pola obserwacji dziennikarskiej, w ślad za nią szerszych kręgów społeczeństwa z tzw. czarnych czy tylko szarych sektorów na legalne obszary działalności gospodarczej. W polu tym, zapełnionym dotychczas tzw. ciemnymi typami, coraz częściej pojawiają się tzw. nieposzlakowane osoby, ukrywające się w cieniu tych pierwszych. Takie zmiany w przedmiocie i zasięgu zainteresowań umożliwiły odkrywanie licznych powiązań między sektorem gospodarczym legalnym a nielegalnym czy wręcz kryminalnym. W konsekwencji coraz więcej uwagi poświęca się procederowi prania brudnych pieniędzy w sektorach legalnych i inwestowania ich w nielegalnych przedsięwzięciach. Obserwując stosunki między poszczególnymi osobami i grupami osób oraz koncentrując uwagę na figurach świata podziemnego, powiązanych z ludźmi prowadzącymi oficjalne interesy odsłaniano kulisy pozornej, zewnętrznej zgodności z prawem działań tych ostatnich. Ludźmi takimi bywali najczęściej dyrektorzy banków, właściciele wielkiego kapitału, inni odnoszący duże sukcesy w interesach.[11]

Zdaniem S. Holmberg[12] w warunkach szwedzkich dziennikarska koncepcja przestępczości gospodarczej bywa w znacznej mierze in-

10. Jw.

11. J. Jepsen: op. cit.

12. Op. cit.

spirowana przez policję. Jej ewentualne praktyczne konsekwencje odnoszą się tylko do poszczególnych osób, przeciwko którym kieruje się moralne oburzenie społeczeństwa. Przy tym ujęciu przestępczości gospodarczej nie próbuje się ujawniać strukturalnych czynników systemowych, jakie warunkują i mogą wyjaśniać powody zachowań patologicznych w sferze działalności gospodarczej. Z takiej perspektywy wszakże, niezależnie od zamierzeń sugerujących ją, oświetlone zostają jaskrawo rozmiary zysków, jakie przynosi przestępczość gospodarcza jej sprawcom i strat, które doznają jej ofiary, częstokroć upośledzone społecznie.

W ostatnich latach w obrazie przestępczości gospodarczej oglądanej z perspektywy dziennikarskiej coraz więcej uwagi przyciągają ekscesy w działalności przedsiębiorstw.

Na te właśnie ekscesy orientują się definicje przestępczości gospodarczej należące do kolejnej z wyodrębnionych przez S. Holmberg grup. Nazwa przestępczość gospodarcza rozumiana bywa niekiedy jako równoznaczna nazwie przestępczość przedsiębiorstw.

Przedmiotem tak rozumianej przestępczości gospodarczej są najogólniej ujmując patologiczne zachowania przedsiębiorstw w społeczeństwie.

Oglądane z tej perspektywy zjawisko przestępczości gospodarczej mieści w sobie wszelkie nielegalne sposoby powiększania zysków lub wzmagania dynamiki przedsiębiorstw, czy tylko zapobiegania ich bankructwu. W takim ujęciu jako czynniki kryminogenne eksponuje się głównie nadarzające się w działalności przedsiębiorstw okazje do naruszania przepisów różnych gałęzi prawa.[13]

Taka koncepcja przestępczości gospodarczej upowszechnia się w krajach Europy Zachodniej począwszy od lat 70-tych, na co decydu-

13. J. Jepsen: op. cit.

jący wpływ wywarła dynamicznie narastająca ilość przestępstw popełnianych przy wykonywaniu działalności przedsiębiorstw.

Wydawane w latach 80-tych kolejno zalecenia Rady Europy dotyczące przestępczości na szkodę środowiska, konsumenta oraz globalnie gospodarki uwypuklały rolę, jaką w każdym z tych rodzajów przestępczości spełniają przedsiębiorstwa, a wydane w roku 1988 zawiera zalecenia sposobu realizowania odpowiedzialności przedsiębiorstw za popełniane przy wykonywaniu ich działalności przestępstwa. Jedną z przyczyn wydania tych ostatnich była, jak stwierdzono na ich wstępie, wzrastająca liczba przestępstw popełnianych przy wykonywaniu działalności przedsiębiorstw, wyrządzających poważne straty zarówno jednostkom, jak i społeczeństwu.[14]

Według danych statystycznych krajów o ustabilizowanej gospodarce rynkowej blisko 2/3 poważnych przestępstw gospodarczych popełnia się właśnie w takiej sytuacji.

Lapidarne określenie przestępczości przedsiębiorstw, jako gry prowadzonej między przedsiębiorstwem, a władzą (państwową, ponadpaństwową, samorządową) oddaje ekonomiczny i polityczno-społeczny sens tego zjawiska.[15] Korzyści z tej gry przypadają przedsiębiorstwu albo działającym w nim indywidualnym sprawcom, albo i jednym i drugim. Przegrywają natomiast inne podmioty gospodarcze (jednostki fizyczne i przedsiębiorstwa) działający jako kontrahenci lub konkurujący z uprawiającym taką grę, a także państwo oraz ogół społeczeństwa.

W odróżnieniu od koncepcji administracyjnej w tej mieszczą się czyny na szkodę konsumentów, środowiska naturalnego, bezpieczeństwa pracy. W płaszczyźnie jurydycznej inspiruje ona odpowiedzialność karną przedsiębiorstw oraz podnosi znaczenie wykroczeń jako głównej formy takiej odpowiedzialności. Jednocześnie pobudza zain-

14. Liability of Enterprises. Recomendation NOP/88/18, Strasburg 1990, s. 5.

15. J. Jepsen: op. cit.

teresowanie badaczy empirycznych wszelkimi patologicznymi zachowaniami przedsiębiorstw, które przynoszą szkody gospodarce i państwu, acz nie są nielegalne.

Ustalenia poczynione w takich badaniach wyłoniły w płaszczyźnie jurydycznej niezmiernie trudny do rozwiązania problem tzw. obchodzenia prawa i ugodzenia w dobra, których ochronie owe obchodzone przepisy prawa służą. Zachowania takie w równym, a niejednokrotnie wyższym stopniu aniżeli kryminalizowane, szkodliwe stanowią znaczną część przejawów patologii sfery gospodarowania. Ich sprawcy nie łamią obowiązujących przepisów. Oni je obchodzą i niepostrzeżenie, stopniowo kruszą.

Do ostatniej z wyodrębnionej przez S. Holmberg grupy należą koncepcje przestępczości gospodarczej powstałe pod wpływem ideologii marksistowskiej. Ich trzonem pozostawała teza, iż zarówno patologiczne zachowania gospodarcze, jak i sposób reagowania na nie przez władze są w warunkach gospodarki kapitalistycznej podporządkowane mechanizmowi wyzyskiwania klas niższych, społecznie upośledzonych przez klasy posiadające, w szczególności ich najwyższe warstwy o wysokim statusie ekonomicznym i społecznym. W tym ujęciu warstwa ideologiczna pochłania wszystkie elementy zjawiska przestępczości gospodarczej. Inspirując wyłącznie poczynania społeczno- polityczne o conajmniej radykalnie reformatorskim charakterze, nie dostarcza materii dla przedsięwzięć jurydycznych ani prewencyjnych, ani represyjnych.[16]

Zasługa, jaką przypisuje takim koncepcjom S.Holmberg to jaskrawe ukazywanie trudności w przeciwdziałaniu przestępczości gospodarczej, jeżeli jej sprawcami są osoby przynależne do elit ekonomicznych lub społecznych oraz wielkie korporacje.[17]

16. Op. cit.

17. Op. cit.

4. Próby odniesienia powyżej przedstawionych koncepcji przestępczości gospodarczej do warstwy społeczno-politycznej tego zjawiska w polskich warunkach transformacji systemowej mogą być podejmowane tylko w bardzo ograniczonym zakresie. A i w tym obszarze wypadnie bardzo ostrożnie formułować hipotezy co do ich społeczno-politycznej adekwatności i jurydycznej użyteczności w naszych warunkach.

Ze stosunkowo znaczną pewnością twierdzić można tylko, że w świadomości polskiego społeczeństwa nazwa przestępczość gospodarcza kojarzy się z obrazem tego zjawiska w ujęciu dziennikarskim. Wersja ta ma u nas niewątpliwie zasługi w podnoszeniu nikłego stopnia wykrywalności najpoważniejszych przestępstw gospodarczych i w przynajmniej utrudnianiu, jeśli nie uniemożliwianiu tuszowania kryminalnych manipulacji gospodarczych sprawców przynależnych do ekonomicznych i politycznych elit.

Takie jej owoce, niezależnie od intencji posługujących się nią w walce politycznej partii i frakcji, wypadnie wysoko cenić. Stosunkowo szeroki zasięg upowszechniania zawdzięcza koncepcja dziennikarska posmakowi skandalu, jakimi nasyca ona barwny obraz przestępczości gospodarczej. Istnieje jednak obawa, ażeby słusznie najjaskrawiej naświetlone w tym obrazie rozgrabianie majątku społecznego nie przesłaniało innych zagrożeń ponadindywidualnych interesów gospodarczych, wynikających chociażby z praktyk monopolistycznych uprawianych przez państwowe i częściowo państwowe podmioty gospodarcze.

Podstawową funkcją pojęcia przestępczości gospodarczej wersji dziennikarskiej w nowych warunkach zdaje się być wywoływanie reakcji wstrząsowych po stronie społeczeństwa, szokowanego przekazywanymi mu informacjami, w postaci postulatów rozszerzania kryminalizacji w sferze gospodarczej oraz drakońskich kar dla sprawców popełnianych w niej przestępstw.

Kryminalizację, realizującą takie postulaty, określa się mianem symbolicznej ... przy której chodzi raczej o symboliczne potwierdzenie pewnych wartości, niż o efektywne ich urzeczywistnienie.[18] Bywa ona ... z reguły reakcją na aktualne skandale i kryzysy, przez którą państwo akcentuje swoje przywiązanie do moralności społecznej i porządku.[19]

Obostrzanie karania sprawców tych przestępstw, w szczególności przez podnoszenie górnej granicy ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności czy majątkową nie wywołuje silniejszych oporów, nawet ze strony potencjalnych sprawców. Zdają oni sobie prawdopodobnie sprawę z nikłych szans realizacji takiego zagrożenia karą. Jak bowiem wiadomo prawdopodobieństwo wykrycia i doprowadzenia do ukarania sprawcy jest odwrotnie proporcjonalne do wagi przestępstwa gospodarczego. Po stronie sprawców tych najpoważniejszych przestępstw gospodarczych istnieje z reguły przewaga nie tylko pozycji ekonomiczno-społecznej czy politycznej, ale i specjalistycznej wiedzy w zakresie gospodarowania, w porównaniu z jej niedostatkiem u organów ścigających i orzekających. Siła oporu potencjalnych sprawców kieruje się głównie przeciwko kryminalizacji czy chociażby tylko penalizacji czynów o mniejszej wadze, łatwiejszych jednak do ujawnienia i udowodnienia. Ustawodawca, zdając sobie sprawę z trudności praktyki w doprowadzeniu do ukarania sprawców najpoważniejszych przestępstw, operuje represją karną już na przedpolu czynów o dużym ładunku społecznego niebezpieczeństwa. Zabezpiecza on sankcjami karnymi poszczególne normy innych gałęzi prawa regulujących działalność gospodarczą, których naruszenie jest łatwiejsze do udowodnienia. Odpowiednio wszakże zmniejsza surowość tych sankcji. Zawierają one jednak dolegliwość ekonomiczną dla sprawcy, która powinna przewyższać korzyści odniesione z naruszе-

18. L. Gardocki: Zagadnienia teorii kryminalizacji, Warszawa 1990, s. 62.

19. Jw., s. 64.

nia norm prawa lub eliminują go z pozycji, stwarzających okazję do popełnienia poważniejszych przestępstw.

Takie rozwiązania legislacyjne dają podstawę niesłusznym zarzutom jakoby ustawodawca i organ ścigania zamiast koncentrować swoje wysiłki na poważnych przestępstwach gospodarczych, zajmują się sprawami bagatelnymi.

Administracyjne koncepcje przestępczości gospodarczej cieszące się na ogół poparciem czynników oficjalnych różnych odmian systemu gospodarki rynkowej dominują obecnie w polskiej literaturze prawa karnego.[20]

Ich konstruktywny charakter przemawia za oparciem o nie przedsięwzięć jurydycznych w sferze działalności gospodarczej polegających na przystosowywaniu praw do zmieniających się warunków i reguł gospodarowania.

Nie ulega wątpliwości, że podstawową racją koncepcji tzw. administracyjnych jest zapewnienie ochrony prawno-karnej szeroko pojętemu obrotowi gospodarczemu, a w nim równoprawnym podmiotom gospodarczym oraz ponadindywidualnym interesom innych uczestników tego obrotu i społeczeństwu jako całości.

Korzenie tej koncepcji tkwią w modelu społeczeństwa opartego na konsensusie. Zakłada ona bowiem ogólnospołeczną akceptację poszczególnych instytucji i całości danego systemu gospodarczego, którego zachowanie i nie zakłócane funkcjonowanie leżą w interesie całego społeczeństwa.

Za walor tej koncepcji, eksponującej ponadindywidualne interesy gospodarcze jako przedmiot zamachu czynów składających się na przestępczość gospodarczą, poczytywać należy uświadamianie, jeśli nie całego społeczeństwa, to przynajmniej kręgów decydujących o

20. Por. np. Komentarze do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, K. Buchała, P. Kordas, J. Majewski, W.T. Wróbel, Warszawa 1995, O. Górniok, Warszawa 1995.

kryminalizacji w sferze gospodarczej, iż istnieje potrzeba ochrony zagrożonych takimi zamachami wartości.

Pozostawienie poza jej zasięgiem ekscesów w działalności gospodarczej, zagrażających warunkom egzystencjalnym jednostki, jeżeli nie są one stypizowane jako niegospodarcze czyny karalne (np. przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu, czy życiu i zdrowiu) budzi jednak zastrzeżenia.

Na patologię sfery gospodarowania w okresie transformacji systemu gospodarczego składają się, podobnie jak w dojrzałym systemie rynkowym, głównie nielegalne sposoby powiększania zysków czy wzmagania dynamiki działalności lub tylko powstrzymywania bankructwa przez przedsiębiorstwa, a koszty tego procederu ponoszą zarówno poszczególne jednostki, jak i ogół społeczeństwa.

Znikome są szanse nie tylko upowszechnienia koncepcji przestępczości gospodarczej jako przestępczości przedsiębiorstw, ale i docenienia zagrożenia, jakie dla poszczególnych uczestników obrotu gospodarczego i ponadindywidualnych interesów społeczeństwa stanowi zjawisko przestępczości przedsiębiorstw. Istnienie tego zjawiska negowane było w krajach gospodarki socjalistycznej (za wyjątkiem Jugosławii). Nie dające się ukryć ekscesy owych socjalistycznych przedsiębiorstw przypisywano z reguły niższego szczebla nierzetelnym, niedbałym czy nieuczciwym pracownikom tych przedsiębiorstw, których ostatecznie trudno było ustalić przy niejasnym określaniu w przedsiębiorstwach zakresu odpowiedzialności, a w każdym razie niełatwo przypisać winę czy doprowadzić do ukarania kierujących przedsiębiorstwem.

W warunkach transformacji systemowej, podobnie jak w dojrzałej gospodarce rynkowej, na szanse akceptowania omawianej koncepcji przez podmioty stanowiące prawo karne, wpływa treść warstwy społeczno-politycznej przestępczości gospodarczej.

W naszych warunkach, przy tej ilości przedsiębiorstw państwowych oraz dotychczasowej i zapowiadanej ilości jednoosobowych

spółek Skarbu Państwa i spółek z udziałem Skarbu Państwa trudno sobie wyobrazić przebieg gry między przedsiębiorstwem i władzą, o której pisze J. Jepsen.[21] W takich bowiem warunkach wygrana władzy chroniącej społeczeństwo przed ekscesami przedsiębiorstw będzie porażką dla państwa właściciela przedsiębiorstwa, wyrażoną w poniesionych stratach majątkowych i odwrotnie porażka władzy przysporzy korzyści państwu właścicielowi przedsiębiorstwa. Jednocześnie nie mają obecnie szans próby pozorowania zgodności interesu państwa właściciela przedsiębiorstwa z interesem państwa jako władzy chroniącej przed ekscesami tego przedsiębiorstwa, skoro nawet w warunkach gospodarki nakazowo-rozdzielczej nie udawało się ukryć istniejących między nimi konfliktów.

Można zatem przypuszczać, iż koncepcja przestępczości gospodarczej, jako przestępczości przedsiębiorstw z inspirowaną przez nią odpowiedzialnością karną podmiotów kolektywnych, nie znajdzie akceptacji czynników oficjalnych i nie upowszechni się w polskiej nauce kryminologii i prawa karnego, dopóki większość przedsiębiorstw pozostawać będzie w całości lub częściowo w rękach państwa, acz fakt ten nie zmniejszy zagrożenia społeczeństwa ekscesami takich przedsiębiorstw. Być może będzie ona wykorzystywana, bodaj z pożytkiem dla podmiotów zagrożonych przestępczością przedsiębiorstw, jako narzędzie w walce politycznej przez opozycję, w szczególności te zgrupowania, którym bliskie są hasła tzw. zielonych.

W naszych warunkach transformacji systemowej nie tracą na wartości zasługi przypisywane przez S. Holmberg koncepcjom przestępczości gospodarczej, pozostającym pod wpływem marksizmu, które eksponują nieskuteczne przeciwdziałanie przestępczości gospodarczej, gdy jej sprawcami stają się osoby przynależne do elit społecznych i ekonomicznych oraz wielkie korporacje gospodarcze. I tu

21. Op. cit.

wszakże ich słabą stroną pozostaje brak inicjacji w kierunku rozwiązywania problemów jurydycznych.

Powyższa próba odniesienia koncepcji gospodarczej konstruowanych ze względu na ocenę warstwy społeczno politycznej tego zjawiska do warunków transformacji systemowej, skłania nie tyle do wyboru którejś z nich, co do poszukiwania takiej koncepcji, która w swej warstwie społeczno-politycznej byłaby adekwatną do form tej przestępczości i specyficznych warunków, w jakich to zjawisko występuje.

W ogólnym obrazie przestępczości gospodarczej obecnego etapu transformacji systemowej zdecydowanie dominują, a w każdym razie przede wszystkim przyciągają uwagę organów ścigania i społeczeństwa, przestępstwa majątkowe, polegające głównie na wszelkiego rodzaju nadużyciach wkomponowanych w proceder przekształceń własnościowych oraz pasożytujących na różnych formach interwencjonizmu państwowego w sferę gospodarki i ewidentnych niedostatkach struktur organizacyjno-prawnych podstawowych instytucji systemu rynkowego takich jak, np. banki, kredyty, obrót papierami wartościowymi itp.

Obok nich prawdopodobnie szerzą się, choć nie przyciągają w tym stopniu co wyżej określone uwagi organów ścigania i społeczeństwa wszelkiego rodzaju naruszenia zasad równej i wolnej konkurencji (np. praktyki monopolistyczne) oraz inne karalne ekscesy w działalności przedsiębiorstw (na szkodę konsumenta, środowiska i inne).

W sytuacji tworzenia się nowej struktury społeczeństwa, gdy nie okrzepły w nim jeszcze poszczególne warstwy i grupy społeczne, a w każdym razie ich pozycja w obecnej i programowanej hierarchii społecznej nie jest określona i płynne są jeszcze granice sfery interesów grupowych, koncepcja przestępczości gospodarczej uwzględniająca warstwę społeczno-polityczną tego zjawiska musi być luźno ujęta.

Być może należałoby zjawisko to określić jako ogół bezprawnych zachowań naruszających lub zagrażających naruszeniem przyjętych w systemie gospodarczym zasad podziału majątku i dochodu społecznego oraz zabezpieczenie egzystencjalnych warunków bytu jednostki przed ekscesami w działalności przedsiębiorstw. W takim ujęciu zdają się mieścić zarówno tzw. przestępczość majątkowa, jak i czyny godzące w szeroko pojęty system wolnej konkurencji oraz bezpieczeństwo jednostki w środowisku.

Włączenie doń ogółu bezprawnych zachowań rozszerza pole penetrowania przez podmioty polityki kryminalnej poza jurydyczne granice penalizacji, zobowiązuje je do obserwacji i oceny zagrożeń wynikających z wszelkich, nie tylko karalnych zachowań i reagowania na nie odpowiednimi środkami socjotechnicznymi (ekonomicznymi, organizacyjnymi, prawnymi, w tym prawnokarnymi).

*****

BEGRIFF DER WIRTSCHAFTSKRIMINALITÄT UND IHRE SOZIAL-POLITISCHE SCHICHT

Zusammenfassung

Dieser Artikel beschäftigt sich mit der Frage, ob eine Adäquanz zwischen der aus der Perspektive der sozialen und politischen Schicht dieses Phänomens konstruierten Auffassung von der Wirtschaftskriminalität innerhalb der entwickelten Marktwirtschaft einerseits und der von den spezifischen Erscheinungen und Bedingungen innerhalb eines sich in der Transformation befindenden Wirtschaftssystems andererseits, vorhanden ist.

In der Bewertung wurden zugleich auch die Akzeptanzprognosen berücksichtigt, die hinsichtlich der Verwertung von solchen Konzeptionen für die Verwirklichung der optimalen Kriminalpolitik angesichts der Wirtschaftskriminalität unter Bedingungen der Systemtransformation in Polen entstanden worden sind. Als Grundlage für

die Bewertung wurden vier Konzeptionsgruppen der Wirtschaftskriminalität, die aufgrund verschiedener Konzeptionen der sozialen und politischen Schichten nach der Auffassung von S. Holmberg abgesondert wurden, d.h. administrative, journalistische Konzeptionen, die Betriebskriminalität exponieren und die die unter dem Einfluß der marxistischen Ideologie stehen.

Im Ergebnis wurde eine Konzeption der Wirtschaftskriminalität vorgeschlagen, die den unter den Bedingungen der Transformation beobachteten Erscheinungsformen adäquat entspricht, wie auch der sozialen und politischen Schicht des ganzen Phänomens, auf dem Hintergrund der noch nicht erstarrten Schichten und Gruppen der neu entstandenen Gesellschaftsstruktur, und ihrer noch nicht bestimmten Position innerhalb der sozialen Hierarchie und flüssigen Grenzen ihrer Interessensphären.

Nach dieser Konzeption ist unter der Wirtschaftskriminalität die Gesamtheit der verletzenden oder zu verletzen drohenden rechtswidrigen Verhaltensformen zu verstehen, die die im Wirtschaftssystem angenommenen Prinzipien der Aufteilung des Eigentums und des Sozialproduktes sowie die der Gewährung der Existenzbedingungen des einzelnen vor Exzessen in der Betriebstätigkeit schützen sollen.

Hans Joachim Hirsch

DAS SCHULDPRINZIP UND SEINE FUNKTION IM STRAFRECHT*

I. Der Satz „nulla poena sine culpa",[1] dem vom Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf das Rechtsstaatsprinzip Verfassungsrang zugesprochen wird,[2] ist gegenwärtig wieder Gegenstand lebhafter Kontroversen.[3] Diese reichen über das Strafrecht hinaus. Denn „Schuld" ist kein originär strafrechtlicher Begriff. Sie spielt in zahlreichen anderen Disziplinen, namentlich der Theologie und der

---

* Erweiterte Fassung des Vortrags, den der Verfasser beim polnisch-deutschen Strafrechtskolloquium 1994 in Halle/Saale gehalten hat. In Deutschland veröffentlicht in ZStW 106 (1994), 746 ff., Nachdruck mit freundlicher Genehmigung des Verlags Walter de Gruyter, Berlin.

1. Zur geschichtlichen Entwicklung des strafrechtlichen Schuldprinzips, das zur Zeit der Rezeption Bedeutung gewann und in strenger Form seit dem 19. Jahrhundert weite Anerkennung gefunden hat, siehe Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S.117 ff.; Mitteis/Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte ,19.Aufl. 1992, S.402,472.

2. Siehe BVerfGE 9,167,169; 20,323,331; 23,127,132; 25,285; 41,125; 45,259; 50,133; 54,100. Ebenso die überwiegende Lehre; vgl. statt vieler Jescheck, in: Leipziger Kommentar (LK), 11. Aufl. 1992, vor § 13 Rdn. 71; Lenckner, in: Schönke/Schröder,24. Aufl. 1991, vor § 13 Rdn. 103; aus dem Verfassungsrecht Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 1992, Art. 1 Abs. 1 Rdn. 32. Nach Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988, S.37 f., soll sich der Schuldgrundsatz sogar schon aus der Gewährung von Menschenrechten überhaupt ergeben.

3. Teilweise wird hierbei sogar von einer Krise des Schuldgrundsatzes gesprochen; siehe Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1991, S.152 m. w. N. in Fn. 20.

Philosophie, eine wichtige Rolle und beschäftigt auch empirische Wissenschaften wie die Kriminologie und die Psychologie.[4]

Schon in seiner historischen Entwicklung war der Schuldbegriff Wandlungen unterworfen. Der bis in die Anfänge dieses Jahrhunderts herrschende psychologische Schuldbegriff beschränkte sich bekanntlich neben dem Negativausschluß bei Unzurechnungsfähigkeit im wesentlichen darauf, in der Schuld die subjektive Beziehung zu sehen, welche den Täter mit der Tat verbindet, nämlich Vorsatz und Fahrlässigkeit.[5] Dieser wurde abgelöst durch den seither vertretenen normativen Schuldbegriff,[6] der schlagwortartig als persönliche Vorwerfbarkeit bestimmt wird.[7] Und die heute gleichzeitig vertretene personale Unrechtslehre hat bewirkt, daß jetzt der Tatbestandsvorsatz und jedenfalls die objektive Fahrlässigkeit bereits dem Unrechtstatbestand zugeordnet werden.[8] Für das Deliktsmerkmal „Schuld" sind als Erfordernisse danach verblieben: intellektuell, daß der Täter das Unrecht seiner Tat erkennen konnte, und voluntativ, daß es ihm möglich war, sich dieser Kenntnis gemäß zu motivieren.[9]

Das Schuldprinzip betrifft jedoch nicht allein diese spezifischen Erfordernisse der dritten Deliktsstufe.[10] Vielmehr ist zu beachten, daß Schuld immer tatbezogen ist, also im Strafrecht tatbestandliches

4. Zur Kriminologie siehe etwa Scheffler, Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts, 1985; ders., Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems, 1987. Psychologische Aspekte werden insbesondere berücksichtigt von Haffke, GA 1978, 33, 43 ff.; Streng, ZStW 101 (1989), S. 273, 297 ff. Zu kriminalanthropologischen Aspekten siehe Haddenbrock, Soziale oder forensische Schuldfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit), 1992.

5. Näher Jescheck, Allg. Teil, 4. Aufl. 1988, S. 377 f.; Maurach/Zipf, Allg. Teil, 8. Aufl. 1992, Teilbd. I, § 30 Rdn. 15 ff.

6. Grundlegend Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, S. 11.

7. Näher Lenckner, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rdn. 113 ff.

8. Statt vieler Jescheck, Allg. Teil, S. 216 ff., m. w. N.

9. Dazu Hirsch, in: LK, 11. Aufl. 1994, vor § 32 Rdn. 187.

10. Maurach/Zipf, Allg. Teil, Teilbd. 1, § 30 Rdn. 2 a. E.

Unrecht notwendig voraussetzt.[11] Jede hinzukommende Deliktsstufe hat die vorhergehende inhaltlich zur Voraussetzung.[12] Daher ist insbesondere die subjektive Seite des Unrechts als Schuldvoraussetzung mit einbezogen. Das Schuldprinzip markiert somit auch den Gegensatz zu einer rein auf die Zurechnung von objektiven Gegebenheiten bezogenen Erfolgshaftung. Auf der Rechtsfolgenseite, nämlich bei der Strafzumessung, erlangt das Schuldprinzip ebenfalls Bedeutung. Es geht dabei um die individuelle Erkennbarkeit von Umständen, die für die Bemessung der konkreten Strafe bedeutsam sind.[13]

Wenn strafrechtserhebliche Schuld nicht losgelöst von der Verletzung staatlicher Normen denkbar ist, so liegt darin zugleich eine Absage an eine rein moralisierend verstandene Inhaltsbestimmung.[14] Derartige Positionen würden heute zu Recht als nicht mehr zeitgemäßes Relikt früherer Rechtsepochen angesehen werden. Indem im Strafrecht die Schuldfrage nur in bezug auf das vom Rechtsgüterschutz her bestimmte Unrecht gestellt wird, geht der denkbare Vorwurf an das Schuldprinzip, eine unzulässige Durchsetzung von Moral und Sitte zu betreiben, ins Leere.

Trotzdem sieht sich der Schuldgedanke heute zunehmend grundsätzlicher Kritik ausgesetzt, die sich bis hin zur Forderung nach seiner Abschaffung erstreckt.[15] Der Streit betrifft dabei nicht nur den Begriff „Schuld", sondern auch die Reichweite seiner strafrechtlichen Bedeutung.

---

11. Maurach/Zipf, Allg. Teil, Teilbd. 1, § 30 Rdn. 3.

12. Zum Verhältnis der Wertungsstufen des Delikts zueinander Hirsch, in: LK, vor § 32 Rdn. 6, 182.

13. Näher zur Strafzumessungsschuld Stree, in: Schönke/Schröder, § 46 Rdn. 8 ff.; Horn, in: SK StGB, 6. Aufl. 1993, § 46 Rdn. 41 ff. m.w.N. Siehe auch die gesetzliche Formulierung „verschuldete Auswirkungen" in § 46 Abs. 2 StGB.

14. Maurach/Zipf, Allg. Teil, Teilbd. 1, § 30 Rdn. 4.

15. Siehe etwa Plack, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974; Kargl, Kritik des Schuldprinzips, 1982, S. 198 ff., 375 ff.; Danner, Tatvergeltung oder Tätererziehung?, 2. Aufl. 1972, S. 45 ff., 90 ff., passim.

Einmal kann es darum gehen, daß eine - wie auch immer definierte - Schuld als tragende Legitimation für die Strafsanktion dienen soll,[16] Schuld also einen entscheidenden Grund für Strafe bildet. Insoweit handelt es sich um die ihr zugesprochene strafbegründende Aufgabe. Zum anderen geht es um die darin enthaltene Umkehrung, also den Satz „Keine Strafe ohne Schuld", nach dem das Schuldprinzip auch eine strafbegrenzende Wirkung entfaltet, weil es sich in dieser Hinsicht um ein unverzichtbares Erfordernis für eine Strafsanktion handeln soll, das den Umfang der Strafbarkeit limitiert.

Während die strafbegrenzenden Wirkungen des Schuldprinzips als solche zumindest im Ansatz weniger in Frage gestellt werden,[17] sondern insoweit hauptsächlich seine Wechselwirkung mit anderen strafrechtlichen Aspekten eine Rolle spielt, laufen die starken präventionsorientierten Strömungen verschiedener moderner Strafzwecklehren auf eine weitgehende Negierung seiner Strafbegründungsbedeutung hinaus. Nach diesen Ansichten vermag nicht die Schuld des Täters, sondern allein die „zweckrationale" Funktion der Pönalisierung, auf Verbrechensvermeidung hinzuwirken, die gegen ihn zu verhängende Strafe zu rechtfertigen.[18] Dann erhebt sich aber sofort die Frage, ob man damit nicht logisch zwingend auch der im

16. Vgl. dazu nur Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl. 1976, S. 15 f.

17. Gegenüber den - wenigen - Vertretern der völligen Abschaffung des Schuldgrundsatzes (vgl. die Nachweise in Anm. 15) wird darauf hingewiesen, daß sie kein brauchbares Alternativkonzept anzubieten haben (Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 40), sich vielmehr der Verzicht auf den Schuldbegriff zum Nachteil der Bürger auswirken würde (Lackner, Festschrift für Kleinknecht, 1985, S. 245, 266). Zu letzterem heißt es bei Lackner, a.a.O., daß die Schuldfähigkeit dem mit dem Strafgesetz in Konflikt gekommenen Bürger immerhin die Chance lasse, nicht dem „höchst zweifelhaften Vorteil der Behandlung als Kranker ausgeliefert zu werden", weil er sonst „meistens von den einschneidenderen Sicherungsmaßregeln des StGB eingeholt" würde. Darüber hinaus hat Bockelmann die Ansicht vertreten, daß es sich bei jener Fundamentalkritik nur um vermeintlich wissenschaftlich fundierte, in Wirklichkeit aber ideologische Lehrgebäude handle; Festschrift für Lange,1976, S. 1 ff. Arthur Kaufmann, Festschrift für Lange, S.27, gelangt zu dem Ergebnis: „Gegenüber solchen Extremforderungen kann man also getrost zur Tagesordnung übergehen."

18. Siehe nur Roxin, Allg. Teil I, 1991, § 3 Rdn. 36 ff. und 46 ff.

Schuldprinzip wurzelnden Begrenzungswirkung den Boden entzieht, und falls ja, ob man diesen Preis für die Abschaffung des Schuldgrundsatzes zu zahlen bereit ist.

Damit ist zugleich der Rahmen des zu behandelnden Bereichs abgesteckt: Es ist die Frage der Schuldbegründung zu behandeln, wobei nach näherer Einfassung der Begriffsbestimmung Anforderungen und Voraussetzungen strafrechtlicher Schuld zu untersuchen sind. Hier spielt das Problem der Bedeutung der Willensfreiheit eine erhebliche Rolle. Zunächst einmal sind jedoch Funktion und Auswirkungen des Schuldbegriffs näher zu durchleuchten, um den Umfang der „Begründungslast" einzugrenzen; dabei wird unter Berücksichtigung der aktuellen Diskussion schwerpunktmäßig das Verhältnis zum Präventionsgedanken zu erörtern sein.

II. Die nähere Betrachtung des Schuldprinzips knüpft an die Feststellung an, daß Ausgangspunkt zu seiner Bestimmung die subjektive Verbindung des Täters zur Tat ist. Es geht also in Ergänzung zur zunächst erfolgenden Anknüpfung an die objektive Tatseite um ein steuerndes Element der Person. Solche psychischen Befunde sind im Grundsätzlichen, zumindest aus der Perspektive des Juristen, relativ unproblematisch; denn etwa der Tatvorsatz oder das Unrechtsbewußtsein sind jedenfalls regelmäßig dem Beweis zugänglich, auch wenn man sich dabei teils auf indirekte Schlußfolgerungen, Hilfe durch Sachverständige und - wie letztlich immer im Recht - bis zu einem gewissen Grade auch auf typisierende Kategorien zurückziehen muß.[19]

Doch beim Schuldbegriff geht es um mehr. Schuld als Vorwerfbarkeit oder, genauer gesagt, die Erfüllung eines Schuldsachverhaltes, der zur Wertung als „vorwerfbar" berechtigt, enthält als notwendige Voraussetzung die individuelle Vermeidbarkeit der Tat.[20] Man weist darauf hin, daß eine Zuschreibung des

19. Naher dazu etwa Jähnke, in: LK, 11. Aufl. 1993, § 20 Rdn. 13 ff.

20. Siehe nur Jescheck, in: LK, vor § 13 Rdn. 73 m.w.N.

Unrechts an einen einzelnen nur dann statthaft sei, wenn dieser auch durch seine Möglichkeit, die Normwidrigkeit seines Verhaltens zu erkennen und sich normgemäß zu motivieren, individuell mit dem verwirklichten Unrecht verbunden ist.[21] Andernfalls könne die Gemeinschaft ihre Antwort auf das Unrecht nicht an ihn richten, er habe es nicht zu verantworten.

Daß diese nicht mehr bloß wahrnehmende, sondern auch beurteilende Komponente die zentrale Frage bildet, zeigt die Tatsache, daß ein rein psychologischer Schuldbegriff schon immer problematisch erscheinen mußte, soweit die Bereiche der Zurechnungsfähigkeit, Zumutbarkeit und (Schuldseite der) Fahrlässigkeit betroffen waren. Diese Merkmale bedeuten nämlich mehr als eine bloße Sachverhaltsreflexion oder Handlungsentscheidung.[22]

Die Dogmatik hat sich nun bemüht, die Anwendung ihrer Strukturen davon insoweit fernzuhalten, als sie die spezifischen Erfordernisse der Deliktsstufe „Schuld" nicht wie die Tatbestandsmerkmale positiv subsumieren läßt, sondern wie bei der Rechtswidrigkeitsebene die Prüfungsrichtung umkehrt und negativ das Vorliegen von Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründen berücksichtigt.[23] Das betrifft die Schuldunfähigkeit[24] genauso wie den unvermeidbaren Verbotsirrtum und die Unzumutbarkeitsfälle. Es gilt auch für die Schuldseite der Fahrlässigkeit.[25]

---

21. Am klarsten ausgeführt bei Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 138 ff.

22. Über die Entwicklung vom psychologischen zum normativen Schuldbegriff näher Welzel (Anm. 21), S. 139 ff.

23. Siehe dazu schon die Nachweise bei Stratenwerth (Anm. 17), S. 12 f.

24. Siehe nur Lenckner, in: Schönke/Schröder, § 20 Rdn. 1.

25. Auf der Grundlage der die objektive Sorgfaltswidrigkeit bereits dem Unrechtstatbestand zuordnenden personalen Unrechtslehre ist vom Fahrlässigkeitsbegriff nach h. L. in der Schuld die individuelle Voraussehbarkeit verblieben; vgl. Jescheck, Allg. Teil, S. 538 f., m. w. N. Dabei wird jedoch praktisch nicht positiv das Können geprüft, sondern negativ, ob Gründe in Betracht kommen, aus denen sich die individuelle Unvermeidbarkeit ergibt.

Für die Praxis macht eine solche Perspektivänderung wenig aus, soweit der Tatrichter verpflichtet bleibt, auf Anzeichen für Schuldausschlußgründe zu achten und gegebenenfalls dann eine nähere Prüfung vorzunehmen, und soweit bei Zweifeln der "in-dubio"-Satz Anwendung findet.[26] Theoretisch ist sie jedoch weitreichend: Sie geht nämlich kategorisch nicht nur davon aus, daß der erwachsene Mensch im Regelfall schuldfähig ist,[27] sondern besagt damit auch, daß eine rechtswidrige Tat im Regelfall schuldhaft begangen ist.

Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis bedarf aber der Begründung. Anders als bei der Rechtswidrigkeitsebene, die vom Prüfungsgegenstand „strafrechtserhebliches Unrecht" her der Tatbestandsebene gegenübersteht und von ihr gerade systematisch durch die Struktur der Rechtfertigungsgründe als Ausnahmeregelungen verschieden ist,[28] gibt es für die sachlich mit ganz andersartigem Gehalt versehene Schuldebene keine derart systemimmanente Legitimation einer nur negativen Einordnung. Gerade hier benötigt die handwerklich so nützliche Umkehrung der Blickrichtung eine legitimierende extrasystematische Grundlegung.

Diese Fundierung findet üblicherweise ihre Gestalt in der Formel vom grundsätzlichen Andershandelnkönnen des Menschen, welche die prinzipielle Zurechenbarkeit menschlicher Handlungen an den Täter, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, belegen würde. Damit aber gelangt man zum altbekannten Problem der menschlichen Willensfreiheit - einer Frage, die immer kontrovers war und heute wieder leidenschaftlich diskutiert wird.[29]

---

26. Dazu Dreher/Tröndle, 46. Aufl. 1993, § 20 Rdn. 22, 23, 28 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

27. Jähnke, in: LK, § 20 Rdn. 13.

28. Hirsch, in: LK, vor § 32 Rdn. 6.

29. Übersichten zum aktuellen Meinungsstand etwa bei Jescheck, in: LK, vor § 13 Rdn. 73 f.; Jähnke, in: LK, § 20 Rdn. 7 ff.; Lenckner, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rdn. 108; interdisziplinär zusammenfassend insbesondere Dreher, Die Willensfreiheit, 1987, passim.

Die klassische Auffassung in der Rechtswissenschaft geht bekanntlich vom Indeterminismus aus, bejaht also, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen, die Willensfreiheit des Menschen.[30] Allerdings entsteht inzwischen der Eindruck, als ob die Zahl der Deterministen wieder zugenommen habe, obgleich sich bei näherer Betrachtung zeigt, daß viele Anhänger des Determinismus diesen nicht wirklich konsequent vertreten.[31] Überwiegend behilft sich die Strafrechtswissenschaft allerdings heute mit der salvatorischen Klausel, daß weder der Determinismus noch der Indeterminismus beweisbar sei, ein strafrechtliches System also zumindest ohne die Fundierung durch die empirische Feststellung der Willensfreiheit des Menschen legitimiert werden müsse.[32]

Andererseits wird am Schuldprinzip ganz vorherrschend festgehalten.[33] Damit stellt sich aber die Frage seiner Herleitung neu.

III. 1. Einen solchen neuen Begründungsansatz versucht Jakobs zu entwickeln, indem er maßgeblich auf die generalpräventive Komponente des Strafrechts zurückgreift. Ein eigenständig fundiertes Schuldprinzip wird hierbei zugunsten eines abgeleiteten aufgegeben, Schuld als bloßes Derivat der Generalprävention begriffen.[34]

---

30. Besonders eindrücklich zum Ausdruck gelangt im Plenarbeschluß BGHSt. 2, 194, 200.

31. In stringenter Durchführung eines solchen Konzepts kann nämlich ein „Straf"recht, also eine Übelszufügung aufgrund eines Tadels, keinen Raum mehr beanspruchen. Diese Folgerung wird aus naheliegenden praktischen Notwendigkeiten aber nur selten explizit und niemals tatsächlich gezogen, weil entweder doch ein Präventionsstrafrecht oder ein strafrechtsähnliches Maßnahmenrecht eingreifen sollen, die den Rechtsbrecher ebenfalls mit ahndenden Zwangsmaßnahmen überziehen müßten, obwohl er doch vorgeblich selbst nur Werkzeug und Opfer einer ihn determinierenden Kausalkette sein soll.

32. Jähnke, in: LK, § 20 Rdn. 8 f.; Jescheck, in: LK, vor § 13 Rdn. 73 f., m. w. N.

33. Statt vieler Jescheck, in: LK, vor § 13 Rdn. 71; Lenckner, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rdn. 103.

34. Jakobs, Allg. Teil, 2. Aufl. 1991, 17/18 ff., 1/1 ff.; ders., Schuld und Prävention, 1976, S. 8 ff., 31 ff.; ders., Das Schuldprinzip, 1993 (Jakobs stützt sich dabei maßgeblich auf einen soziologischen Ansatz, wie ihn insbesondere Luhmann, Rechtssoziologie, Bd. 1, 1972, S. 27 ff., zur Theorie der Rechtsbildung entwickelt hat.) Ebenfalls für einen am Strafzweck orien-

Auch nach Jakobs muß eine „Zuständigkeit" des Täters für den Normbruch gefunden werden. Die negative Wirkung des Normbruchs soll dabei jedoch in erster Linie in der Erschütterung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Geltung der Norm liegen. Die für soziale Kontakte existentiell wichtige Sicherheit der Normgeltung sei durch Normstabilisierung wiederherzustellen. Es sind also Aspekte der sog. positiven Generalprävention, die den Maßstab für die Verantwortlichkeit des Täters bilden sollen: Strafe sei der auf Kosten des zuständigen Täters vollzogene Widerspruch gegen den Normbruch.[35]

Daraus resultiert ein zweckbezogener Schuldbegriff.[36] Schuldhaft sei eine Handlung, die sich als Ausdruck eines Mankos an Rechtstreue beim Täter darstelle, weshalb er selbst für den Normbruch zuständig sei. Lasse sich der Täter dagegen von der Rechtswidrigkeit seines Tuns distanzieren, könne der Normbruch also an ihm vorbei erklärt werden, fehle Schuld.[37] Das von Jakobs entworfene Modell entbehrt in sich nicht einer gewissen Folgerichtigkeit, kann also als ein geschlossenes Gedankenkonzept gelten. Es vermittelt auch Einsichten in soziale Abläufe, nämlich über bestimmte tatsächliche Wirkungen der Einrichtung eines Strafrechtssystems in einer Gesellschaft.[38] Seine Abhängigkeit von diesen Vorgaben beschränkt den Ansatz aber auf eine rein beschreibende Funktion, und auch nur einzelner Aspekte.

---

tierten Schuldbegriff treten ein Achenbach, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems,1984, S.135, 140 ff.; Dornseifer, Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels, 1979, S. 104 ff.; Streng, ZStW 92 (1980), S. 636, 664 f.; ders., ZStW 101 (1989), S.273, 283 ff. Auf generalpräventive Gründe für das Schuldurteil stellt auch Haffke, MSchrKrim 1975, 40, 53 f., ab. Daß Schuld von der Prävention her zu bestimmen sei, hatte schon Noll, Festschrift für H. Mayer, 1966, S. 219, 222 ff., vertreten.

35. Jakobs, Allg. Teil, 1/10.

36. Jakobs, Allg. Teil, 17/25.

37. Jakobs, Allg. Teil, 17/19, 17/20.

38. So auch Schild, in: Alternativkommentar (AK) StGB, 1990, §§ 20, 21 Rdn. 73.

Was Schuld inhaltlich ist, soll danach entscheidend von äußeren Faktoren abhängen, insbesondere von der jeweiligen Verfassung der Gesellschaft.[39] Indes: Wenn allein präventive Bedürfnisse der Normstabilisierung den Ausfüllungsmaßstab bilden, ergibt sich daraus letztlich die völlige Manipulierbarkeit des Schuldbegriffs. Ein solcher Ansatz kann daher keine Leitbildfunktion für die Gestaltung des Strafrechts haben; es droht die Entwicklung einer fast beliebig universell anpaßbaren, auch in Unrechtsregimen verwendbaren Struktur. Die Garantie- und Schutzfunktion des Schuldbegriffs als „magna charta" des Normbrechers geht völlig verloren.[40]

Das beruht letztlich auf dem Formalismus dieses Konzepts. Er entsteht dadurch, daß die Normen wie ein Selbstzweck zu ihrem eigenen Bestand geschützt werden sollen,[41] wenn Jakobs maßgeblich auf den Normbruch als solchen abhebt. Der Mörder wird aber doch nicht vordergründig wegen seiner Auflehnung gegen die Norm des § 211 StGB bestraft, sondern wegen der Vernichtung eines Menschenlebens. Hier zeigt sich, daß das System von Jakobs den Aspekt des Schutzes der hinter den Strafrechtsnormen stehenden Rechtsgüter als der letztlich tragenden Aufgabe des Strafrechts vernachlässigt. Sein sozialwissenschaftlicher, rein und unter Beschränkung auf einen bestimmten Blickwinkel beschreibender Erklärungsansatz spart die notwendige Berücksichtigung des Inhalts der Normverwirklichung aus.

Jakobs verschiebt statt dessen die materielle Gerechtigkeit in den Bereich der positiven Generalprävention. Er füllt nämlich diesen zumindest im Ergebnis mit traditionellen Standpunkten auf, indem er

39. So Jakobs selbst; siehe ders., Allg. Teil, 17/22.

40. Bock, ZStW 103 (1991), S. 636, 643 ff. Das Schuldprinzip ist gerade aufgrund der Erfahrungen in der NS-Diktatur bewußt als Schutz vor staatlicher Willkür verstanden worden; siehe Stratenwerth (Anm. 17), S. 8 ff.; Lackner (Anm. 17), S. 245, 246 ff.

41. Nicht einmal das könnte letztlich aber nach dem System von Jakobs gelingen, weil das Leitbild für die Normentreue der Bürger fehlt. Zu den sich daraus ergebenden Selbstauflösungserscheinungen des Systems näher Bock, ZStW 103 (1991), S. 636, 649 ff.

durch die positive Generalprävention die Erwartungshaltung des Durchschnittsbürgers berücksichtigt. Auf solchem Wege führt er das dem klassischen Schuldverständnis zuzuordnende Denken durch die Hintertür regelmäßig wieder in sein System ein.[42] Durch eine derartige Konstruktion wird die Begründungslast für das überkommene Schuldverständnis jedoch verschleiert und im übrigen auch das Tor zur Berücksichtigung etwaiger zeitweiliger geistiger Verirrungen der Durchschnittsbürger (wie etwa Hexenwahn, Rassenwahn und andere kriminogene ideologische Strömungen) aufgestoßen.[43]

Außerdem sei noch auf einen weiteren Aspekt hingewiesen: Auch für andere Wissenschaften spielt der Schuldbegriff eine wichtige Rolle, wie schon betont worden ist, so etwa in der Theologie und der mit der Ethik befaßten Philosophie. Wollte das Strafrecht die Schuld allein aus seinem Aufgabenbereich definieren und damit letztlich die sachlich kaum bestreitbare Möglichkeit eines außerstrafrechtlich hergeleiteten Schuldbegriffs leugnen, läge deshalb darin nicht nur eine gewisse Überheblichkeit gegenüber jenen zum Teil doch umfassenderen Disziplinen, sondern man würde sich vor allem inhaltlich auf eine unhaltbare Insellage zurückziehen und so das Recht von seinen sozialen Grundlagen abkoppeln. Jener Versuch der Umgehung einer Begründung führt uns also nicht weiter.[44]

---

42. Siehe dazu schon Tiemeyer, GA 1986, 213; ebenso Lenckner, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rdn. 109a. Trotz Zustimmung zum präventiven Konzept wird dieser Kritikpunkt auch von Streng, ZStW 101 (1989), S. 273, 292 f., eingeräumt, der auf den „Reflex der verinnerlichten Wertordnung" der Mitbürger abhebt und zugibt, daß dadurch im Ansatz keine andere Schuldbestimmung erreicht wird als die bisher übliche (a.a.O., S. 296).

43. Mit Schärfe spricht Bock, ZStW 103 (1991), S. 636, 648, von „bemerkenswerte(r) Naivität gegenüber den Voraussetzungen und Folgen seiner eigenen wissenschaftlichen Tätigkeit" bei Jakobs. Wie weit der Glaube an die normative Kraft des Faktischen führen kann, zeigen Jakobs' Ausführungen zum Unrecht in totalitären Regimen (etwa GA 1994, 1). Nachdrücklich gegen dessen Ansicht bereits Lüderssen, ZStW 104 (1992), S. 735, 742 ff.; Schreiber, in: Lampe, Deutsche Wiedervereinigung, Bd. II, 1993, S. 53, 61 ff.

44. Im Ergebnis ablehnend zu einer auf Prävention gestützten Herleitung auch die ganz überwiegende Ansicht: Dreher/Tröndle, vor § 13 Rdn. 28; Jescheck, in: LK, vor § 13 Rdn.72;

2. a) Vorgeschlagen wird auch noch ein anderer Weg, dem Problem der Willensfreiheit auszuweichen, nämlich die bereits kurz angesprochene Konzeption einer nur partiellen, begrenzten Funktionszuweisung der Schuld. Es handelt sich darum, daß Schuld nur als Strafmaßobergrenze anerkannt werden soll, man also allein ihre limitierende Wirkung akzeptiert. Mangels Beschwer für den Betroffenen würde damit die Notwendigkeit einer umfassenden Begründung eines so verstandenen Schuldgrundsatzes scheinbar entfallen. In diese Richtung wies etwa der Vorschlag des Alternativentwurfs 1966 in seinem § 59, nach dessen Absatz 1 die Schuld nur das Höchstmaß der Strafe begrenzen sollte, während in Absatz 2 bestimmt war, daß das Schuldmaß nur insoweit auszuschöpfen ist, wie es die Resozialisierungs- und Präventionsbedürfnisse erfordern.[45]

Hierbei fällt allerdings schon auf, daß die Notwendigkeit einer Schuldmaßbestimmung für die Strafzumessung auch dann nicht entfällt. Wenn ich eine Obergrenze bestimmen will, muß diese notwendig die oberste Sprosse einer Skala sein. Daß unterhalb der Schuldobergrenze Strafrabatte aus kriminalpolitischen Erwägungen

---

ders., Allg. Teil, S. 384 f.; Jähnke, in: LK, § 20 Rdn. 10, 18; Hirsch, in: LK, vor § 32 Rdn. 182a ff.; Lackner, 20. Aufl. 1993, StGB, vor § 13 Rdn.25; Lenckner, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rdn.117; Maurach/Zipf, Allg. Teil, Teilbd. 1, § 30 Rdn. 49; Rudolphi, in: SK StGB, vor § 19 Rdn. 1b; Schild, in: AK StGB, §§ 20, 21 Rdn. 73; Schmidhäuser, Allg. Teil (Studienbuch), 1982, 7/9; außerdem Hirsch, Festschrift Universität Köln, 1988, S.399, 414 ff.; ders., in: Hirsch/Weigend (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, S. 65, 72 ff.; ders., in: Eser/Perron, Rechtfertigung und Entschuldigung, Bd. III, 1990, S. 27, 37 ff.; Bernsmann, Entschuldigung durch Notstand, 1989, S.377 ff.; Arthur Kaufmann (Anm.16), S.118; Küpper (Anm. 3), S. 157 ff.; Kunz, ZStW 98 (1986), S. 823, 826 ff.; Schöneborn, ZStW 92 (1980), S. 682, 687 f.; Stratenwerth (Anm.17), S. 23 ff., 30 ff.; Tiemeyer, ZStW 100 (1988), S.527, 551; Zipf, ZStW 89 (1977), S. 706, 711.

45. Siehe Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1969, S.114 ff. Ausdrücklich anders und im Sinne der Notwendigkeit der Beachtung des Schuldmaßes auch an der Untergrenze die Rechtsprechung; siehe nur BGHSt. 24, 132, 134; 29, 319, 321. Das ergibt sich für das geltende Recht insbesondere daraus, daß § 46 StGB der Schuld allgemein die Funktion zuweist, Grundlage der Strafzumessung zu sein, was eine einseitige Betrachtung schon positivrechtlich ausschließt.

möglich sind, ist ebenfalls nicht neu. Hierbei handelt es sich jedoch sachlich um Bereiche, in denen ein konkurrierendes präventives Interesse aus besonderen Gründen den Vorrang beansprucht, nicht aber geht es um Schuldeliminierung. Solche Rücknahmen des Strafbedürfnisses betreffen nämlich nicht die Frage des Schuldbegriffs als solchen, sondern lediglich den Umfang seiner Maßgeblichkeit. Schon dies zeigt, daß Strafzumessung grundsätzlich auf verschiedenen Schuldstufen aufbaut und nicht nur von ihnen limitiert wird. Es offenbaren sich somit bedenkliche Fehlgewichtungen bereits in einer ersten Betrachtung der Folgen einer Konzeption, die vom Schuldprinzip isoliert nur den Aspekt der Obergrenze gelten lassen will.

b) Eine derartige Konzeption ist allerdings im Ergebnis auch in dem insbesondere von Roxin begründeten Ansatz einer Schuld und Prävention als sich gegenseitig begrenzende Elemente zusammenfassenden Stufe der „Verantwortlichkeit" enthalten.[46] Auch hier geht es letztlich darum, daß dem Schuldbegriff nur noch seine limitierende Seite verbleiben soll, die als lediglich begünstigende Fiktion aufgefaßt wird und deshalb keiner konkreten Herleitung bedürftig erscheint. Wenn Roxin Schuld und Prävention scheinbar gleichberechtigt nebeneinanderstellt, so entspricht dies indes nicht der eigentlichen Aussage seiner Lehre, die allein der Prävention strafbegründende und zugleich auch strafbegrenzende Funktion zukommen läßt, während das Schuldprinzip auf letztere beschränkt bleibt. Es heißt nämlich eindeutig in seinen grundsätzlichen Ausführungen, daß ausschließlich präventive Zwecke Strafe begründen und das Schuldprinzip nur als

46. Roxin, Allg. Teil I, § 3 Rdn. 36 ff., 46 ff., § 19 Rdn. 1 ff.; ders., Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl. 1973, S. 33 ff.; ders., Festschrift für Henkel, 1974, S. 171, 181 ff.; ders., Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 279 ff.; ders., ZStW 96 (1984), S. 641 ff.; ders., SchwZStr.104 (1987), S. 356 ff. Ähnlich Schünemann, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153, 169 ff., und Amelung, ebda., S. 97 ff. Kritisch zu dieser Kombination aber trotz gleichen präventiven Ansatzpunktes Streng, ZStW 101 (1989), S. 273, 305 ff.

Mittel zur Begrenzung der Strafe diene.[47] Wenn er später Schuld und Prävention als Elemente der strafrechtlichen „Verantwortlichkeit" aufbautechnisch nebeneinanderstellt und sagt, daß im praktischen Regelfall die Schuldfeststellung auch das präventive Straferfordernis begründe,[48] bedeutet dies keine systematische Abweichung von der zuvor definitorisch festgelegten Ungleichgewichtigkeit in der Funktion der beiden „Verantwortlichkeitselemente".[49] Auch hier ist also verdeckt ein Vorrang der Prävention konzipiert, der nur nicht so deutlich wie bei Jakobs zutage tritt und nicht so radikal durchgeführt wird.[50]

Roxin exemplifiziert seine Überlegungen insbesondere am Beispiel des entschuldigenden Notstandes (§ 35 StGB), dessen Regelungen sich seiner Ansicht nach inhaltlich nur aus präventiven Erwägungen heraus erklären lassen, wie insbesondere die Gegenausnahme in den Sonderfällen besonderer Gefahrtragungspflichten nach § 35 Abs. 1 S. 2 StGB zeige. Er meint, die Differenzierung könne nur erklärt werden, wenn man trotz der Notlage grundsätzlich Schuld für gegeben erachte, aber außerhalb der Sonderfälle das Fehlen der präventiven Bestrafungsnotwendigkeit als Grund des Entfallens der Verantwortlichkeit ansehe.[51] Dagegen läßt sich aber anführen, daß hinter der Differenzierung verschiedene Grade der psychischen Belastbarkeit von Personengruppen stehen[52] und daß ein etwa noch vorhande-

47. Siehe Roxin, Allg. Teil I, § 3 Rdn. 36 ff., 46 ff.

48. Roxin, Allg. Teil I, § 19 Rdn. 3.

49. Auch Schild, in: AK StGB, §§ 20, 21 Rdn. 75, weist in seiner Kritik an den parallelen Ausführungen Schünemanns darauf hin, daß nach jenem Konzept einerseits die Schuld nicht (auch) Grund der Strafe sein soll, andererseits aber nur die Einhaltung der Obergrenze des Schuldgedankens zur Strafe berechtigen soll.

50. Insoweit trifft der von Roxin, SchwZStr. 104 (1987), S. 364 ff., gegenüber der Lehre von Jakobs erhobene Einwand der Entindividualisierung der Schuld bei genauerer Betrachtung auch seine eigene Konzeption. Das gilt ebenso für die Kritik an Jakobs durch Schünemann (Anm. 46), S. 153, 170 ff., und ders., GA 1986, 293 f.

51. Roxin, Allg. Teil I, § 19 Rdn. 3 ff.

52. Vgl. auch Jescheck, in: LK, vor § 13 Rdn. 72.

ner Schuldrest wegen seiner Geringfügigkeit typischerweise außer Betracht bleibt.

c) Der entscheidende Mangel der das Schuldprinzip relativierenden Lehren ist ihre Selbstwidersprüchlichkeit, denn sie versuchen, bildlich gesprochen, mit einer real greifbaren Münze zu zahlen, die jedoch nur eine Rückseite, aber keine Vorderseite aufweist. Das allerdings erscheint schon prima vista als nicht möglich. Wenn sie nämlich die Obergrenze der Strafe angibt, gehört die Schuld zwangsläufig mit zu den die Strafe konstituierenden Voraussetzungen und bedarf damit der Fundierung; ob man sie nun „Strafgrund" nennt oder nicht, ist deshalb nur eine Bezeichnungsfrage.[53]

Es ergeben sich aber noch weitere Einwände. Wenn für den Schuldbegriff durch die Eliminierung seiner begründenden „Vorderseite" ein selbständiger Anknüpfungspunkt fehlt, der als Maßstab für eine inhaltliche Ausgestaltung dienen könnte, so verbleibt für diese Aufgabe nur der Rückgriff auf die von jenen Richtungen allein als straflegitimierend anerkannte Prävention. Damit kann der Schuldbegriff aber die geforderte unabhängige Begrenzungsfunktion insbesondere auch gegenüber Präventionsnotwendigkeiten nicht leisten, weil er dann ja selbst von den Vorgaben der Prävention bestimmt ist. Soweit eine Limitierungsfunktion praktisch erreicht wird, ist diese auch bei diesen Lehren wiederum nur eine Folge der Einbeziehung der nach wie vor an Schuldausgleich orientierten „Erwartungen der Gesellschaft" über den Transformator der positiven Generalprävention.

Wenn demgegenüber vereinzelt, etwa von Schünemann, Schuld über die ausdrückliche Bejahung einer menschlichen Willensfreiheit

53. So schon Lenckner, in: Schönke/Schröder, vor § 13 Rdn. 109a m. w. N. Im übrigen hat Roxin jetzt bei dem Deutsch-Polnischen Strafrechtskolloquium 1994 in Halle bei der Diskussion die Beschränkung des Schuldgedankens auf die strafbegrenzende Funktion als „abwegig" bezeichnet. Er wird deshalb wohl in der 2. Auflage seines Lehrbuchs eine Modifizierung der bisherigen Darstellung vornehmen.

eigenständig begründet wird,[54] sind die vorgenannten Bedenken zwar entkräftet. Aber gleichzeitig offenbart sich ein neuer, noch fundamentalerer Selbstwiderspruch, denn es ist hierbei nicht mehr nachvollziehbar, warum dann Zweck und Legitimation der Strafe allein präventiv gesehen werden müssen. Dieses auch von Schünemann aufgestellte Postulat erklärt sich doch gerade mit der von jener Richtung zugrunde gelegten Unerweislichkeit des Indeterminismus und der auf ihn gestützten klassischen Strafbegründung durch Schuld.[55]

Es zeigt sich nach alledem deutlich, daß Schuld und Prävention sich nur dann sinnvoll ergänzen, wenn man sie wirklich selbständig begründet,[56] damit also letztlich als Konträrbegriffe auffaßt. Dem korrespondiert die Tatsache, daß ihre Anknüpfungspunkte eine diametral unterschiedliche Perspektive aufweisen, nämlich bei der Schuld in die Vergangenheit blickend und bei der Prävention in die Zukunft schauend.[57] Diese verschiedenen Blickrichtungen machen auch einsichtig, daß der Ansatz von Roxin zwangsläufig auf eine Vertauschung von Grund und Folge hinausläuft, indem seine Systematik bereits auf der Ebene der Schuld oder „Verantwortlichkeit" den Präventionsgesichtspunkt einführt.[58] Auch bei negativer Betrachtung gilt, daß nicht fehlende Präventionsnotwendigkeiten den Grund einer Entschuldigung bilden, sondern diese sich umgekehrt erst als Folge der Geringfügigkeit etwa verbliebener Schuld ergeben.

Eine ernsthafte ausschließliche Orientierung des Schuldbegriffs an präventiven Gesichtspunkten würde auch die Sachunterschiede von Schulderfordernissen, bloßen Strafausschließungsgründen und reinen

54. Schünemann (Anm. 46), S. 153, 163 ff.

55. Siehe nur Roxin, ZStW 96 (1984) S. 641, 643 ff.

56. So schon Stratenwerth (Anm. 17), S. 42.

57. Hirsch, Festschrift Universität Köln, S. 399, 418; ders., in: Hirsch/Weigend (Anm. 44), S. 65, 76.

58. Jescheck, in: LK, vor § 13 Rdn. 72; Hirsch, in: Eser/Perron (Anm. 44), S. 27, 44; Lenckner, in: Schönke/ Schröder, vor § 13 Rdn. 117.

Strafzumessungsfragen einebnen. Gleichzeitig würde die Zweispurigkeit des Sanktionensystems mißachtet,[59] weil ein konsequent präventiv ausgerichtetes Sanktionenrecht zu einem reinen Maßnahmenrecht geraten müßte.

Allen diesen negativen Folgen stünde noch nicht einmal ein wirklicher Nutzen dieses Ansatzes gegenüber. Denn die Begründung der Strafe mit Präventionsgesichtspunkten ist alles andere als freier von theoretischen und empirischen Problemen als diejenige durch Schuld. Die durch Strafe tatsächlich erreichbare Präventionswirkung ist schwer vorhersehbar und meßbar.[60] Daher wäre die strafrechtliche Prüfung mit erheblichen Unwägbarkeiten belastet und eine nachvollziehbare Strafzumessung fast unmöglich, während die Feststellung des Schuldmaßes wenigstens anhand einer einigermaßen abgesicherten Skala von Indikatoren vorgenommen werden kann und auch regelmäßig praktiziert wird. Zudem ist die Ersetzung des Deliktsmerkmals „Schuld" durch den offenbar fortschrittlicher klingenden Begriff „strafrechtliche Verantwortlichkeit" historisch bedenklich. Schroeder[61] hat darauf hingewiesen, daß er aus dem sowjetischen Strafrecht stammt und in die Strafgesetzbücher des ehemaligen Ostblocks einschließlich der ehemaligen DDR übernommen worden ist. Er hat dort dazu beigetragen, daß man sich an die uns vertraute schützende Rolle des Schuldbegriffs nicht gebunden fühlte.

3. Alle Versuche, die Notwendigkeit einer selbständigen Begründung zu umgehen, erweisen sich also als untauglich, einen Schuldbegriff zu entwickeln, der die erforderliche Schutzfunktion für den Bürger erfüllen kann. Das gilt erst recht für diejenigen vereinzelt vorgetragenen radikalen Positionen, die Schuld weder neben Präven-

59. So auch Jähnke, in: LK, § 20 Rdn. 10 m.w.N. in Fn. 24.

60. Siehe ausführlich Bock, JuS 1994, 89, 95 ff.; ferner schon ders. ZStW 103 (1991), S. 636, 654 ff., und Walter, Neue Kriminalpolitik 1994, 26, 27, jeweils m.w.N.

61. Schroeder, GA 1984, 39 f.; ders., in: Lampe (Anm. 43), S. 109, 110.

tionsaufgaben oder auch nur als deren Derivat anerkennen, sondern das Schuldprinzip ganz verabschieden und konsequenterweise zu einem reinen Maßnahmenrecht übergehen wollen,[62] in dem der einzelne dann aber völlig der unkontrollierten Verfügungsmacht gesellschaftlichen Zweckdenkens ausgeliefert wäre.[63] Soziale Reparatur degenerierte zum reinen Dressurakt am Betroffenen.

Dem Vorschub zu leisten, kann nicht Sinn wissenschaftlicher Bemühungen sein. Bezeichnenderweise kommen deshalb auch andere Disziplinen, die mit dem Schuldbegriff arbeiten, nicht ohne eine Auseinandersetzung mit der Frage menschlicher Willensfreiheit aus. Ihre Rolle zu diskutieren, kann daher dem Strafrechtler nicht erspart bleiben.

IV. 1. Die Versuche zur Begründung menschlicher Willensfreiheit sind im wesentlichen bekannt. Hier sollen von den im Strafrecht diskutierten Konzepten nur einige in Erinnerung gebracht werden. Ob sie aber letztlich den Akzent zutreffend setzen und die für das Recht ausschlaggebende Fragestellung treffen, wird die uns abschließend interessierende Frage sein.

Häufig zitiert wird die Ansicht von Kohlrausch.[64] Sie steht dem Zweckdenken der einen eigenständigen Schuldbegriff leugnenden modernen Präventionsströmungen in einem Punkte durchaus nahe, indem sie die Existenz des Schuldgrundsatzes als „staatsnotwendige Fiktion" bezeichnet. Vertauscht ist dabei jedoch die Reihenfolge von Sollen und Können, weil dem Staat, also der Gesellschaft, die Befugnis zuerkannt wird, ein „du sollst können" auszusprechen.

Andererseits stützt sich bei Kohlrausch diese Position nicht auf außerhalb des Bereichs der Willensfreiheit liegende Wurzeln. Das Befolgenkönnen der Norm soll durchaus nicht bloß angeordnet wer-

62. Vgl. dazu die Nachweise oben Anm. 15.

63. Siehe auch schon oben Anm. 17.

64. Kohlrausch, Festgabe für Güterbock, 1910, S. 3, 23 ff.

den, sondern schon eine faktische Grundlage finden. Dafür sei allerdings nicht die tatsächliche individuelle Fähigkeit zu fordern, sondern die generell feststellbare Möglichkeit reiche aus. Eine solche Möglichkeit könne bei gesunden Erwachsenen erwartet werden. Hier bezieht Kohlrausch zugleich früh gegen Zwecktheorien Stellung: Die bloße Notwendigkeit der rechtlichen Einwirkung auf den Täter, also der Präventionsgedanke, könne unmöglich Verantwortlichkeit begründen.[65] Kohlrauschs Ansatz beruht mithin auf der generalisierenden Zuschreibung von Andershandelnkönnen.

Hervorzuheben ist auch die Auffassung von Arthur Kaufmann.[66] Er bejaht die Willensfreiheit des Menschen, soweit sie als Grundlage für Rechtsnormen erforderlich sei. Er betont zwar, daß derartige Grundlagenprobleme niemals endgültig gesichert bewiesen werden könnten. Jedoch lasse sich ein Analogieschluß ziehen, der das eigene Erfahrungswissen benutze, um das Konstrukt eines Durchschnittsmenschen zu erzeugen, anhand dessen man den Brückenschlag vom Sein zum Sollen vornehmen könne. Auch hier wird also eine Generalisierung vorgenommen.

Arthur Kaufmann meint, daß dies aber ausreichend sei, da man die zur Schuldfähigkeit führende Willensfreiheit nicht als Freiheit von äußeren Einflüssen, sondern als Freiheit zu eigener Mitgestaltung der Zukunft aufzufassen habe, was letztlich gleichbedeutend sei mit geistiger Selbstbestimmung, Erkenntnis- und Willensvermögen, also mit dem Personsein an sich.[67] Daß deren Existenz aber nicht sinnvoll bestritten werden könne, zeige schon die Tatsache, daß bereits das In-Frage-Stellen durch die Kritiker eine solche geistige Erkenntnisfähigkeit belege.[68]

65. Kohlrausch, a.a.O., S. 24.

66. Arthur Kaufmann, Festschrift für Lange, 1976, S. 27, 29 ff.; ders., JZ 1967, 553, 560.

67. Arthur Kaufmann (Anm. 16), S. 117 f.

68. Arthur Kaufmann, JZ 1967, 553, 560.

Dem kann allerdings entgegengehalten werden, daß die bloße Möglichkeit der Auseinandersetzung mit einer Streitfrage noch nichts für eine wirkliche Erkenntnisfähigkeit ergibt. Außerdem lassen sich Erkenntnisfähigkeit und Entscheidungsfähigkeit nicht gleichsetzen.

Einen anderen Begründungsweg hat neuerdings Schünemann[69] gewählt, um einen Beleg der menschlichen Willensfreiheit zu finden: Er geht davon aus, daß die Sprache des Menschen als dessen kommunikatives Ausdrucksmittel zugleich auch die menschliche Wesensnatur widerspiegele. Die sprachlichen Eigenheiten einer Gesellschaft, die insbesondere in den grammatikalischen Regeln zum Ausdruck gebracht würden, offenbarten eine bestimmte Weltsicht. Die Konstruktion der Sprachen mit Aktiv und Passiv, handelndem Subjekt und erleidendem Objekt belege, daß es Handlungsfreiheit geben müsse und daß damit in der gesellschaftlichen Wirklichkeit auch Willensfreiheit existiere.

Auch wenn dieser Ansatz zugegebenermaßen Originalität beweist, so erscheint aber fraglich, ob die Sprache, die doch primär dem Zweck der Kommunikation und nicht der Selbstanalyse dient, ein ausreichendes Fundament für derartig weitreichende Schlußfolgerungen darstellen kann. Immerhin muß auch Schünemann einräumen, daß es Sprachen bei Urvölkern gibt, die Aktiv und Passiv nicht kennen.[70] Soll solchen Eingeborenen nun aus diesem Grunde eine Fähigkeit zur Willensfreiheit und damit bei Einbeziehung der Überlegungen von Arthur Kaufmann das Personsein abgesprochen werden? Es scheint doch eher so zu sein, daß von Schünemann die Erkenntnismöglichkeiten aus einem begrenzten Teilbereich menschlichen Wirkens überbewertet werden.

69. Schünemann (Anm. 46), S. 153, 163 ff.; ders., in Hirsch/Weigend (Anm. 44), S. 147, 151, 153.

70. Schünemann (Anm. 46), S. 165.

Starke Beachtung hat Drehers Untersuchung des Willenfreiheitsproblems[71] gefunden. Von ihm werden die Überlegungen zur Bejahung der Willensfreiheit auf die „erlebte Wirklichkeit" gestützt. Er schreibt, daß die Vorstellung von der Existenz der Freiheit in uns wohne. Das werde durch das natürliche Verhalten schon von Kindern ebenso bewiesen wie durch die Tatsache, daß Zuschreibung von Verantwortung, Lob und Tadel sich in unserem gesamten mitmenschlichen Leben zeigten.[72]

Diese Beobachtung, daß die Menschen von der Freiheit ihrer Entscheidungen ausgehen, entspricht als solche der menschlichen Erfahrung. Jedoch beweist sie nicht die Richtigkeit derartiger Vorstellungen. Ein Beweis der tatsächlichen Existenz der Willensfreiheit ist deshalb damit nicht geführt.[73]

2. Es wurden und werden auch die Erkenntnisse der Naturwissenschaften im strafrechtlichen Streit um die Willensfreiheit bemüht. Allerdings werden sie von - hier noch den „klassischen" Vorstellungen des mechanischen Weltbilds des 19. Jahrhunderts verhafteten - Juristen gern als Argumentationshilfe für deterministische Ansätze herangezogen. Die (scheinbare) Stringenz der mathematisch exakt gefaßten physikalischen Gleichungen und die Erfolge der darauf fußenden Technik wurden zum Vorbild für eine vom Denken in präzisen Kausalitätsketten geprägte Weltsicht.

Die Erkenntnisse der Forschung aller modernen naturwissenschaftlichen Disziplinen haben aber inzwischen dazu geführt, daß deren Denkmodelle heute in andere Richtungen weisen. Schon die Heisenbergsche Unschärferelation[74] hatte Grenzen der theoretischen

71. Dreher (Anm. 29).

72. Dreher (Anm. 29), S. 383 ff. Ähnlich Griffel, ZStW 98 (1986), S. 28, 38 ff.

73. Vgl. Tiemeyer, ZStW 105 (1993), S. 483, 490 ff.

74. Dazu: Breuer, dtv-Atlas Physik, Bd. 1, S. 204 f.; Kuchling, Taschenbuch Physik, 1988, S. 515 f.

Vorherbestimmbarkeit aufgezeigt. Heute ist es die Chaos-Theorie, die belegt, daß in komplexen Systemen, wie sie fast die gesamte uns umgebende Realität enthält, alle Geschehensabläufe innerhalb bestimmter Bereiche prinzipiell unkontrollierbar, ja im Gegenteil selbstkreativ sind.[75] War es bei den Unschärferelationen noch um den Nachweis gegangen, daß die äußeren Beobachtungsmöglichkeiten Beschränkungen unterliegen, zeigt die Chaos-Theorie die bislang verborgenen, inneren Grenzen der Steuerbarkeit der Abläufe selbst: In komplexen und zugleich von Anfangsparametern sensibel abhängenden Systemen erreicht die tatsächliche Instabilität einen Grad, der nicht nur lineare Kausalität zerstört, sondern nachgerade entgegengesetzt eine eigene neue Welt von Effekten kreativ hervorbringt.[76] Diese sind aufgrund ihrer unendlich feinen Differenzierungen aber niemals im konkreten Einzelfall faßbar oder nachvollziehbar, sondern immer nur in statistischen Wahrscheinlichkeiten.[77] Gleiches gilt für die Folgerungen der unscharfen Logik.[78]

Ob von diesen naturwissenschaftlichen Einsichten her eines Tages der Schritt zur „Erkenntnis" der Willensfreiheit möglich ist, muß aber offenbleiben.[79] Bisher reichen sie noch nicht dazu aus, um aus

75. Siehe insbesondere Peitgen/Jürgens/Saupe, Chaos - Bausteine der Ordnung, 1994; Briggs/Peat, Die Entdeckung des Chaos, 1990; Davies, Prinzip Chaos, 4. Aufl. 1993; Gleick, Chaos - die Ordnung des Universums, 1990.

76. Die Schöpfungskraft zeigt sich anschaulich vor allem in chaotischen Symmetrien; siehe grundlegend Field/Golubitsky, Chaotische Symmetrien, 1993. Zur Entfaltung in der Natur Briggs, Chaos - Neue Expeditionen in fraktale Welten, 1993; Peitgen/Richter The Beauty of Fractals, 1986. Zur mathematischen Grundlage der fraktalen Geometrie siehe Mandelbrot, Die fraktale Geometrie der Natur, 1987 (grundlegend); Peitgen/Jürgens/Saupe, Fraktale - Bausteine des Chaos, 1992; Zeidler/Neidhardt, Fraktale und Chaos, 1993.

77. Dazu vor allem Ekeland, Zufall, Glück und Chaos, 1992; Ruelle, Zufall und Chaos, 2. Aufl. 1993; Steward, Spielt Gott Roulette?, 1993.

78. Gute Gesamtdarstellung bei McNeill/Freiberger, Fuzzy Logic, 1994.

79. Dazu neuestens Milner, Spektrum der Wissenschaft, 1993, H. 11, S. 54 ff., und Horgan, Scientific American, 1994, H. 7, S. 72 ff.

ihnen eine allgemeine Entscheidungsfreiheit des Menschen ableiten zu können.

3. Die vorgenannten juristischen und neueren naturwissenschaftlichen Konzepte mögen daher zwar in die zutreffende Richtung weisen. Einen letztlich zwingenden Beweis bleiben sie aber doch schuldig. Ein empirischer Nachweis für die Existenz menschlicher Willensfreiheit ist nicht erbracht; vielleicht wird er auch nie gelingen.

Was verbleibt unter diesen Umständen für das Recht als Alternative? Sicherlich ist eine Rechtsordnung von den Vorgaben der realen Welt abhängig,[80] aber Rechtswissenschaft ist keine Naturwissenschaft. Sie hat sich vielmehr an den Erscheinungen des sozialen Lebens zu orientieren. Soll das Recht die Menschen erreichen, muß es deshalb diese so nehmen, wie sie sich selbst verstehen. Es ginge sonst ins Leere. Da der Mensch sich aber als grundsätzlich frei empfindet, hat dieses Phänomen den Anknüpfungspunkt zu bilden. Das vernachlässigt nicht, daß der Mensch sich auch Zwängen und Einflüssen ausgesetzt sehen kann. Diese spielen selbstverständlich ihre Rolle. Aber die Erfahrung zeigt, daß er auch immer wieder starkem äußerem Druck widerstehen kann. Dem entspricht eine allgemeine Vorstellung, daß dem Menschen grundsätzlich ein freier Gestaltungsspielraum verbleibe. Der Mensch definiert sich selbst deshalb geradezu als freies und verantwortliches Wesen. Auch sein vielfach aufopferungsvoller, aber nie zu unterdrückender Kampf für Freiheitsideale belegt dies eindrucksvoll.

Das vom Menschen gesetzte Recht kann sich nicht zu dem gelebten allgemeinen Selbstverständnis seiner Adressaten in Widerspruch setzen. Ihm verbleibt nur, sich an deren Weltbild zu orientieren und damit die Vorstellung der Willensfreiheit, nicht diese selbst, als allgemein akzeptierte Grundlage menschlichen Selbstverständnisses zu akzeptieren. Diese Ausrichtung des Rechts findet daher ihre

80. Für deren Beachtung nachdrücklich Hirsch, Festschrift für Spendel, 1992, S. 43, 46 ff.

Legitimierung durch die Prärogative des Menschen und seiner fundamentalen Weltsicht für die Rechtsordnung. Aus strafrechtlicher Sicht kommt hinzu, daß mit den Strafdrohungen und auch der Strafe selbst in besonderem Maße an dieses Selbstverständnis des Menschen angeknüpft wird. Es geht bei ihnen gerade um Appelle an die Willensbildung, deren Freiheit der Mensch sich selbst zuspricht.

Die ausschlaggebende Frage für eine Rechtsordnung lautet also nicht, ob es eine Willensfreiheit wirklich gibt, sondern entscheidend ist, welche Vorstellung in einer Gesellschaft insoweit herrscht, nach welchem Weltbild man in ihr lebt. Der gegenwärtig in der Wissenschaft wieder lebhaft geführte Streit um die Beweisbarkeit des Indeterminismus betrifft daher in bezug auf die Gestaltung der Rechtsordnungen ein Scheinproblem. Dieses erledigt sich dabei nicht etwa durch normative Setzung. Ganz abgesehen davon, daß der Gedanke, der Gesetzgeber könne Willensfreiheit dekretieren, die anstehende rechtstheoretische Frage unbeantwortet läßt, geht es bei dem hier entwickelten Ansatz um die in einer Gesellschaft bestehende tatsächliche Vorstellung. Daß man sich bei seinen Entscheidungen als indeterminiert empfindet und danach lebt, gibt den Ausschlag.[81]

Für das Schuldprinzip bedeutet dies, daß es damit über eine ausreichende Grundlage für seine spezifisch rechtliche Funktion verfügt. Die Gegenansicht wäre in der sozialen Wirklichkeit isoliert.

V. Als Ergebnis ist mithin festzustellen, daß das Schuldprinzip allen Anfeindungen und Verschleierungen zum Trotz weiterhin im Strafrecht unersetzlich bleibt. An ihm ist deshalb mit Nachdruck fest-

81. Indem an die Vorstellung der Menschen, also an ein allgemeines Phänomen, anzuknüpfen ist, bleibt unberührt, daß sich im Einzelfall ein Mensch tatsächlich im strengen Sinne als determiniert erlebt. Bei einer solchen Abweichung vom psychischen Normalbefund geht es je nach dem Umfang der Abweichung um die Frage fehlender oder geminderter Schuldfähigkeit. Im übrigen wird die im Text entwickelte Auffassung bestätigt, wenn man sich den theoretischen Fall einer Gesellschaft vorstellt, in der sich alle Menschen in ihren Entscheidungen als völlig determiniert empfinden. Hier würden Schuld und Strafe von vornherein ein untaugliches Instrumentarium sein.

zuhalten, und zwar in seiner herkömmlichen Gestalt. Es läßt sich unabhängig von einem empirisch-naturwissenschaftlichen Beweis menschlicher Willensfreiheit darauf stützen, daß in der sozialen Wirklichkeit die Menschen sich selbst als indeterminiert erleben, begreifen und behandeln. Von dieser Grundlage aus regeln sie nach ihrer Vorstellung die Beziehung zu ihrer Umwelt. Wenn es von dogmatischer Seite vor allem die modernen Präventionslehren sind, die das Schuldprinzip zu relativieren oder ganz entbehrlich zu machen suchen, so dürfte deutlich geworden sein, daß dies entweder erhebliche innere Widersprüche im strafrechtlichen System oder dessen völlige Wertindifferenz und damit Manipulierbarkeit zur Folge hätte.[82] Beide Konsequenzen wären aber ein zu hoher Preis für die Möglichkeit, dadurch zumindest scheinbar der vermeintlich unbequemen Problematik der menschlichen Willensfreiheit ausweichen zu können.

*****

ZASADA WINY I JEJ FUNKCJA W PRAWIE KARNYM

Streszczenie

Zasada nulla poena sine culpa, której Federalny Sąd Konstytucyjny, powołując się na zasadę państwa prawnego, nadał rangę zasady konstytucyjnej, stała się aktualnie ponownie przedmiotem żywej dyskusji. Zasadniczo nie istnieją zbyt duże wątpliwości w stosunku do ograniczającego karę działania zasady winy, albowiem wychodząc z tego założenia znaczenie ma głównie wzajemna korelacja z innymi prawnokarnymi aspektami. Trzeba jednak stwierdzić, że silne prewencyjnie tendencje różnych współczesnych teorii dotyczących sensu

82. Jähnke, in: LK, § 20 Rdn. 10, bezeichnet diese Lehren deshalb als verfassungswidrig. Eine Überbetonung des Präventions- und Funktionsgesichtspunktes gerät überdies in gefährliche Nähe zu Denkmodellen der dreißiger Jahre, als mit der Devise: Recht ist, was dem Volke nutzt" Mißbrauch getrieben wurde. Vor solchen Gefahren war im E 1962 (BT-Drucks. IV/650, S. 96) noch ausdrücklich gewarnt worden.

karania, zmierzają do daleko idącej negacji znaczenia tej zasady co do jej uzasadniającego karanie charakteru. Zgodnie z tymi poglądami to nie wina sprawcy, lecz tylko racjonalno-celowa funkcja penalizacji może mieć wpływ na eliminację przestępczości bądź uzasadniać wymierzoną sprawcy karę.

Zasada winy tradycyjnie uzasadniona jest formułą, że człowiek mógł inaczej postąpić, co głównie przemawiałoby za przypisywalnością ludzkiego działania sprawcy, zakładając oczywiście słuszność tego przypisania. W ten sposób jednak dochodzi się do problemu wolnej woli - do pytania, które dziś ponownie jest żywo dyskutowane.

Klasyczny pogląd w prawoznawstwie, jak powszechnie wiadomo, wychodzi z indeterministycznego założenia - mimo różnych uzasadnień. Jednakże wydaje się, że liczba deterministów ponownie wzrosła. W przeważającej jednak mierze nauka prawa karnego posługuje się ostatnio klauzulą salwatorską, a mianowicie, że nie można udowodnić ani determinizmu, ani indeterminizmu i że system prawnokarny musi być legitymowany bez uzasadniania wolności woli człowieka przez empiryczne potwierdzenie. Z drugiej jednak strony podtrzymuje się, i to w przeważającej mierze, obowiązywanie zasady winy. W ten sposób pojawia się ponownie problem jej uzasadnienia.

Jedną z takich prób uzasadnienia zasady winy usiłuje przedstawić Jakobs, który ponownie odwołuje się do roli prewencji generalnej w prawie karnym. W tym przypadku rezygnuje się więc z pierwotnego uzasadnienia zasady winy na rzecz wtórnego, gdzie winę pojmuje się jako derywat prewencji generalnej.

Według Jakobsa negatywne skutki naruszenia normy prawnej polegają w pierwszym rzędzie na zachwianiu zaufania społeczności do norm i ich obowiązywania. Egzystencjonalnie istotną dla kontaktów społecznych pewność obowiązywania norm prawnych należy odrestaurować przez zjawisko stabilizacji norm prawnych. Są to aspekty tzw. pozytywnej prewencji generalnej, która powinna być skalą według której mierzy się odpowiedzialność sprawcy: kara powinna być

wprowadzoną w życie na niekorzyść danego sprawcy odpowiedzią na naruszenie przez niego normy prawnej.

Z powyższego wynika celowościowy charakter pojęcia winy. Zawinione jest więc takie działanie, które jest wyrazem braku zachowania wierności prawu ze strony sprawcy i ze względu na to uchybienie jest on odpowiedzialny za naruszenie prawa. Jeżeli jednak sprawcy uda się uniknąć zarzutu bezprawności własnego działania, czyli zarzut naruszenia normy go nie dotyczy, to brak jest podstaw do stwierdzenia jego winy. Co składa się na treść pojęcia winy, zależeć powinno w sposób rozstrzygający od elementów zewnętrznych, a w szczególności od każdorazowego ustroju społecznego.

Temu poglądowi można postawić zarzut, że jeśli tylko potrzeby prewencyjne mają stanowić miarkę stabilizacji norm, to rezultatem tego może być w końcu nieograniczona możliwość manipulowania pojęciem winy. Taki punkt widzenia nie może stanowić wzorca dla kształtowania prawa karnego; grozi bowiem powstanie prawie dowolnie, a zarazem uniwersalnie, dopasowanej struktury, którą można by również zastosować w systemach społecznych opartych na bezprawiu. W takim przypadku funkcja gwarancyjna i ochronna wynikająca z przyjętego pojęcia winy, jako Magna charta łamiącego prawo przestępcy, traci całkowicie swój sens.

Zjawisko to wynika w końcu z formalizmu tej koncepcji. Formalizm ten powstaje na skutek tego, że normy prawne stają się celem samym w sobie, ponieważ celem prawa jest chronienie istniejących norm. Do takiego wniosku musi się dojść w przypadku Jakobsa, który opiera swoją konstrukcję jedynie na stwierdzeniu naruszenia normy prawnej.

Ponadto należy podkreślić, że pojęcie winy odgrywa także ważną rolę w odniesieniu do innych gałęzi nauk. Gdyby jednak prawo karne zamierzało definiować winę tylko na podstawie własnego zakresu rzeczowego i tym samym zaprzeczać rzeczowo nie dającej się zaprzeczyć możliwości definiowania pojęcia winy również z punktu widze-

nia zakresu poza prawnokarnego, to mielibyśmy do czynienia nie tylko z pewną zarozumiałością w stosunku do co najmniej po części obszerniejszych dziedzin nauki, lecz także oznaczałoby to przede wszystkim rzeczowe wycofanie się na nie dające się utrzymać pozycje na samotnej wyspie; oznaczałoby to również oderwanie prawa od jego społecznych podstaw.

Proponuje się jeszcze inną drogę obejścia problemu wolnej woli. Chodzi tu mianowicie o wspomnianą już koncepcję tylko częściowej, ograniczonej, funkcji winy. Zgodnie z tym, winę powinno się uznać tylko jako górną granicę wymiaru kary, czyli akceptowano by jedynie jej limitujące działanie. Z powodu braku obciążenia po stronie osoby zainteresowanej prawdopodobnie w ten sposób odpadłaby konieczność wyczerpującego uzasadnienia tak rozumianej zasady winy.

Przy tym należy wspomnieć, że konieczność wyznaczenia stopnia winy niezbędnego dla wymierzenia kary nie odpada nawet w takich sytuacjach. Jeżeli chce się wyznaczyć górną granicę kary, to musi ona stanowić najwyższy szczebel skali. Nie jest także nowością, że poniżej górnej granicy kary zawinienia możliwe są rabaty karne ze względów kriminalno-politycznych. Chodzi tu jednak, z rzeczowego punktu widzenia, o zakresy, w których konkurujący interes prewencyjny tylko ze szczególnych względów toczy bój o pierwszeństwo, ale nie chodzi tu wcale o wyeliminowanie winy. Takie ustępstwa w zakresie potrzeb karania dotyczą mianowicie nie problemu pojęcia winy jako takiego, lecz jedynie zakresu jego właściwości, miarodajności. Same tylko te aspekty pokazują, że wymiar kary zasadniczo zbudowany jest z różnych stopni winy i nie chodzi tu tylko o to, by był przez nie limitowany.

Inna koncepcja, oderwana od zasdy winy, która uznaje tylko aspekt górnej granicy wymiaru kary, występuje jednak także w reprezentowanym szczególnie przez Roxina poglądzie o łącznym ujęciu winy i prewencji, jako elementów wzajemnie się ograniczających, w zbiorczym pojęciu odpowiedzialności. Także i tutaj chodzi ostatecz-

nie o pozostawienie pojęciu winy tylko jeszcze tej limitującej cechy, która pojmowana jest raczej jedynie jako gwarantująca korzyści fikcja i dlatego nie wymaga konkretnego uzasadnienia. W momencie kiedy Roxin winę i prewencję stawia właściwie obok siebie jako równorzędne elementy, staje się to niezgodne z treścią jego nauki, która jedynie prewencji przypisuje uzasadniającą i zarazem także ograniczającą karę funkcję, podczas gdy zasada winy ogranicza się tylko do tej ostatniej funkcji. Bardziej chodzi tu o skoncypowane w ukryciu pierwszeństwo prewencji, jednak aspekt ten nie występuje u Roxina tak wyraźnie i nie jest tak konsekwentnie przeprowadzony, jak u Jakobsa.

Podstawowym mankamentem teorii relatywizujących zasadę winy jest ich wewnętrzna niespójność, ponieważ usiłują one, mówiąc obrazowo, faktycznie płacić realnie istniejącą monetą, która jednak posiada tylko tylną stronę, przedniej natomiast nie posiada. Nierealność tego fenomenu jest jednak widoczna na pierwszy rzut oka. Jeżeli jednak wina limituje wysokość górnej granicy kary, to z konieczności należy ona do konstytuujących karę warunków i tym samym wymaga uzasadnienia.

Występują jeszcze i dalsze zastrzeżenia. Jeżeli brak jest samodzielnego punktu zaczepienia dla pojęcia winy na skutek wyeliminowania jej uzasadniającej przedniej strony medalu, który mógłby służyć jako marka dla treściowego uformowania, to jednak dla realizacji tego celu nie pozostaje nic innego jak tylko sięgnąć do prewencji, jako tego jedynie legitymującego karę, a uznanego przez wszystkie kierunki, elementu.

W ten sposób jednak pojęcie winy nie jest w stanie spełnić tej wymaganej funkcji ograniczającej, także szczególnie w stosunku do elementów koniecznych prewencji, ponieważ pojęcie to w istocie jest określane przez wymogi prewencji.

Z powyższego wynika jasno, że wina i prewencja uzupełniają się tylko wtedy w sposób sensowny, jeśli się je rzeczywiście uzasadnia

niezależnie od siebie, a tym samym pojmuje jako pojęcia przeciwstawne. Koresponduje z tym fakt, że ich punkty zaczepienia wykazują diametralnie różne perspektywy, mianowicie w stosunku do winy spojrzenie skierowane jest na przeszłość, natomiast w przyszłość, jeśli chodzi o prewencję. Te różne kierunki spojrzenia uwidaczniają, że ujęcie Roxina z konieczności wskazuje na podmianę przyczyny ze skutkiem w ten sposób, że jego systematyka już na płaszczyźnie winy czy odpowiedzialności wprowadza aspekt prewencji.

Poważne i wyłączne ukierowanie pojęcia winy na elementy prewencyjne zniwelowałoby także zasadnicze różnice pomiędzy wymogami niezbędnymi do potwierdzenia winy, okolicznościami wyłączającymi karalność i samymi problemami wymiaru kary. Jednocześnie doszłoby do pominięcia dwutorowości systemu sankcji, ponieważ prawo sankcji nakierowane konsekwentnie na prewencję musiałoby w końcu ograniczyć się tylko do środków zabezpieczających.

Tym wszystkim negatywnym zjawiskom nie można by nawet przeciwstawić jakichkolwiek pozytywnych korzyści, ponieważ uzasadnianie kary elementami prewencyjnymi nie jest wcale bardziej pozbawione teoretycznych i empirycznych trudności, niż to oparte na winie. Tego faktycznie uzyskanego przez karę odziaływania prewencyjnego nie można łatwo przewidzieć ani mierzyć. Dlatego też badania prawnokarne byłyby obciążone poważnym ryzykiem, podczas gdy stwierdzenie rozmiaru kary co najmniej w oparciu o względnie zabezpieczoną skalę indykatorów mogłoby być przeprowadzone i systematycznie praktykowane. Ponadto zastąpienie winy jako cechy przestępstwa przez oczywiście bardziej postępowo brzmiące pojęcie odpowiedzialności prawnokarnej jest z historycznego punktu widzenia poważnie obciążone.

Wszystkie próby pominięcia konieczności samodzielnego uzasadnienia okazują się nieprzydatne do skonstruowania pojęcia winy, które by wypełniało niezbędną dla obywatela funkcję ochronną. Stwierdzenie to odnosi się tym bardziej do tych pojedynczo reprezentowa-

nych radykalnych stanowisk, którzy nie stawiają winy obok prewencyjnych celów bądź nie uznają jej nawet za derywat prewencji, lecz zasadę winy całkowicie odrzucają i konsekwentnie przechodzą do prawa karnego środków zapobiegawczych, w którym to jednostka tym bardziej poddana jest całkowicie niekontrolowanym dyspozycjom władzy, determinowanym li tylko celami ogólnospołecznymi.

Nie może więc być celem naukowych wysiłków popieranie takich rozwiązań. Godne podkreślenia jest to, że i inne dyscypliny naukowe, posługujące się również pojęciem winy, nie mogą uniknąć konfrontacji z problemem ludzkiej wolnej woli. Dyskusji naukowej na temat roli tego problemu, nie da się zaoszczędzić nauce prawa karnego.

Autor ukazuje najważniejsze argumenty indeterministów znajdując potwierdzenie, że są one niewystarczające, ażeby przeprowadzić dowód na faktyczne istnienie wolnej woli. Także współczesne naukowe osiągnięcia nauk przyrodniczych, oscylujących w innym kierunku niż przytaczane chętnie przez deterministów wyobrażenia o mechanicznym obrazie świata XIX wieku, nie wystarczają, by móc na ich podstawie stwierdzić powszechnie obowiązującą wolność człowieka w zakresie podejmowania decyzji.

Zgodnie z poglądem autora dla problemu winy nie jest rozstrzygające pytanie, czy wolna wola faktycznie istnieje. Wystarczające jest natomiast, że sam człowiek zasadniczo nie czuje się zdeterminowanym. Jeżeli normy prawne mają dotrzeć do człowieka, to system norm (tu porządek prawny) musi pojmować tak człowieka, jak on sam siebie widzi. Inaczej mija się on z celem i ląduje w próżni. W rezultacie porządek prawny musi się orientować według faktycznego, powszechnego, samopojmowania się jego adresatów, i to w ten sposób, że wyobrażenie o wolności woli, a nie ona sama, stanowi o tym fenomenie, jako powszechnie akceptowana podstawa ludzkiego samookreślania się, do której należy nawiązać.

Analiza autora prowadzi do wniosku, że wbrew wszelkim wrogim postawom i gmatwaniu problemu, zasady winy w dalszym ciągu nie można niczym innym zastąpić. Można ją również logicznie uzasadnić niezależnie od empirycznych dowodów na istnienie wolnej woli z zakresu nauk przyrodniczych. Jeśli zasadę tę próbuje się relatywizować bądź czynić zbędną z punktu widzenia prawno-dogmatycznego przy pomocy nowoczesnych teorii prewencyjnych, to w konsekwencji pociąga to za sobą wewnętrzne sprzeczności systemu prawa karnego bądź całkowity brak dyferencjacji wartości w tym systemie, a tym samym i jego manipulacyjność.

Brunon Hołyst

WPŁYW PRYWATYZACJI NIEKTÓRYCH ZADAŃ POLICJI NA POLITYKĘ KRYMINALNĄ

I. W licznych państwach policja obarczona jest wieloma zagadnieniami. Realizacja różnorodnych funkcji pochłania czas i energię policjantów. Niektóre z nich nie wymagają interwencji specjalistycznych organów państwowych. Przepracowani policjanci ulegają stresom[1], szczególnie wówczas gdy dokonują oględzin miejsca znalezienia zwłok dziecka[2], biorą udział w akcjach przeciwko terrorystom, itp. Policjanci muszą także liczyć się z możliwością utraty życia, napadów[3], uszkodzeń ciała itp. Silne przeżycia emocjonalne często są przyczyną samobójstw policjantów. Np. badania amerykańskie wykazały, iż współczynnik samobójstw wśród policjantów jest wyższy od współczynnika w analogicznych grupach wieku mężczyzn z innych zawodów[4].

Również w Polsce katalog zadań policji jest obszerny. W 1996 roku zarejestrowano około 1 miliona przestępstw. Czynności dochodzeniowe (wielokrotnie skomplikowane) wykonuje policja. Bezpie-

1. J.M. Brown, E.A. Cambell: *Stress and Policing: Sources and Strategies*, West Sussex 1994; T.A. Beehr, L.B. Johnson, B. Leanor, R. Nieva: *Occupational stress: coping of police and their spouses*. Journal of Organizational Behavior 1995, nr 16, s. 3-25.

2. J. Gercke: *Zur psychischen Belastung von Todesermittlungen*. Kriminalistik 1995, nr 1(49), s. 29-34.

3. M. Moxey, J.K. McKenzie: *Assaults on police*. Policing 1993, nr 9(3), s. 172-186.

4. S. Stack, T. Kelley: *Police suicide: an analysis*. American Journal of Police 1994, nr 13(4), s. 73-90.

czeństwo ruchu drogowego należy także do kompetencji policji. Konwojowanie osób do sądów i prokuratur, zabezpieczenie transportów pieniędzy i innych wartości jest także domeną policji. Kilka lat temu policja zabezpieczała imprezy sportowe, kulturalne, koncerty rockowe tylko w wielkich miastach i to niewielkimi siłami. Aktualnie trzeba zabezpieczać mecze piłkarskie w B-klasie, ponieważ policja musi zapobiegać działaniom agresywnym. Po meczu (jak stwierdzał w wywiadzie dla Polityki nr 14, J. Stańczyk) policja musi konwojować każdy tramwaj i autobus. Do izby wytrzeźwień w 1995 roku policja dostarczyła 370 tys. osób. W każdym przypadku radiowóz z dwuosobową załogą był przez około 1 godz. wyłączony z patrolowania. To 740 tys. godzin pracy policjantów. Praktycznie cały zakres bezpieczeństwa, porządku publicznego i obywateli należy do zadań policji.

W ciągu ostatnich kilku lat policja przeżywa kryzys kadrowy i finansowy.

Wzrastająca gwałtownie przestępczość musi skłonić do refleksji nad przyszłością policji[5], jej zadaniami, strukturą organizacyjną oraz wyborem metod zarządzania. Biurokratyzm i centralizm odbierają policji charakter demokratycznego organu[6].

Pierwszym problemem jest rozważenie, czy i w jakim zakresie jest możliwa prywatyzacja niektórych zadań policji.

Drugi problem sprowadza się do społecznej kontroli przestępczości.

Trzeci problem to nowe spojrzenie na zarządzanie policją.

5. D.H. Baley: *Police for the Future*. New York 1994; C. D. Robinson, R. Scaglion, J.M. Olivero: Police in Contradiction: *The Evolution of the Police Function in Society*. Westport 1993.

6. R.D. Lashley: Policework: *The Need for. a Noble Character*. Westport 1995, nr 4(3), s. 521-544.

Wszystkie te zagadnienia pozostają w ścisłym związku z polityką kryminalną.

II. Rozwój prywatnego sektora usług w sferze ochrony, straży i bezpieczeństwa datuje się od końca lat 60-ych naszego stulecia. Przejawiało się to w szybkim wzroście liczby nowo otwieranych firm i spółek oraz osób przez nie zatrudnionych. Następnych kilkanaście lat to okres stabilizacji, po czym w połowie lat 80-ych nastąpił nowy, znaczny rozwój w tym zakresie. Sektor prywatny zaczął wówczas oferować szerszy i bardziej zróżnicowany zakres usług[7].

Precyzyjne scharakteryzowanie zakresu działalności oraz form aktywności sektora prywatnego służb zapewniających bezpieczeństwo nie jest zadaniem łatwym, gdyż działalność tych służb, co jest całkowicie zrozumiałe, utrzymywana jest przez osoby zainteresowane w możliwie największej tajemnicy.

Przy próbie ogólnego zdefiniowania prywatnego sektora bezpieczeństwa mówi się o wykorzystywaniu tradycyjnej prerogatywy samopomocy dla ochrony własnego majątku i własnej osoby. Definicja ta jednak jest zbyt ogólna i może być rozmaicie interpretowana. Wskazuje się także na specyficzne źródła finansowania prywatnego sektora usług zapewnienia bezpieczeństwa jako na jego istotną cechę charakterystyczną. W odróżnieniu od sektora usług publicznych, sektor usług prywatnych nie jest finansowany w drodze opłat podatkowych ściąganych przez państwo, lecz przez poszczególnych obywateli lub jednostki gospodarcze w drodze indywidualnych umów zlecających określony zakres czynności.

Dokonuje się wyróżnienia następujących działów prywatnego sektora usług bezpieczeństwa: straż przemysłowa, wewnętrzna ochrona jednostek gospodarczych i spółek, prywatne ośrodki alarmowe, prywatny transport pieniędzy i kosztowności, ochrona osobista, prywat-

7. R. Trojanowicz, B. Bucqueroux: *Community Policing: How to Get Started.* Cincinati 1994.

ne agencje detektywistyczne. Często dokonuje się również rozróżnienia kontraktowych służb zapewniających bezpieczeństwo (gdy usługi są świadczone na drodze handlowego kontraktu) oraz wewnętrznych służb bezpieczeństwa i ochrony (gdy spółka bądź przedsiębiorstwo zatrudnia regularnie opłacanych pracowników, których zadaniem jest zapewnienie bezpieczeństwa wewnątrz miejsca pracy). Poza rozwojem usług w tej sferze życia społecznego wskazuje się również na ogromny rozwój rynku wszelkiego rodzaju urządzeń i zabezpieczeń technicznych.

Zakres działalności prywatnego sektora bezpieczeństwa zwiększył się znacznie w ostatniej dekadzie naszego wieku, obejmując również dziedzinę określaną jako prywatne śledztwo (private investigation). Działalność w tej sferze wychodzi znacznie poza tradycyjne usługi w zakresie bezpieczeństwa, takie jak nadzór czy ochrona osobista. Prywatna działalność śledcza wiąże się z wykonywaniem takich zadań, jak ocena ryzyka prowadzenia interesów z określonymi partnerami, zbieranie handlowych informacji, przemysłowe szpiegostwo i zwalczanie tego typu szpiegostwa, wykrywanie podsłuchów, sprawdzanie nowo przyjmowanych do pracy osób, prowadzenie szkolenia i treningu personelu w zakresie wewnętrznego bezpieczeństwa[8].

Dokonuje się próby zdefiniowania pojęcia prywatnej działalności śledczej jako aktywności charakteryzującej się dwoma kryteriami:

a) metodami pracy, które z wyjątkiem stosowania fizycznego przymusu są porównywalne do metod stosowanych przez policję, takich jak przesłuchiwanie, obserwacja, poszukiwanie dowodów itp.;

b) celem działalności, którego istotą jest rozstrzyganie sporów i konfliktów, w sensie ustalania, jakie straty zostały wyrządzone oraz podejmowanie odpowiednich czynności kompensacyjnych (z wyko-

8. N. South: *Policing for Profit: The Private Security Sector.* London 1988.

rzystaniem środków cywilnych, karnych bądź indywidualnie ustalonych pomiędzy stronami).

Sektor prywatnej działalności śledczej jest dzielony na trzy generacje lub stopnie specjalizacji.

Pierwsza generacja prywatnych detektywów oraz detektywistycznych agencji wyróżnia się tym, iż oferuje swoje usługi szerokim kręgom społeczeństwa, podejmując się wykonania różnego zakresu zadań. Opinia społeczna jest zaznajomiona z tego typu detektywami, ale jedynie poprzez mityczne wyobrażenia kształtowane przez media i literaturę. Cechami charakterystycznymi tej kategorii detektywów jest:

a) otwarte i jawne występowanie na rynku usług (prywatni detektywi ogłaszają się w prasie, a także zamieszczają swoje nazwiska i adresy na specjalnych stronach książek telefonicznych itp.);

b) uczestniczenie w drugorzędnym rynku pracy, odznaczającym się niestabilnością, minimalnymi kwalifikacjami potrzebnymi dla podjęcia pracy, niezbyt wygórowanymi honorariami;

c) klientelę stanowią indywidualne osoby zlecające stosunkowo zróżnicowany wachlarz zadań;

d) niezależny status;

e) pole działalności ograniczone do granic danego państwa[9].

Bardziej wyspecjalizowani detektywi tzw. drugiej generacji są zatrudniani głównie w kręgach biznesu. Zajmują się oni prowadzeniem dochodzeń w przedsiębiorstwach przemysłowych, agencjach ubezpieczeniowych i instytucjach finansowych. Wykonywane przez nich zadania dotyczą w znacznej mierze oszustw. Chociaż literatura nau-

9. K. Book: *Private policing. Development and consequences form public police forces*. International Criminal Police Review 1993, nr 443, s. 24-36; C.D. Shearing, P.C. Stenning (red.): *Private Policing*. Beverly Hills, London 1987.

kowa rzuca nieco światła na pracę detektywów drugiej generacji, to autorzy podkreślają niejawność tego sektora i trudności w zdobyciu jakichkolwiek bliższych informacji o tej kategorii detektywów.

Trzecia generacja detektywów pojawiła się stosunkowo niedawno. Są oni w najwyższym stopniu wyspecjalizowani. Posługują się w swojej pracy komputerami i skomputeryzowanymi informacjami. Przewidywano już wcześniej, iż w erze zaawansowanej technologii wielu detektywów stanie się specjalistami w dziedzinie komputerów i komunikacji, będzie zdolnych do posługiwania się wyszukanym sprzętem technicznym dla zdobywania informacji. Bardzo często celem prowadzonych czynności jest wykrycie komputerowych przestępstw popełnionych przez kogoś z zewnątrz lub z pracowników danej instytucji, spółki, banku oraz organizacji kredytowych. Jak dotąd, nie opublikowano jeszcze żadnych badań naukowych nad pracą trzeciej generacji detektywów.

Wymienia się różnorodne powody intensywnego rozwoju prywatnej działalności dochodzeniowej, takie jak m.in. ogólny wzrost przestępczości wraz z wywołanym nim wzrostem zagrożenia wśród szerokich kręgów społeczeństwa, pojawienie się nowych form przestępczości, jak terroryzm i przestępstwa komputerowe, nieefektywność publicznej policji. Wskazuje się, iż rządy wielu państw z coraz większą trudnością finansują policję publiczną[10].

Pojawiają się tendencje do odbierania pewnej kategorii zadań służbom policyjnym i przekazywania ich sektorowi prywatnemu. Z uwagi na to, iż sektor prywatny jest znacznie mniej zbiurokratyzowany niż sektor publiczny, może on wykonywać wiele zadań policyjnych przy znacznie niższych nakładach finansowych.

Wśród determinantów bujnego rozwoju prywatnego sektora wyróżnia się także zmiany w technologii, ogólny wzrost zarobków i wa-

10. R. Woodward, N. Walker, S. Holdaway i inni: *Police cooperation and private security*. European Journal of Police 1993, nr 2 (12), s. 101-118.

runków życiowych, a także przeobrażenia w sposobach zarządzania agencjami ubezpieczeniowymi. Sukces prywatnej działalności dochodzeniowej upatruje się również w ogólnej tendencji do specjalizacji, w rozszerzaniu się zjawiska masowej własności prywatnej oraz w procesie internacjonalizacji.

Jedną z bardziej szczegółowych przyczyn rozwoju sektora prywatnego stanowi specyfika działalności różnych agencji ubezpieczeniowych. Wiele z nich obliguje swoich klientów do stosowania różnych środków zabezpieczajacych mieszkania, domy, samochody, co zakłada dokonywanie odpowiedniej kontroli zaleceń. Stwierdza się również w ostatnich latach znaczny wzrost liczby oszustw ubezpieczeniowych. Także z tego względu rozwój prywatnego wyspecjalizowanego sektora dochodzeniowego okazał się niezwykle korzystny.

Istnieją dwa przeciwstawne stanowiska wobec rozwoju sektora prywatnego w dziedzinie działalności dochodzeniowej. Pierwsze z nich akcentuje konieczność ograniczenia tego rozwoju lub przynajmniej poddania sektora prywatnego szczegółowej regulacji i kontroli. Trend ten uwidacznia się wyraźnie w regulacjach prawnych przyjętych w różnych państwach Europy w końcowych latach 80-ych[11]. Drugie stanowisko preferuje dalszą prywatyzację zadań policyjnych. Wskazuje się, iż rozwój sektora prywatnego może w konsekwencji doprowadzić do poprawy jakości usług świadczonych przez policję publiczną.

Niezależnie od tego, jak jest usytuowany sektor prywatny w stosunku do sektora publicznego, dochodzi pomiędzy nimi do interakcji, która jest oparta na osobistych kontaktach i wymianie informacji między pracownikami obu sektorów.

Można również zaobserwować tendencję do rezygnowania z pracy w policji przez doświadczonych funkcjonariuszy i do podejmowa-

11. D. Dölling, T. Feltes (red.): *Community Policing-Comparatives Aspects of Community Oriented Police Work*. Holzkirchen 1993.

nia pracy w sektorze prywatnym. Oponenci takich praktyk twierdzą, że publiczne inwestowanie w szkolenie i treningi przyczyniają się do zwiększenia zysków prywatnych przedsiębiorstw, ponieważ to właśnie najlepsi policjanci są przechwytywani przez prywatne firmy. Z tego względu m.in. w belgijskim prawie regulującym działalność prywatnego sektora bezpieczeństwa zawarto przepis, który zakazuje funkcjonariuszowi rezygnującemu z pracy w policji podejmowania pracy w prywatnym sektorze usług bezpieczeństwa i ochrony przez 5 lat.

Inni autorzy twierdzą jednak, iż takie transfery nie są zjawiskiem szkodliwym, ponieważ podwyższają wartość rynkową doświadczonych pracowników policji. Uważa się, iż kompetentni funkcjonariusze policji, którzy podjęli pracę w sektorze prywatnym, podnoszą jakość pracy dochodzeniowej wykonywanej w tym sektorze, a także zwiększają prawdopodobieństwo dialogu i współpracy pomiędzy dwoma sektorami. I tak np. Izrael promuje tego typu politykę w swoim ustawodawstwie, przewidując, iż prywatny detektyw może otrzymać licencję jedynie po kilkuletnim okresie pracy w policji publicznej lub służbach bezpieczeństwa.

Jedną z konsekwencji transferu pracowników z publicznego sektora do prywatnego są stałe kontakty pomiędzy byłymi pracownikami policji a ich wcześniejszymi kolegami, aktualnymi pracownikami policji. Duża liczba informacji jest, dzięki tego typu kontaktom, przekazywana w sposób nieformalny z sektora publicznego do prywatnego. Firmy prywatnego sektora usprawiedliwiają taką praktykę, wskazując na jej korzyści dla sektora publicznego.

Innym zjawiskiem występującym w wielu krajach jest podejmowanie pracy w sektorze prywatnym przez funkcjonariuszy policji po ich godzinach pracy. Na przykład w USA w dużych miastach uważane jest za zjawisko całkowicie normalne zatrudnienie funkcjonariuszy policji w sektorze publicznym i prywatnym.

Istnieją dane wskazujące, iż sektor prywatny dąży usilnie do zwiększenia współpracy z sektorem publicznym. Niektórzy upatrują

w tym próbę legitymizacji swojej działalności i doprowadzenia do legitymizacji działań i interwencji motywowanych wyłącznie własną polityką wobec przestępczości. Tendencję tę określa się mianem prywatnej sprawiedliwości (private justice).

Generalnie wskazuje się, że prywatna działalność dochodzeniowa będzie się rozwijała w przyszłości. Bezpośrednią tego konsekwencją stanie się mniej jasna rola policji. Już obecnie istnieje, stale wzrastające, powiązanie obu sektorów, które przyczynia się do wzrostu szarej strefy w ich działalności. Powiązania te są jawne lub ukryte w zależności od tego, czy struktury, na których są one oparte, są sformalizowane czy niesformalizowane. Zakładając, że prywatny sektor będzie nadal dążył do zdobycia doświadczenia, informacji i władzy policji, byłoby godne polecenia wprowadzenie formalnych powiązań umożliwiających współpracę obu sektorów. Sprawiłoby to, iż kontakty pomiędzy nimi miałyby charakter jawny i mogłyby być poddane kontroli.

Powstaje jednak otwarte pytanie, w jakim zakresie prywatyzacja niektórych zadań policji jest szansą, a w jakim groźbą pogorszenia stanu bezpieczeństwa. Wymaga to stałego monitorowania zagadnień porządku publicznego[12]

III. Kontrola społeczna przestępczości - polityka społeczna (community policing) - stała się modnym określeniem stosowanym przez naukowców i praktyków, którzy używają tego terminu dla zastąpienia wielu innych, takich jak policyjny patrol, zapobieganie przestępczości, polityka wobec przestępczości ukierunkowana na rozwiązywanie problemów, relacje: policja - społeczność i inne. Istnieją różne definicje polityki społecznej wobec przestępczości koncentrujące się na różnych czynnikach i zasadach, które same w sobie niełatwo poddają się precyzyjnemu określeniu.

12. L. Johnston: *Privatisation: threat or opportunity.* Policing 1994, nr 1(10), s. 14-22.

Robert R. Friedmann proponuje analizę pojęcia polityka społeczna wobec przestępczości z uwzględnieniem trzech perspektyw:

1. Perspektywy policji, gdzie możemy obserwować narastającą potrzebę wzbogacenia więzi ze społecznością w celu:

a) silniejszego wykorzystywania środków społecznych wspomagających pracę policji w zakresie ograniczania przestępczości i redukcji poziomu poczucia zagrożenia wśród obywateli danej społeczności;

b) usprawnienia czynności zbierania informacji przez policję;

c) podniesienia autorytetu i rangi policji w danej społeczności.

2. Perspektywy społeczności - mamy tu do czynienia ze wzrastającym przekonaniem o konieczności:

a) usprawnienia pracy w policji;

b) zwiększenia poziomu rzetelności i odpowiedzialności pracy w policji;

c) zwiększenia udziału społeczności w decyzjach wykonawczych dotyczących policji.

3. Perspektywy zarówno policji, jak i społeczności - kontrola społeczna przestępczości zakłada, iż:

a) przestępczość stanowi rezultat oddziaływania czynników o charakterze społecznym, które w niewielkim stopniu pozostają pod kontrolą policji;

b) kontrola przestępczości wymaga koncentracji na tych czynnikach o charakterze społecznym, które wywołują zachowania niezgodne z prawem;

c) proaktywna polityka wobec przestępczości musi stanowić uzupełnienie, a w niektórych wypadkach powinna zastąpić politykę reaktywną;

d) warunkiem niezbędnym praktycznego wprowadzenia w życie polityki zorientowanej na społeczność jest decentralizacja władzy;

e) należy zwrócić baczniejszą uwagę na problemy jakości życia oraz poczucia zagrożenia przestępczością obok rozważań, które są tradycyjnie w tym kontekście prowadzone;

f) zasadniczą rolę w uzyskaniu efektywnej, demokratycznej polityki społecznej wobec przestępczości odgrywa silniejsze akcentowanie kwestii praw i swobód obywatelskich.

Opierając się na przedstawionych wyżej odmianach rozpatrywanego pojęcia, autor proponuje następującą roboczą definicję polityki społecznej wobec przestępczości:

Polityka społeczna wobec przestępczości jest polityką, a zarazem strategią nastawioną na osiągnięcie skuteczniejszej kontroli przestępczości, zmniejszenie poczucia zagrożenia przestępczością, poprawienie jakości życia, usprawnienie pracy policji i poniesienie autorytetu policji przez proaktywne wykorzystywanie środków społecznych dla zmiany warunków stanowiących podłoże działań przestępnych. Polityka ta zakłada zwiększenie rzetelności i odpowiedzialności w pracy policji oraz większy udział obywateli w podejmowaniu decyzji, a także większą troskę o zapewnienie i przestrzeganie praw i swobód obywatelskich[13].

Informacja o tym, jak bardzo ważne są relacje pomiędzy policją a społecznością, nie jest niczym nowym. W wielu dotychczasowych programach podkreślano konieczność utrzymywania dobrych publicznych kontaktów ze społecznością. Dostrzec można również zwracanie uwagi na znaczenie wzajemnego zrozumienia, chęci współdziałania i niesienia pomocy[14]. Jednakże dopiero wprowadzenie pojęcia współdziałania usystematyzowało naszą wiedzę o policji i obywatelach ja-

13. R.R. Freedmann: *Community Policing*. New York i inne miasta 1992, s. 3, 4.

14. Ch. Wexler, G.T. Marx: *When law and order works Bostons innovative approach to the problem of racial violence*. Crime and Delinquency 1986, nr 32(2), s. 205-223; H. Yearwood: *Police-community relations: A review of the current state of affairs*. Issues in Criminology 1968, nr 4(1), s. 45-57.

ko stronach mających wspólny interes w zapewnieniu bezpieczeństwa i porządku publicznego. Oceny relacji pomiędzy policją a społecznościami w skali ogólnokrajowej wskazują na występowanie w tym względzie różnorodnych problemów[15].

Badania nad programami mającymi na celu usprawnienie relacji pomiędzy policją a społecznością wykazały, iż te programy, w których uczestniczyły obywatelskie ciała doradcze, charakteryzowały się tym, iż były:

- silniej ukierunkowane na problematykę młodego pokolenia;
- silniej skoncentrowane na opinii publicznej;
- silniej nastawione na ocenę postaw policjantów wobec wprowadzonego programu.

Ponadto stwierdzono, że im wyższy był poziom wykształcenia policjantów, tym głębiej opracowywany program był ukierunkowany na zapobieganie przestępczości[16]. W innych badaniach wykazano słabość w występowaniu bezpośredniego, przyczynowego powiązania pomiędzy takimi programami a współczynnikami przestępczości, publiczną wrogością i apatią oraz brutalnością policji, niemniej jednak podkreślano wagę interpersonalnych kontaktów. Stwierdzono, iż ze statystycznego punktu widzenia charakteryzują się one krzywoliniowością; największą wagę mają one w społecznościach średnich rozmiarów, natomiast niewielką wagę w społecznościach wiejskich i wielkomiejskich[17].

15. Ch.E. Reasons, B. A. Wirth: *Police-community relations units: A national survey.* Journal of Social Issues 1975, nr 31(1), s. 27-33.

16. J. Kruckenberg, F.I. Klyman: *Police-community relations: An analysis.* Police Law Quarterly 1978, nr 7(2), s. 19-28.

17. S.H. Decker, R.I. Smith, T.M. Uhlman: *Does anything work? An evaluation of urban police innovations*; R. Baker, F.A. Meyer Jr. (ed.): *Evaluating Alternative Law-Enforcement Policies.* Lexigton MA 1979, s. 43-54; G.M. Janeksela, R.R. Deming: *Police-community relations: An assessment.* Police Law Quarterly 1978, nr 7(3), s. 26-40.

Pojęcie współdziałania zawiera w sobie próbę lepszego zrozumienia i wyjaśnienia procesu świadczenia usług (w tym wypadku: publicznego bezpieczeństwa) w społeczności dzięki koncentracji na kwestiach organizacyjnych i strategiach, które mogą być traktowane jako efekt procesu kształcenia bezpieczeństwa publicznego. Zwolennicy takiego pojmowania sugerowali istnienie ścisłego związku pomiędzy aktywnością policji a bezpieczeństwem publicznym, lecz wkrótce zorientowali się, że trudno tę aktywność oddzielić od innych czynników, takich jak np. działalność agencji policyjnych, społecznych agencji, które równolegle wpływają na poziom bezpieczeństwa w społeczności[18]. Współdziałanie wskazuje, że obywatele zgłaszają doniesienia o przestępstwie, a także pomagają w wyjaśnianiu okoliczności przestępstwa, dostarczając informacji i za pomocą interwencji[19]. Politykę społeczną wobec przestępczości można przedstawić charakteryzując ją w trzech co najmniej wymiarach, które tworzą:

- utrzymywanie porządku i prawa - brak kooperacji;

- kooperacja ze społecznością - symboliczna kooperacja;

- kooperacja na poziomie najniższym (poszczególnych obywateli i funkcjonariuszy policji) - rzeczywista kooperacja.

W pierwszej konfiguracji policja koncentruje się na egzekwowaniu prawa, bez jakiejkolwiek współpracy bądź pomocy obywateli. Dlatego też policja opierając się jedynie na ścisłym przestrzeganiu litery prawa może napotkać opór członków społeczności, niezależnie od tego, czy dana interwencja będzie polegała na wypisywaniu mandatu czy na rozpraszaniu tłumu. Społeczność może przy tym kiero-

18. E. Ostrom, R.B. Parks, G. P. Whitaker, S.I. Percy: *Formation of police and law enforcement policy: The public service production process: A framework for analysing police services.* Policy Studies Journal 1978, nr 7, s. 381-389; S.I. Percy: *Conceptualising and measuring citizen coproduction of community safety.* Police Studies Journal 1978, nr 7, s. 486-493.

19. G.I. Whitaker: *Coproduction: Citizen participation in service delivery.* Public Administration Review 1980, nr 40(3), s. 240-246.

wać się swoimi własnymi wyobrażeniami o prawach, które mogą być różne od tego, jakie ma policja[20]. Społeczność może zatem reagować niechętnie na różnego rodzaju interwencje policji i może się od policji wyalienować.

W wypadku drugiej konfiguracji policja jest zainteresowana jedynie poprawą swojego obrazu (image) w oczach społeczeństwa. Jeżeli tym działaniom (zazwyczaj prowadzonym na drodze specjalnych kampanii propagandowych) nie towarzyszą strukturalne i proceduralne przekształcenia, to czynności takie mogą okazać się całkowicie nieskuteczne[21]. Dotyczy to także działań doraźnych obejmujących np. zwalczanie tylko zjawisk przemocy[22].

Przy trzeciej konfiguracji obywatele wykazują tendencję do współpracy z policją wówczas, gdy struktura społeczności odznacza się relatywną homogenicznością[23], a także jeżeli społeczność ma szansę wpływu na podejmowanie istotnych decyzji dotyczących kierunków zapobiegania przestępczości w swoim własnym obrębie[24]. O ile poziom homogeniczności danej społeczności jest zmienną względnie niezależną, o tyle stosunkowo łatwo można stworzyć warunki dla obywateli, które umożliwią im udział we wpływie na podejmowanie istotnych decyzji. Jest to również bardzo pożądana cecha obywatelskiego uczestnictwa i aktywności społecznej, która jest wymieniana

20. H.A. Nelson: *The defenders: A case study of an informal police organization.* Social Problems 1967, nr 15, s. 127-147; J.T. Brien: *Public attitudes toward police.* Journal of Police Science and Administration 1978, nr 6(3), s. 303-310.

21. P. Evans: *The Police Revolution.* London 1974; D.F. Norris: *Police-community relations: A Program that Failed.* Kexubgtib NA 1973.

22. U.S. Bureau of Justice Assistance: *The Social Impact of the National Citizens Crime Prevention Campaign.* Washington D.C. 1993.

23. M. Cain: *Trends in the sociology of police work.* International Journal of the Sociology of Law 1979, nr 7, s. 143-167.

24. D.E. Voth: *Problems in the evaluation of community development efforts, E J. Blakely* (ed.): *Community Development Research,* New York 1979, s. 153-174.

przez strategów i planistów społecznych jako remedium na społeczną alienację[25]. Być może społeczne uczestnictwo w podejmowaniu decyzji, inicjatywy ze strony zarówno obywateli, jak i policji przyczynia się do zwiększenia współpracy obu stron. Nie chodzi tu o zwykłe wywieranie wpływu na policję przez obywateli, o naciski, aby coś robiła, ale o próbę bardziej zaplanowanego i zorganizowanego podejścia w celu osiągnięcia istotnych zmian dzięki zwiększeniu udziału obywateli w podejmowaniu decyzji i uczestniczeniu w sprawowaniu władzy.

Powyżej przedstawione konfiguracje zostały przez Bena Whitakera (1980) zaprezentowane jako trzy komponenty kooperacji lub koprodukcji[26].

1) gdy obywatele wymagają pomocy ze strony służb publicznych;

2) gdy obywatele pomagają funkcjonariuszom służb publicznych - oczekuje się od nich pomocy oraz inicjatywy w udzielaniu pomocy funkcjonariuszom służb publicznych;

3) gdy obywatele i funkcjonariusze służb publicznych pozostają we wzajemnej interakcji dla osiągnięcia wspólnego zrozumienia i stanowiska w kwestii problemów obywateli oraz wypracowania właściwych rozwiązań.

Wspólnym dla dwóch pierwszych spośród wyżej wymienionych komponent kooprodukcji jest szczególny aspekt ułatwienia pracy policji wypełniającej swoje zadania, odnoszący się do specyficznych czynności policyjnych, w których obywatele dostarczają niezbędnych informacji, wzywają policję w celu pośrednictwa w rozstrzyganiu sporów itp. Wszystko to stwarza odpowiedni klimat, w którym od-

25. E.B. Sharb: *Citizen organizatons in policing issues and crime prevention: Incentives for participation.* Journal of Voluntary Action Research 1978, nr 7, s. 45-58; A. Wandersman: *A framework of participation in community organization.* Journal of Applied Behavioural Science 1981, 17, 27, 28.

26. B. Whitaker: *The Policy in Society.* London 1979.

biorca usług polega na policji jako dostarczycielu tych usług (pomocy, wskazówki, ochrony) i współpracuje z policją we właściwy sposób.

Niektóre wstępne analizy wskazują, iż w miastach w których wprowadzono programy ścisłej współpracy pomiędzy policją i społecznością, stwierdzono wyższe współczynniki zgłoszeń o przestępstwach[27].

Polityka społeczna wobec przestępczości jest uwierzytelniana przez poparcie społeczności oraz przez profesjonalizm policji. Jej funkcją jest zapewnienie usług w szerokim zakresie zadań w zdecentralizowanym, operatywnym środowisku, które charakteryzuje się bliskimi, nieformalnymi oraz formalnymi relacjami ze społeczeństwem. Polityka społeczna wobec przestępczości stosuje różne taktyki, takie jak wykorzystywanie patroli policyjnych, a także rozwiązywanie problemów na poziomie międzysąsiedzkim, dla podniesienia jakości życia i poziomu zadowolenia społeczności z działalności policji[28].

W Japonii, w USA i w wielu krajach Europy Zachodniej realizuje się program kontroli społecznej przez system sąsiedztwa[29]. Uniwersytet Stanowy w Michigan, opierając się na doświadczeniach pieszych patroli policyjnych[30], opracował w 1990 roku podstawy poli-

27. F.A. Meyer Jr., R. Baker: *Symposium on police and law enforcement policy.* Policy Study Journal 1978, nr 7, s. 375-381.

28. G.J. Kelling: *Police and communities, The quiet revolution.* Perspectives on Policing 1988, nr 1 (June), s. 1-8; H.M. Morre, R.C. Trojanowicz: *Policing and the fear of crime.* Perspectives on Policing 1988, nr 3 (June) s. 1-8.

29. R.J. Bursik Jr., H.G. Grasmick: *Neighbourhoods and Crime. The Dimension of Effective Community Control.* New York 1993; B. Hołyst: *Przestępczość na marginesie cywilizacji.* Warszawa 1994, s. 51-53, 228 i nast.

30. R.C. Trojanowicz: *An evaluation of a neighbourhood foot patrol program.* Journal of Police Science and Administration 1983, nr 11/14, s. 410-419; R.C. Trojanowicz: *Neighbourhood patrol strategies.* The Flint, Michigan Experience, D.J. Loree, Ch. Murphy (red.): *Community Policing in the 1980s, Recent Advances in Police Programs.* Ottawa 1986, s. 95-106.

tyki społecznej wobec przestępczości w USA. Zasady te przedstawiamy poniżej.

1. Polityka społeczna wobec przestępczości jest filozofią, a zarazem strategią

Polityka społeczna wobec przestępczości jest zarówno filozofią, jak i strategią, która pozwala policji oraz przedstawicielom władz społeczności pracować wspólnie nad rozwiązaniem problemów: przestępczości, lęku i zagrożenia przestępczością, fizycznego i społecznego nieporządku, rozpadu więzi sąsiedzkich. Filozofia opiera się na założeniu, iż ludzie przywiązani do prawa zasługują na dopuszczenie ich do procesów decyzyjnych będących w gestii policji, w zamian za współuczestnictwo i pomoc. Opiera się również na założeniu, że rozwiązanie bieżących problemów danej społeczności wymaga ze strony zarówno policji, jak i obywateli wyzwolenia twórczej inicjatywy, wypracowania nowych sposobów dotarcia do źródeł i uwarunkowań lokalnych wykraczających poza wąską koncentrację na przypadkach indywidualnych naruszeń prawa[31].

2. Polityka społeczna wobec przestępczości wymaga stosowania jej przez cały personel policyjny

Organizacyjna strategia zakłada, iż każdy człowiek personelu, zarówno cywilny, jak i zaprzysiężony, musi aktywnie poszukiwać sposobów przekładania filozofii na konkretne działania. Każdy pracownik powinien rozumieć potrzebę skoncentrowania się na rozwiązywaniu problemów społeczności w twórczy, nowy sposób, który będzie uwzględniał stawianie wyzwania przed obywatelami oraz wciąganie ich do rozwiązywania problemów. Taka nowa polityka społeczna wobec przestępczości zakłada również zmianę w obrębie samych struktur policyjnych, polegającą na przyznaniu większej autonomii szeregowym policjantom, doceniwszy ich zawodowe kwalifikacje[32].

31. R.C. Trojanowicz, B. Bucqueroux: *Community Policing: A Contemporary Perspective.* Cincinnati OH 1990, XIII.

32. R.C. Trojanowicz, B. Bucqueroux: *Community Policing*: wyd. cyt., XIV.

3. Polityka społeczna wobec przestępczości wymaga stworzenia nowego wzoru policjanta

Wprowadzenie w życie rzeczywistej polityki społecznej wobec przestępczości wymaga stworzenia nowego modelu policjanta, policjanta, który będzie działał jako bezpośrednie ogniwo łączące policję oraz obywateli. Policjant taki musi być uwolniony od izolacji wozu patrolowego oraz wymagań policyjnej radiostacji, tak aby mógł wykonywać codzienną służbę wyrażającą się w osobistym kontakcie z ludźmi mieszkającymi na ściśle określonym obszarze[33].

4. Policjanci powinni współpracować z ochotnikami

Nowa rola policjanta wymaga nieustannego utrzymywania i nawiązywania kontaktów z praworządnymi ludźmi określonej społeczności, tak aby wspólnie wypracować nowe rozwiązania lokalnych problemów, dotyczących bezpieczeństwa publicznego. Ludzie ci pełniliby rolę nie opłacanych ochotników. Jako pełnoprawni przedstawiciele organów porządku policjanci odpowiadaliby na wezwanie oraz dokonywanywaliby zatrzymań, niemniej jednak wykraczaliby również poza te tradycyjne zadania, angażując się w długotrwałe przedsięwzięcia polegające na uaktywnieniu mieszkańców określonego rejonu w celu podniesienia ich ogólnej jakości życia. Policjant, będący swoistym ombudsmanem (rzecznikiem praw obywatelskich danej społeczności), powinien działać jako łącznik pomiędzy jednostkami i grupami tej społeczności, a publicznymi i prywatnymi agendami, których zadaniem jest niesienie pomocy.

5. Polityka społeczna wobec przestępczości wprowadza odmienny rodzaj relacji pomiędzy funkcjonariuszami policji a obywatelami

Wprowadzenie nowej polityki społecznej wobec przestępczości implikuje nowy rodzaj związków pomiędzy policją a obywatelami,

33. R.C. Trojanowicz, B. Bucqueroux: *What community policing can do to help.* The Community Policing Newsletter 1989, nr 2(2), s. 1-8.

takich mianowicie, które oferują nadzieję przezwyciężenia szeroko rozpowszechnionej bierności i apatii i wyzwalają obywatelską inicjatywę. Nowe relacje, oparte na wzajemnym zaufaniu, zakładają, iż policjant będzie pełnił rolę katalizatora pobudzającego ludzi do przejmowania części odpowiedzialności za ogólną jakość życia w społeczności. Wprowadzane zmiany przewidują również, iż w wypadkach mniejszej wagi, nie wymagających natychmiastowej ingerencji policji, obywatele będą zachęcani do samodzielnego rozwiązywania problemów.

6. Polityka społeczna wobec przestępczości wnosi nowy, proaktywny wymiar do działalności policji

Polityka ta wnosi istotny, proaktywny element do tradycyjnych, reaktywowanej roli policji obejmującej pełny zakres oddziaływań. Jako jedyna instytucja kontroli funkcjonująca przez 24 godziny na dobę, przez siedem dni w tygodniu, policja musi utrzymywać zdolność do natychmiastowego reagowania w sytuacjach kryzysowych i w razie popełnienia przestępstwa. Niemniej jednak nowa polityka społeczna wzbogaca rolę pełnioną przez policję, kładąc większy nacisk na takie oddziaływanie, które uczynią daną społeczność - w przyszłej perspektywie - bardziej bezpieczną, a dzięki temu bardziej atrakcyjną.

7. Polityka społeczna wobec przestępczości zmierza do ochrony najbardziej podatnych na wiktymizację członków danej społeczności

Polityka społeczna nakazuje dokonywanie eksploatacji nowych dróg dla ochrony życia i zdrowia tych, którzy są najbardziej narażeni na doznanie wszelkiego rodzaju krzywd: nieletnich, osób starszych, mniejszości, ubogich, niepełnosprawnych, bezdomnych. Polityka ta zarówno asymiluje, jak i rozszerza zakres wcześniejszych oddziaływań, takich jak zapobieganie przestępczości, angażując wiele osób w kontrolę przestępczości w taki sposób, który zachęci policję oraz pra-

worządnych obywateli do współpracy, z zachowaniem wzajemnego szacunku i odpowiedzialności.

8. Polityka społeczna wobec przestępczości dąży do zrównoważenia ludzkich umiejętności oraz technologicznych innowacji

Polityka ta zachęca do rozsądnego wykorzystywania nowoczesnej technologii, opierając się jednak na przekonaniu, że nic nie jest w stanie przewyższyć ludzkiego poświęcenia i zaangażowania, dyskusji i kolektywnej pracy. Polityka opiera się na zaufaniu do funkcjonariuszy policji, którzy znajdują się na pierwszej linii, np. patrolujących ulice, polega na ich zdrowym rozsądku, mądrości i umiejętności twórczego podejścia do rozwiązywania różnego rodzaju problemów trapiących daną społeczność.

9. Polityka społeczna wobec przestępczości musi być wprowadzona w życie i zintegrowana z praktyką zapobiegania przestępczości

Polityka ta zakłada zaangażowanie wszystkich funkcjonariuszy policji, ze specjalnie wyszkolonymi funkcjonariuszami z zakresu polityki społecznej, do roli łącznika pomiędzy policją a obywatelami. Pełni ona kluczową rolę w obrębie samej policji, dostarczając informacji i pomocy w celu rozwiązania problemów danej społeczności i zapewniając szerokie wsparcie tej społeczności przy realizacji konkretnych zadań.

10. Polityka społeczna wobec przestępczości silnie podkreśla decentralizację

Polityka ta zapewnia społeczności zdecentralizowane działanie policyjne. Uznaje, iż policja nie może wprowadzić praworządności do społeczności z zewnątrz, lecz musi ośmielać obywateli do rozumienia policji jako organu, który może być wykorzystywany do rozwiązywania ich bieżących problemów. Nie jest to jedynie jakaś taktyka do doraźnego zastosowania, ale całkowicie nowy sposób myślenia o roli policji w społeczeństwie, nowa filozofia, która oferuje

spójny plan do reorganizacji pracy policji w celu zaspokojenia wyłaniających się potrzeb społecznych.

Sprawiedliwe, słuszne interakcje odgrywają istotną rolę prawie we wszystkich rodzajach sytuacji społecznych i instytucji społecznych: w rodzinie, szkole, zakładzie pracy, szpitalu oraz w kontaktach z przedstawicielami władzy z obywatelami. Ta ostatnia grupa interakcji staje się dziś przedmiotem coraz większego zainteresowania społecznego. Słowa: odpowiedzialność, sprawiedliwość, wolność, zaufanie w różnych formach gramatycznych pojawiają się niezwykle często w publicystyce światowej. Można przypuszczać, że częste używanie tych pojęć wskazuje na ich wysoką pozycję w hierarchii wartości społecznych i na ich szeroki zakres znaczeniowy.

Społeczeństwo szuka form zapewnienia sobie bezpieczeństwa i komfortu psychicznego. Odpowiedzialnością za stworzenie tego obarcza wymiar sprawiedliwości. Obywatele żądają praw, przestrzegania przepisów prawnych oraz kary za popełnione czyny przestępne. Szczególnie zneurotyzowane społeczeństwo XX wieku, w znacznym stopniu narażane na stresy i napięcie, odczuwa coraz większą potrzebę bezpieczeństwa, domaga się ochrony. Dlatego też wymiar sprawiedliwości i policja znajdują się w centrum zainteresowań społecznych, a lęk przed przestępczością powoduje, że przede wszystkim sprawy karne budzą emocje i podlegają ocenie. Przez pryzmat spraw karnych ludzie oceniają wymiar sprawiedliwości.

Jak wskazuje A. Peyrefitte, obwinianie sądownictwa jest sprawą dużo poważniejszą niż obwinianie innych władz. Jeśli wszystkie instytucje tworzą rodzaj konstrukcji mającej zapewnić nam spokój i wiarę w jutro, to wymiar sprawiedliwości stanowi zwornik tej konstrukcji. Opinia jaką cieszy się system sądowy, dobra lub zła, wywiera dodatni lub ujemny wpływ na całe społeczeństwo[34].

34. A. Peyrefitte: *Wymiar sprawiedliwości między ideałem a rzeczywistością.* Warszawa 1987, s. 13, 14.

IV. W ostatniej dekadzie XX wieku pojawiły się nowe, dramatyczne wyzwania wobec kwestii zarządzania policją wywołane społecznymi przeobrażeniami i zmianą ekonomicznych trendów. Twierdzi się otwarcie, iż spada społeczne zaufanie do policji. W publicznej debacie wskazuje się często, iż zbyt wielki nacisk w pracy policji kładzie się na aspekt zarządzania (management) kosztem aspektu przywództwa (leadership). Oba te aspekty nie muszą być ze sobą sprzeczne.

W rzeczywistości zarządzanie i przywództwo stanowią dwie strony tego samego zjawiska. Przywództwo jest związane z wizją i tworzeniem poczucia wspólnej misji oraz zaufania do pracowników i wiary, że zdołają oni ową misję urzeczywistnić. Natomiast zarządzanie zapewnia, iż planowanie, organizacja zasobów, wprowadzanie teorii do praktyki oraz ocena zostaną dokonane zgodnie z zamierzeniami i wizją lidera. Tak zarządzający, jak i lider posiadają wspólny cel, którym jest osiągnięcie rezultatów zgodnych z celem misji służb policyjnych. Dlatego też oba składniki można traktować jako komponenty jednego procesu, który określa się jako zarządzanie bądź kierowanie policją[35]

Strategia zarządzania policją zakłada realizację dwóch celów: po pierwsze zapewnienia lepszej, bardziej satysfakcjonującej pracy dla wszystkich funkcjonariuszy policji, po drugie zaś - zwiększenie efektywności i wydajności pracy służb policyjnych, a tym samym podniesienia jakości usług policyjnych świadczonych danej społeczności. Poprawa jakości działań policyjnych w decydującej mierze zależy od ludzi. W tym kontekście poziom zaangażowania funkcjonariuszy policji jest czynnikiem o kluczowym znaczeniu. Zmiana dotychczasowej praktyki działania oraz próby zwiększenia efektywności pracy bez propozycji aktywnego udziału w ogólnie pojętych korzyściach z wprowadzanych zmian jest z góry skazana na niepowodzenie.

35. A.J.P. Butler: *Police Management*. wyd. II. Darmouth i inne miasta 1992, s. 17 i nast.

System zarządzania polega na dokonywaniu transformacji myśli w działania. W procesie tym można wyodrębnić cztery główne fazy:

1. Identyfikację problemu na drodze systemu analiz. Gdy problem zostanie prawidłowo rozpoznany, procesy planowania posłużą do wyłonienia alternatywnych metod osiągnięcia pożądanego rezultatu, spośród których zostanie wybrana najbardziej odpowiednia.

2. Organizację ludzkich zasobów w oparciu o adekwatny plan.

3. Po wprowadzeniu planu do praktyki, praca funkcjonariuszy policji będzie odpowiednio kontrolowana i monitorowana dla upewnienia się czy instytucje zostały prawidłowo zrozumiane. Po zaplanowanym okresie osiągnięte rezultaty zostaną poddane ocenie zgodnie z przyjętymi wcześniej kryteriami.

Kwestiami o zasadniczym znaczeniu dla sprawnego zarządzania policją i realizacji postawionych planów są pewne wymagania odnoszące się do poszczególnych funkcjonariuszy. Do wymagań tych zalicza się:

- zrozumienie potrzeby wykształcenia poczucia wspólnej misji oraz wspólnej wizji przyszłości;
- zrozumienie potrzeby wypracowania takiego stylu zarządzania, który umożliwi stworzenie warunków dla funkcjonowania policji sprzyjających realizacji celów;
- umiejętność identyfikowania tych czynników, które wpływają na style postępowania z ludźmi i zarządzania pracą ludzi;
- rozumienie podstawowych zadań pracy i służby policyjnej;
- rozumienie w jaki sposób zarządzanie policją poprzez umiejętne planowanie i formułowanie celów dostarcza racjonalnej podstawy dla poprawy i podkreślenia efektywności pracy policji.

Ważną rolę w zarządzaniu policją odgrywa umiejętność identyfikowania oraz utrzymywania równowagi pomiędzy wymaganiami oraz zasobami w zakresie ustalonych standardów usług policyjnych. Rozwiązanie stale pojawiających się problemów związanych z napię-

ciem pomiędzy czynnikiem wymagań a czynnikiem posiadanych środków (zasobów) zależy od kilku zmiennych. Można do nich zaliczyć: standardy usług, wielkość zasobów w proporcji do jakości standardów, monitoringu wymagań i zasobów oraz stałej rejestracji wszelkiego rodzaju zmian w tym zakresie, racjonalności podejmowanych decyzji np. w razie wzrostu wymagań dokonania odpowiedniego wyboru pomiędzy alokacją dodatkowych zasobów bądź też redukcja świadczonych usług.

Istotne znaczenie w zarządzaniu policją mają czynniki związane ze sferą komunikacji, podejmowania decyzji, przydziału pracy, tworzenia zespołów i grup pracowniczych, system nagradzania, współzawodnictwo i sposoby rozwiązywania konfliktów. Informację można traktować jako życiodajną substancję organizacji wpływającą w istotny sposób na zaangażowanie funkcjonariuszy policji oraz kształtowanie się poczucia wspólnej misji[36]. Systemy komunikacji są przede wszystkim związane z rozprzestrzenianiem informacji, ale spełniają również wiele innych funkcji.

Metody komunikacji powinny charakteryzować się kilkoma właściwościami. Powinny być otwarte i przekazywać to, co zamierza się przekazać, tak aby pracownicy wierzyli w to, co jest im przekazywane i nie musieli czytać pomiędzy liniami, aby dotrzeć do jakichś ukrytych informacji. Komunikacja powinna charakteryzować się również giętkością, tak aby metody komunikacji zmieniały się w zależności od potrzeb informacyjnych; proste informacje mogą być przekazywane na papierze, ale bardziej złożone kwestie należy przekazywać w bezpośrednim kontakcie. Metody komunikacji powinny uwzględniać również potrzeby organizacji - duże organizacje powinny wykorzystywać metody stosowne do ich rozmiaru, które mogą różnić się znacznie od tych metod, które stosowane są w mniejszych, mniej złożonych organizacjach.

36. M.L. Dantzker: *An issue for policing - educational level and job satisfaction.* American Journal of Policing 1993, nr 2(12), s. 101-118.

Systemy komunikacji powinny być efektywne zarówno od dołu do góry, jak i z góry na dół. Systemy wyposażone w mechanizmy sprężenia zwrotnego umożliwią przełożonym sprawdzić poziom zrozumienia instrukcji przekazanych podwładnym. Drugą istotną funkcją tego mechanizmu jest rozwinięcie u pracowników inicjatywy i pomysłowości. Aby uzyskać maksymalną korzyść z tego typu komunikacji zarządzający musi zezwolić podwładnemu na wyrażanie konstruktywnej krytyki. Jeżeli nie jest w stanie wzbudzić i ośmielić pracowników do otwartości, będzie słyszał jedynie to, co zdaniem pracowników, chce usłyszeć. Wartość komunikacji wstępującej i zstępującej jest oczywista, niemniej istotna jest również pomiędzy pracownikami na tym samym poziomie zależności służbowej.

Ważny wpływ na postawę funkcjonariuszy policji do ich pracy ma przydział zakresu zadań. Twierdzi się, że wzrost specjalizacji pracy policyjnej spowodował redukcję satysfakcji z pracy odczuwanej przez funkcjonariuszy zawężając zakres ich zadań i obowiązków[37]. Problemy te znane są psychologii pracy, w której opisano ujemne skutki pracy przy taśmie produkcyjnej. Pewne próby odwrócenia tych niekorzystnych tendencji zaobserwowano w ostatnich latach, m.in. poprzez przekazanie odpowiedzialności za prowadzenie dochodzenia w mniej poważnych przypadkach funkcjonariuszom policji na niższych szczeblach hierarchii zawodowej. Generalnie jednak podstawowym problemem nie jest zwiększanie lub zawężanie specjalizacji w pracy policji. Podstawowym zadaniem zarządzającego jest wytyczenie celów, które mają być zrealizowane, a następnie dobór takich ludzi do realizacji, którzy mają najwyższe kwalifikacje, gwarantujące osiągnięcie sukcesu.

Jednym z podstawowych zadań zarządzania pracą policji jest umiejętne łączenie energii, wiedzy i sprawności wielu pracowników dla osiągania celów, które dla pojedynczego funkcjonariusza policji

37. A.J.P. Butler: *Police Management*, op. cit. s. 69 i nast.

byłyby nieosiągalne. Niefortunnie, jednym z głównych czynników hamujących wzrost efektywności w pracy różnych organizacji, a szczególnie policji, jest właśnie brak koordynacji i integracji wysiłków pojedynczych funkcjonariuszy i poszczególnych sekcji sił policyjnych. Do pewnego stopnia sama natura pracy policyjnej utrudnia pełne wykorzystanie pracy zespołowej.

Każdy pracownik ma potrzebę identyfikowania się z innymi ludźmi, którzy wykonują podobną lub taką samą pracę. Badania prowadzone nad funkcjonariuszami policji wykazały poczucie członkostwa w małych grupach. Świadomość bycia częścią zespołu stwarza korzystne warunki dla uczenia się i opanowywania wszelkiego rodzaju umiejętności i technik zawodowych, a także dostarcza wzajemnego wsparcia w momentach kryzysu i emocjonalnego stresu. Zadaniem zarządzającego jest zapewnienie odpowiednich warunków pracy, w których będzie mogła się rozwijać tożsamość z grupą.

Poczucie przynależności do grupy jest niezwykle istotne zarówno z punktu widzenia poszczególnych funkcjonariuszy, jak i całej organizacji - policji. Przynależąc do zespołu funkcjonariusz jest w stanie dążyć do realizacji wspólnie wytyczonych celów, pracować z innymi w sposób skoordynowany. Warto zwrócić uwagę, iż w pracy policji, podobnie jak w przypadku innych złożonych organizacji, integracja zachodzi na, więcej niż jednym, poziomach.

Ważne znaczenie w całokształcie strategii zarządzania ma zachęcanie pracowników do wykazywania takich zachowań, które są zgodne z celami organizacji oraz zmierzają do osiągnięcia wytyczonych zadań. W tym celu stosować można generalnie dwa podstawowe sposoby postępowania. Po pierwsze, można nagradzać pożądane zachowania, a po drugie, zachowania niewłaściwe mogą być karane. Trudności bezpośredniego nadzorowania funkcjonariuszy patrolujących ulice czynią proste stosowanie obu wyżej wymienionych strategii w dużym stopniu ograniczonymi. Najbardziej odpowiednim środkiem kontroli wydaje się być wykształcenie odpowiedniej kultury wśród

funkcjonariuszy policji, dzięki czemu będą oni najzwyczajniej chcieli dostosować się do przyjętych norm i instrukcji sił policyjnych w trakcie świadczenia zawodowych usług społeczności[38]. Dlatego też policja powinna posługiwać się takimi środkami kontroli, które akcentują pozytywną postawę wobec zachowania funkcjonariuszy. Metoda zarządzania czynnikiem kontroli, podkreślająca pozytywne i nagradzające aspekty pracy powinna posiadać zdecydowany priorytet.

Współzawodnictwo i przyjacielska rywalizacja pomiędzy grupami funkcjonariuszy policji może stanowić cenne źródło motywacji i zachęcać policjantów do osiągania lepszych rezultatów pracy. Jednakże linia oddzielająca pozytywne aspekty współzawodnictwa od negatywnych konsekwencji możliwego, na tle rywalizacji, konfliktu jest cienka i trudno rozpoznawalna. Gdy współzawodnictwo w dodatku opiera się na nierównych szansach, istnieje niebezpieczeństwo uszczerbku ducha zespołu rywalizujących grup.

Ważne znaczenie w pracy policji posiada właściwe rozpoznanie oczekiwań społeczności[39]. Rozpoznanie to obejmuje wiele z czynności takich jak:

- zrozumienie, w jaki sposób potrzeby i życzenia społeczności mogą zostać włączone do programu zadań policji;
- rozpoznanie ograniczeń tradycyjnych metod oceny potrzeb społeczności;
- zrozumienie wagi stosowania obiektywnych metod oceny potrzeb społeczności;
- opracowanie sposobów, za pomocą których można dokonać pomiaru jakości policyjnych usług;
- docenienie znaczenia wyników badań opinii publicznej jako pomocy w zarządzaniu policją;

38. E. Shadmi: *Controlling the police: A public and integrative approach*. Policing and Society 1994, nr 4(2), s. 119-129.

39. A.J.P. Butler: *Police Management*, op. cit., s. 84 i nast.

- wiedza o tym, w jaki sposób można dokonać adaptacji technik ankietowych, aby dostosować je do własnych potrzeb, czyli do uzyskania informacji w konkretnej kwestii.

Po właściwym rozpoznaniu potrzeb społeczności powinna nastąpić ich realizacja. Realizacja ta musi przebiegać w sposób planowy i zorganizowany; należy ją poprzedzić udzieleniem wyczerpujących odpowiedzi na siedem pytań:

1. Jaka jest precyzyjna natura (istota) danego problemu lub kwestii nurtujących społeczność?

2. Jaki jest idealny (pożądany) stan?

3. Co świadczy o tym, iż mamy do czynienia z problemem?

4. Czy jesteśmy usatysfakcjonowani dostępnymi informacjami odnoszącymi się do pytania nr 3?

5. Jak dalece obecna sytuacja odbiega od idealnego (pożądanego) stanu?

6. Jakie mogą być przyczyny niepowodzenia w próbach osiągnięcia idealnego (pożądanego) stanu?

7. Jakie środki należy stosować dla osiągnięcia celu?

Po fazach planowania i organizowania działań następuje realizacja wytyczonych zadań. W fazie tej szczególne znaczenie posiada pomiar i ocena osiąganych rezultatów. Wiedza ta powinna być przekazywana zaangażowanym w realizację zadań funkcjonariuszom. Istotne jest aby policjanci:

- wiedzieli jak poszczególne oddziały i grupy policyjne funkcjonują w ramach ogólnej misji sił policyjnych w działaniach na rzecz zaspokojenia oczekiwać społeczności;
- wiedzieli jaki jest ich wkład w realizację zadania;
- wiedzieli kto jest odpowiedzialny za koordynację działań i ocenę rezultatów;

- byli zapoznawani z rezultatami własnej działalności w ramach wykonywanego zadania, jako poszczególni funkcjonariusze i członkowie grup do których należą;
- zdawali sobie sprawę, że jeżeli nie będzie osiągnięć, program działań zostanie odpowiednio zmieniony lub zmodyfikowany.

V. Kryminologia jako nauka społeczna jest predystynowana do kształtowania w Polsce pożądanych zjawisk społecznych. Rozwijając badania nad zagadnieniami przestępczości, czy szerzej, patologii społecznej należy zwiększyć użyteczność tej dyscypliny w życiu społecznym kraju. Przyszłość tej nauki leży w ścisłym połączeniu podejmowanych przez nią zadań z realizacją celów polityki społecznej.

Przed polską kryminologią staje zadanie stworzenia systemu, który na podstawie współczesnego stanu wiedzy zarówno optymalizowałby od strony informatycznej decyzje podejmowane w sferze zarządzania resortem wymiaru sprawiedliwości, jak i umożliwiałby dzięki właściwemu wykorzystaniu sił i środków minimalizację zjawisk przestępnych. Obszary zastosowań wyników badań kryminologicznych daleko wykraczają bowiem poza ramy ścigania, sądzenia i odbywania kary.

Planowanie w dziedzinie zapobiegania przestępczości wymaga takiej bazy informacyjnej, która odzwierciedlałaby zmiany zachodzące w dynamice i strukturze przestępczości. Konieczność systemowego podejścia do zagadnień profilaktyki wyznacza kryminologii nowe zadania, ocena bowiem programów zapobiegania przestępczości musi uwzględniać skuteczność jej strategii z punktu widzenia zadań polityki społecznej, w tym również ocenę kosztów społecznych i finansowych tych programów.

Działalność wymiaru sprawiedliwości powinna być obecnie ujmowana w kontekście rozwojowym oraz we wzajemnym powiązaniu ze zmianami ekonomicznymi i socjalnymi, jakie zachodzą w społeczeństwie. Sprawą niezmiernie istotną jest udział społeczeństwa oraz poszczególnych jednostek nie tylko w zapobieganiu przestępczości, ale

również w wymiarze sprawiedliwości. Zadania wymiaru sprawiedliwości powinny być rozpatrywane z perspektywy praw człowieka, które obejmują również jego prawo do rozwoju.

Szeroko rozumiane uspołecznienie wymiaru sprawiedliwości może zmniejszyć poczucie braku bezpieczeństwa obywateli, oddalić ich obawy co do prawidłowości polityki kryminalnej.

*****

EINFLUß DER PRIVATISIERUNG EINIGER AUFGABEN DER POLIZEI AUF DIE KRIMINALPOLITIK

Zussamenfassung

In vielen Staaten ist die Polizei mit zahlreichen Pflichten belastet. Die Realisierung der unterschiedlichen Funktionen nimmt Zeit und Energie der Polizisten in Anspruch. Einige von ihnen erfordern keine spezialistischen staatlichen Organe.

Auch in Polen ist der Katalog der Aufgaben der Polizei umfangreich. Man braucht nur darauf hinzuweisen, daß im Jahre 1995 etwa eine Million Straftaten registriert wurde. Die Ermittlungstätigkeiten (oft kompliziert) werden eben von der Polizei durchgeführt. Die Sicherheit des Straßenverkehrs gehört ebenfalls zu den Kompetenzen der Polizei. Einer Ausdehnung unterliegt auch die Reichweite der Aktivitäten der Polizei, die eine Absicherung der Ordnung auf den Fußballplätzen sogar in der B-Klasse bezwecken. Praktisch gehört der ganze Bereich der Sicherheit der öffentlichen Ordnung und der Bürger zu den Aufgaben der Polizei.

Im Laufe der letzten Jahre eriebt die Polizei eine Kader- und Finanzkrise.

Die gewaltsam ansteigende Kriminalität und andere Bedrohungen der öffentlichen Ordnung müssen zu Reflexionen über die Zukunft der Polizei, ihre Aufgaben, die organisatorische. Struktur und die Wahl der Verwaltungsmethoden verleiten. Der Bürokratismus und

Zentralismus, welche die Strukturen der Polizei in Polen charakterisieren, entziehen ihr den Charakter eines demokratischen Organs.

Besonders drei Probleme sollten analysiert werden. Das erste ist die Überlegung, ob und in welchem Ausmaß die Privatisierung einiger Aufgaben der Polizei möglich ist. Das zweite Problem läßt sich auf die gesellschaftliche Kontrolle der Kriminalität zurückführen, das dritte Problem schließlich ist ein neuer Blick auf die Verwaltung der Polizei. Alle diese Fragen verbleiben in enger Verbindung mit der Kriminalpolitik.

In der letzten Dekade des 20.Jh. tauchten neue, dramatische Aufforderungen in bezug auf die Problematik der Verwaltung der Polizei auf, hervorgerufen durch die gesellschaftlichen Wandlungen und die veränderten ökonomischen Trends. Das gesellschaftliche Vertrauen zur Polizei sinkt. In öffentlichen Diskussionen wird oft darauf hingewiesen, daß in der Arbeit der Polizei allzu stark der Aspekt der Verwaltung (des Managaments) auf Kosten des Aspekts der Führerschaft (leaderschip) betont wird.

Die abschließenden Bemerkungen betreffen die Rolle der Kriminologie als einer Gesellschaftswissenschaft. Im Zuge der Entwicklung der Forschungen über die Fragen der Kriminalität oder breiter der gesellschaftlichen Pathologie ist die Brauchbarkeit dieser Disziplin im gesellschaftlichen Leben des Landes anzuheben. Die Zukunft dieser Wissenschaft liegt in der engen Verknüpfung der von ihr aufgegriffenen Aufgaben mit der Realisierung der Ziele der gesellschaftlichen Politik.

Die breit verstandene Sozialisierung der Polizeiorgane kann das Gefühl der mangelnden Sicherheit der Bürger verringern, ihre Befürchtungen in bezug auf die Gesetzmäßigkeit der Richtungen der Kriminalpolitik zerstreut.

Günther Kaiser

WANDLUNGEN KRIMINOLOGISCHEN DENKENS UND DIE ZUKUNFT DES STRAFRECHTS

Mag der Einfluß der Kriminologie auf die Gestaltung konkreter Entscheidungen der Kriminalpolitik auch äußerst begrenzt sein, so ist er doch keinesfalls unwichtig. Deshalb bleibt auch belangvoll, ob kriminologisches Wissen und strafrechtliche Problemlösungen im Grundsätzlichen zur Deckung gelangen oder nicht. Solche Grundfragen betreffen die Einschätzung gegenüber dem Täter, dem Opfer und der Kriminalität, aber auch die Beurteilung der Interventionsmöglichkeiten und des Vorgehens strafrechtlicher Sozialkontrolle. Obwohl - je nach Grundauffassung - Sichtweise und Folgerungen verschieden ausfallen können, ergeben sich nach der hier entwickelten Position folgende Perspektiven:

1. Mängelprofil oder Krise modernen Strafrechts?

Da Normen nicht nur geschaffen, sondern auch durchgesetzt werden müssen, kommt es auf die Implementation der Strafrechtsnormen an. Gerade in neueren Bereichen wie dem Umweltstrafrecht, aber auch der Gewinnabschöpfung und Geldwäsche wird das sogenannte Vollzugsdefizit beklagt. Allerdings kann nicht zweifelhaft sein, daß ein solches auch in traditionellen Gebieten des Strafrechts besteht wie zum Beispiel beim Eigentumschutz; und liegen gar, wie etwa beim Schwangerschaftsabbruch erheblich unterschiedliche Wertorientierungen vor, so hat das Recht, wie es scheint, weitgehend seine Steuerungsfunktion verloren, und zwar trotz der stützenden Autorität bun-

desverfassungsgerichtlicher Entscheidung[1]. **Implementationsmängel und Vollzugsdefizite** werden zwar wesentlich durch die stets begrenzte Kapazität der Polizei- und Justizbehörden beeinflußt, hängen jedoch nicht vollständig davon ab, wie sich etwa an den opferkontrollierten Deliktsbereichen erkennen läßt.

Zwar werden im Bereich der **Kleinkriminalität** die Verfahren relativ zügig durchgeführt, jedoch mit dem häufigen Ergebnis der Verfahrenseinstellung. Vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit her betrachtet und im Hinblick auf die Vermeidung von schädlicher Stigmatisierung der Täter mag ein solches Ergebnis wünschenswert erscheinen. Im Hinblick auf das Deliktsopfer und auf das Vertrauen des Bürgers in die Rechtsordnung erscheint eine solche Strategie nicht stets funktional und erwünscht. Ein bekanntes Beispiel liefern vandalistische Handlungen und Wandschmierereien, die dem rechtstreuen Bürger den Eindruck eines hilflosen und ohnmächtigen Staates vermitteln. Darüber hinaus gehen die Opfer oft leer aus, was wiederum Initiativen lähmt und zur Resignation beiträgt. Aber auch das allgemeine Sicherheitsgefühl wird dadurch ungünstig beeinflußt, wie neuere Opferbefragungen zeigen. Sorgen und Befürchtungen der Bürger beschränken sich nicht nur auf potentielle Gewaltakte oder Einbruchsdiebstähle. Auch Bagatelldelikte gehen „unter die Haut", wie insbesondere die Fülle der von den Opfern wahrgenommenen kleinkriminellen Handlungen veranschaulicht, obwohl diese nicht angezeigt werden.

Demgegenüber beschäftigen die Mängel in **Strafzumessung** und informeller Erledigung, etwa wegen Ungleichheiten und Inkonsisten-

1. BVerfGE 39,1ff. Ebenso einseitig wie kurzschlüssig wird die kritisierte Entwicklung des Strafrechts dem „Zweckdenken" und dem „Sicherheitsstaat" angelastet sowie die „Rückwendung zum Kernstrafrecht" und im übrigen die „Entkriminalisierung" empfohlen; so etwa *Vormbaum*: „Politisches" Strafrecht. ZStW 107 (1995), 734-760 (735f., 744f., 751); gegen ein Zurück zum „Kernstrafrecht" als Illusion und Utopie schon *Lüderssen*: Abschaffen des Strafens? 1994, 381ff.

zen, oder die zeitweilige Überfüllung des Strafvollzugs mehr die Justizverwaltung und die Wissenschaft. Gleichwohl ist erstaunlich, wie sehr die Bevölkerung verglichen mit früheren Jahrzehnten die Strafziele der Resozialisierung, aber auch der gemeinnützigen Arbeit, der Wiedergutmachung und des Täter-Opfer-Ausgleichs unterstützt.

Zwar sind in Übereinstimmung mit weltweiten Tendenzen der Kriminalpolitik auch in Deutschland beachtliche Anstrengungen unternommen worden, die Rechte und die **Rechtsstellung der Verbrechensopfer** zu stärken. Aber sowohl das Opferentschädigungsgesetz aus dem Jahre 1976 wie das Opferschutzgesetz, das dem Jahre 1986 entstammt, sind hinter den Bedürfnissen weit zurückgeblieben. Bezüglich der Opferentschädigung ist mit Recht kritisch eingewandt worden, daß im ganzen gesehen weniger die Situation der Verbrechensopfer als vielmehr der Krankenkassen verbessert worden ist. Ferner bleibt das erste Opferschutzgesetz dadurch, daß es im wesentlichen nur die Offensiv- und Informationsrechte des Opfers stärkt, erheblich hinter dem Notwendigen und Erreichbaren zurück.

Daher schätzen viele Bürger die Strafrechtspflege sehr zurückhaltend ein, obschon hierzulande die Skepsis nicht so weit reicht wie in den Vereinigten Staaten. Dem steht nicht entgegen, daß sich die fundamentalen rechtspolitischen Grundsätze weiter Anerkennung erfreuen dürfen. Deshalb stimmen wiederum die Ausweitung der Bedingungen für das Haftrecht und die Verhängung der Untersuchungshaft besorgt. Zwar sollen vor allem gefährliche Rechtsbrecher am Rückfall gehindert werden, ehe die Strafverfahren abgeschlossen sind. Doch äußert sich in dieser Maßnahme gegen sogenannte Wiederholungstäter auch der Funktionswandel der Untersuchungshaft. Diese gewinnt so gesehen die Bedeutung einer speziellen Strategie der Verbrechensbekämpfung.

Folgt man der **Kritik**, so läßt sich die kriminalpolitische Problemlage bezogen auf strafrechtliche Interventionen durch zuviel, zuwenig, ungleich, erfolglos und bedenklich kennzeichnen:

- **zuviel** an Stigmatisierung,
- **zuwenig** an Opferschutz und -hilfe,
- **ungleich** in der Sanktionierung,
- **erfolglos** in Täterbehandlung und Verbrechenskontrolle

sowie in Verbrechenverfolgung und Strafverfolgung überdies **rechtsstaatlich bedenklich.**

Doch welche Folgerungen werden aus diesem Sachverhalt gezogen?

1. Die in ihrer Einfachheit und Klarheit entschiedenste Konsequenz mündet in der Forderung nach dem Verzicht auf Strafrecht als Teilsystem der Sozialkontrolle überhaupt.

Zwar ist man sich zunehmend der begrenzten Möglichkeiten bewußt geworden, menschliche Beziehungen und soziale Konflikte mit (straf-)rechtlichen Mitteln regeln zu können. Auch mögen die resignierende Einsicht in das Unvermögen, rationale Kriterien zur Bestimmung des Kriminellen zeitüberdauernd angeben zu können, ferner die Überzeugung von der Verwissenschaftlichung und der Entwicklung überlegener Kontrollsysteme die These immer wieder beleben, wonach die Geschichte des Strafrechts die Geschichte seiner Abschaffung sei[2]. Obgleich sich zumindest in den letzten einhundert Jahren erhebliche Wandlungen in Inhalt und Umfang des kriminalisierten Verhaltensbereichs ergeben haben und die Forderung nach Entkriminalisierung zu einem festen kriminalpolitischen Postulat geworden ist, kann doch **von der Abschaffung des Strafrechts ernstlich keine Rede** sein[3]. Die im nordamerikanischen Bereich vertretene

2. Vgl. von *Jhering*: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. In: Vermischte Schriften juristischen Inhalts (1879), 1968, 158; *Radbruch*: Abbau des Strafrechts und die Justiz 2 (1927), 537-542; *Lüderssen*: Einführung. In: Seminar. Abweichendes Verhalten I, hrsg. von Lüderssen u.a. 1975,7-34 (27); etwas abweichend *ders.*: Abschaffen des Strafens? (Fn. 1), 415ff., 422f.

3. Vgl. *Naucke*: Tendenzen der Strafrechtsentwicklung, 1975, 220; *Schultz*: Abschied vom Strafrecht? ZStW 92 (1980), 611-636.; Vormbaum (Fn. 1), 737.

Forderung nach radikaler Nichtintervention[4] hat nicht einmal vermocht, den seit den siebziger Jahren schnell steigenden Gefangenenzahlen, geschweige denn den Verurteilungen zu Todesstrafe in den USA Einhalt zu gebieten. Auch die in anderem Zusammenhang ausgebreiteten Belege für die Überkriminalisierung[5] sind eher geeignet, die These von der Abschaffung zu widerlegen als zu bestätigen.

In erster Linie gehört hierzu das seit mehr als eineinhalb Jahrhunderten beklagte Wachstum des Bestandes an Strafrechtsnormen. Selbst die gesetzgeberischen Entkriminalisierungsakte der letzten Jahrzehnte haben langfristig die Entwicklungstendenz keineswegs aufgehalten, bestenfalls verzögert oder geringfügig unterbrochen. Es ist auch nicht einzusehen, wie eine Gesellschaft, welche den Zielen einer rationalen Kriminalpolitik folgen und rechtspolitische Grundsätze ernst nehmen will, generell auf strafrechtliche Normen verzichten können sollte.

Allerdings haben wir einsehen gelernt, daß auf allen Ebenen der Sozialkontrolle - gleichgültig ob es sich um das System, die Träger, die Strategien, die Mittel oder Sanktionen handelt - eine beträchtliche Flexibilität und breite Austauschbarkeit herrscht[6]. Damit stellt sich stärker als zuvor die Frage nach den **Alternativen,** die der **Durchsetzung der anerkannten rechtspolitischen Grundsätze** näherkommen, falls sich die praktizierten Sanktionen als unzweckmäßig erweisen. Die aus dem amerikanischen Schrifttum bekanntgewordenen Leitbegriffe der „diversion", „decriminalization" und „deinstitutionalization" deuten die Suche nach neuen Wegen an[7], auch wenn sie für westeuropäische Verhältnisse nicht stets auf neuen Einsichten beruhen. Das moderne Sanktions- und Effizienzwissen stützt überdies

4. So *Schur*: Radical Nonintervention. Rethinking the Delinquency Problem, 1973.

5. Siehe eingehend *Kaiser*: Kriminologie, 1993[9], 188ff.

6. Dazu *Kaiser* (Fn. 5), 575f.

7. Vgl. *Empey*: Social Construction of Childhood, Delinquency and Social Reform. In: The Juvenile Justice System, ed. by Klein, 1976, 27-54 (27).

die **weitere Aktualisierung des Grundsatzes der Erforderlichkeit.** Denn ähnliche Erfolgs- und Mißerfolgssätze machen einsichtig, von mehreren in gleicher Weise geeigneten Sanktionen das am geringsten eingreifende Mittel zu verwenden[8].

Wenn in der modernen Gesellschaft die staatlichen Aufgaben wachsen, die insbesondere der technologische und soziale Wandel aufgibt, und deshalb zur Durchsetzung und Absicherung das Strafrecht mit eingesetzt wird, verwundert es nicht, daß der Bestand an Strafrechtsnormen wächst. Da aber das Recht in der unüberschaubar gewordenen Gesellschaft eines der wichtigsten Steuerungsmittel ist, um Klarheit, Durchsichtigkeit und Gleichheit zu gewährleisten, ist die vielbeklagte **Tendenz zur Verrechtlichung** der Lebensverhältnisse unausweichlich. Selbst wenn man hier auf die schmerzlichen Sanktionen des Kriminalrechts verzichten könnte, so doch ohne Gefährdung des Ganzen offenbar nur dann, wenn Strategien der Überwachung oder fühlbar disziplinierende Sanktionen anderer Subsysteme der Sozialkontrolle als funktionale Äquivalente zur Verfügung stünden. Solche Verfügbarkeit ist aber fraglich und umstritten. Die bloße Kritik an der sogenannten „Überproduktion" von Strafrechtsnormen wegen vermeintlicher Fixierung zum Sicherheitsdenken[9] läuft als Angebot funktionaler Äquivalente für das Strafrecht allerdings leer[10]. Selbst innerhalb des Teilsystems strafrechtlicher Sozialkontrol-

8. *Calliess*: Strafzumessung und Strafvollzug in strafverfahrensrechtlicher Sicht. In: Sozialwissenschaft im Studium des Rechts Bd. 3: Strafrecht, hrsg. von Hassemer u.a., 1978, 235-248; *Heinz/Hügel*: Erzieherische Maßnahmen im deutschen Jugendstrafrecht, 1987, 95.

9. So etwa die Autoren in dem vom *Institut für Kriminalwissenschaften* herausgegebenen Sammelwerk: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, 65ff., 267ff., 313ff., 387ff.

10. Vgl. dazu auch *Jakobs*: Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem Prinzipiendenken". ZStW 107 (1995), 843-876 (855ff.). Das gelegentlich empfohlene sogenannte Interventionsrecht bildet ernstlich keine kriminalpolitische Alternative, zumal nicht erkennbar wird, wie es sich als eine Art kleines Strafrecht substantiell unterscheiden und sich gar als überlegen erweisen könnte; Entsprechendes gilt für den etwaigen Rückgriff auf das Arzneimittelrecht anstelle des Drogenstrafrechts.

le macht die Be- und Überlastung der Justiz deutlich, daß sich sowohl insgesamt als auch in einzelnen Strafverfahren dysfunktionale Erscheinungen bemerkbar machen.

2. Wegen der möglichen Verfestigung krimineller Entwicklungen und Gefahren der Stigmatisierung durch die strafrechtliche Intervention, aber auch zur Entlastung der ohnehin mit Aufgaben überbürdeten Strafrechtspflege wird international zunehmend die **Rückverlagerung der Sozialkontrolle von dem formellen in den informellen Bereich** erörtert, propagiert oder partiell auch verwirklicht. Der sogenannten Gesellschaftsjustiz im ehemals sozialistischen System entsprechen in mancher Hinsicht Einrichtungen kommunaler oder privater Verbrechenskontrolle in der westlichen Gesellschaft. Man braucht hier nur an die Formen der Verbandsgerichtsbarkeit sowie innerbetrieblicher Kontrolle durch die sog. Betriebsjustiz zu erinnern, aber auch an Entwicklungen, die durch Kontrollstrategien wie kommunale Kriminalprävention und community treatment angelegt erscheinen.

3. Zwar erfolgt der staatliche Schutz des (potentiellen) Opfers durch Strafverfolgung, Justizgewährung, Wiedergutmachung und Opferentschädigung häufig zu spät, ungenügend und unökonomisch. Doch ist **kein viktimologisch konzipiertes und zugleich rechtsstaatlich befriedigendes Präventionssystem erkennbar, das** dem täterorientierten Reaktionssystem **überlegen** wäre. Eine von der Opferneigung oder -gefährdung angelegte Vorbeugungsstrategie, unterstellt, man könnte sie rational begründen, nähme die soziale Verteidigung zu sehr auf den potentiellen Opferbereich zurück und müßte kriminogene Entwicklungen im Täterbereich interventionslos gewähren lassen. Das aber wäre präventiv noch unbefriedigender. Deshalb kann eine konstruktive Neuorientierung der Strafrechtspflege sich nicht in einer Opferpolitik erschöpfen[11]. Präventionsbedürfnis, Wiedergutmachung und Opferentschädigung lassen sich optimal nur in

11. Anderer Auffassung *Fattah* (Ed.): From Crime Policy to Victim Policy. Reorienting the Justice System, 1986.

Fortentwicklung des geltenden Systems berücksichtigen. Hier müssen jedoch auch die Konsequenzen gezogen werden, die dem Opferinteresse entsprechen. Das Opferschutzgesetz kann daher nur ein erster Schritt sein[12].

4. Darüber hinaus bedarf die **justizförmige Verfolgung und Bewältigung der sogenannten Bagatelldelikte** verstärkter Aufmerksamkeit und auch einer rechtspolitisch angemessenen Lösung. Gerade weil die Bagatellkriminalität erfahrungsgemäß eine Massenerscheinung darstellt, junge und sehr alte Menschen daran beteiligt sind, ergeben sich **schwierige Fragen für Selektion und Gleichbehandlung, generalpräventive Effizienz sowie Kapazität und Kosten des Kontrollsystems.**

Aber auch dann erscheinen die bisherigen Behandlungsmöglichkeiten der Bagatellkriminalität im ganzen gesehen unbefriedigend. Es wird hierzulande noch immer zuviel gestraft und zu wenig von Möglichkeiten Gebrauch gemacht, rechtlich relevante **Konflikte ohne Stigmatisierung zu befrieden.** Dennoch ist es äußerst schwierig, ein überzeugendes Konzept zur Bewältigung der Bagatelldelikte zu entwickeln, das den gesamten Zielvorstellungen entspricht und überdies eine Chance zur Verwirklichung hat. Eine befriedigende Problemlösung läßt sich daher in naher Zukunft am ehesten in Anlehnung an das geltende Recht erwarten. Von der Einführung eines sogenannten Interventionsrechtes wäre trotz möglicher Abschwächung der Stigmatisierung hingegen keine überlegene Problemlösung zu erhoffen.

5. Wenn wir die kriminalpolitische Substanz der Strafrechtsreformgesetze, des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch 1974 und des Strafvollzugsgesetzes analysieren, so gelangen wir unschwer zum Ergebnis, daß der **Gedanke der Spezialprävention** starken Ausdruck gefunden hat[13]. Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe,

12. Dazu *Kaiser* (Fn. 5), 632ff.

13. Dazu *Kaiser* (Fn. 5), 581ff.

Ausdehnung der Strafaussetzung zur Bewährung, Verbesserung des Maßregelrechts, insbesondere Einführung der Führungsaufsicht, und weniger formalisierte Erledigung nach § 153a StPO künden ebenso davon wie offene Vollzugsgestaltung, Vollzugslockerungen, Zuweisung zu Behandlungsgruppen und Regelung sozialtherapeutischer Anstalten durch das Strafvollzugsgesetz. Auch die neuere Aufnahme des Täter-Opfer-Ausgleichs in das Strafrecht gemäß § 46a StGB wird man theoretisch diesem Kontext noch zuordnen dürfen.

So gesehen, und d.h. angesichts der realistischen Anwendungsbreite des Resozialisierungsgedankens, ist die gegen ihn gelegentlich geäußerte Skepsis, geschweige „sein Waterloo"[14] kaum nachzuvollziehen. Einer Neuinterpretation des Resozialisierungsmomentes bei der Handhabung der Strafaussetzung bedarf es deshalb nicht. Die Allgemeinheit kann nur dann und am besten gesichert werden, wenn im beschriebenen Umfang an der Resozialisierung festgehalten wird. Andernfalls müßte auch die Bewährungshilfe umgedeutet werden, was tiefgreifende Rollenkonflikte der Sozialarbeiter mit sich brächte, wenn man deren Vorbehalte schon gegenüber der Führungsaufsicht berücksichtigt. Eine „grundsätzliche Wende in der Beurteilung des Resozialisierungskonzeptes für die Theorie der Strafe und die Interpretation der die Sanktionsfestsetzung regelnden Vorschriften" ist daher nicht geboten; ihre Konsequenzen wären überdies unerwünscht und verhängnisvoll. Denn selbst „eine mehr generalpräventive Ausrichtung" entließe das Präventionsstrafrecht nicht aus den Schwierigkeiten der Erfolgskontrolle. Daß diese hier einfacher gelagert wären und ferner die als Strafziel vorherrschende Generalprävention positivere Erfolgsaussichten erwarten ließe, ist zumindest bei der Gruppe der Mehrfach-, Rückfall- und Intensivtäter nicht erkennbar.

14. *Schünemann*: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik. GA 1986, 293-352 (347ff.).

Obwohl sich also kein deutscher Gesetzgeber in der bisherigen Strafrechtsgeschichte so sehr dem Behandlungsgedanken geöffnet hat wie jener der späten sechziger und beginnenden siebziger Jahre, sehen wir die Resozialisierung in einer Krise[15]. Kein Zweifel, daß der Zeitgeist dem Behandlungsgedanken nicht günstig ist[16]. „Abkehr von der Behandlungsideologie!" lautet unverändert die Zielbestimmung. Doch wohin wenden, wenn überlegene theoretische Bezugspunkte kaum auszumachen sind? Für Behandlung und Sozialtherapie sprechen trotz aller Rückschläge und Kritik vor allem, daß es dazu keine Alternative gibt.

Einer der wichtigsten Einwände in Rechtspolitik und Öffentlichkeit gilt fraglos dem Mangel der **Behandlungserfolge.** Hier liegt es so, daß jene Bedenken, die sich auf die vermeintliche Wirkungslosigkeit der Behandlung gründen, den herkömmlichen Strafvollzug in Deutschland schon deshalb nicht zu treffen vermögen, weil es einen Behandlungsvollzug im strengen Sinne kaum gegeben hat. Dies stimmt freilich auch weithin für das Ausland[17].

6. Trotz der im ganzen ermutigenden Erneuerung muß dem stationären **Strafvollzug neben der Bewährungshilfe** noch immer und **verstärkt unsere Fürsorge** gelten. Da sich Deutschland hinsichtlich der Vollzugspopulation international im oberen Mittelfeld befindet, gibt die hohe Zahl der Insassen zur Aufmerksamkeit und die beachtliche Rate an Untersuchungshäftlingen überdies zu Besorgnissen Anlaß. Die Ursachen für diesen Sachverhalt liegen freilich nicht nur im

15. Vgl. *Eser*: Resozialisierung in der Krise? In: Festschrift für Peters, 1974, 505-518.

16. *Kaiser*: Resozialisierung und Zeitgeist. In: Festschrift für Würtenberger, 1977, 359-372 (370); *Jescheck*: Die Krise der Kriminalpolitik. ZStW 91 (1979), 1037-1064; *Müller-Dietz*: Abschied vom (Re-)Sozialisierungsgedanken?. In: Resozialisierung. Utopie oder Chance, 1995, 77-97.

17. Vgl. *Walker*: Treatment and Justice in Penology and Psychiatry. The Sandoz Lecture, 1976, 12f.; *Weigend*: Entwicklungen und Tendenzen der Kriminalpolitik in den USA. ZStW 90 (1978), 1083-1127 (1116f.).

Vollzug selbst und teilweise auch nicht in den Entscheidungsmustern der Strafrechtspflege, sondern vielmehr in tiefer gelagerten Gründen der Entstehung, Struktur und Bewegung der Kriminalität, namentlich aufgrund der Öffnung und Durchlässigkeit der Grenzen. Die Fortsetzung des gegenwärtigen Trends in der Verbrechensentwicklung könnte allerdings hoffnungsvolle Ansätze der Kriminalpolitik aushöhlen oder vollends zunichte machen. Auch dafür liefern die Vereinigten Staaten ein Beispiel. Deshalb ist die Forschung im Bereich angewandter Kriminologie und Kriminalpolitik unbedingt geboten, um durch praxisbegleitende Beobachtung die vielschichtigen Tendenzen zu erhellen und zu kontrollieren.

2. Konfliktregelung - Alternative oder Aufgabe des Strafverfahrens?

Der vorerwähnte Sachverhalt des Zuviel, Zuwenig, Ungleichen und Erfolglosen bei der Anwendung strafrechtlicher Mittel wird mitunter als so unbefriedigend und bedrängend empfunden, daß er die **Frage nach den** besseren Wegen und Mitteln geradezu radikalisiert und man wie oben erwähnt über **Alternativen zur Strafe, zum Strafverfahren oder zum Strafrecht überhaupt** nachdenkt, falls nicht kurzschlüssig gar die Abschaffung des Strafrechts gefordert wird[18]. Eine in diesem Zusammenhang ebenso aktuelle wie attraktive Perspektive scheinen im Lichte internationaler Diskussion besonders Schlichtung und Wiedergutmachung zu eröffnen. Dies gilt um so mehr, wenn das Schlichtungsverfahren mit dem Täter-Opfer-Ausgleich verknüpft wird. Unter dem magischen Stichwort der **Konfliktregelung** scheint sich ein Teil der Kritiker am geltenden Strafrechtssystem zu treffen und ihm die **gemeinsame Orientierung** zu entnehmen.

18. Siehe dazu und zum sogenannten Abolitionismus *Kaiser* (Fn. 5), 158ff.

Zwar bildet die jüngere Strafrechtserneuerung in Deutschland einen beachtlichen Schritt nach vorn[19]. Doch ihre empirischen Grundlagen und rechtspolitischen Vorstellungen entstammen Wissen und Denken der fünfziger und sechziger Jahre. Demgemäß finden gemeinnützige Arbeit, Opferbelange und Wiedergutmachung noch kaum Beachtung. Auch beschränkt sich die Reform im wesentlichen auf das materielle Strafrecht und das Recht des stationären Strafvollzugs. Die **Erneuerung des Strafverfahrens steht noch aus,** wie schon seit mehr als zwei Jahrzehnten beklagt wird. Soweit das Strafprozeßrecht reformiert wurde wie im Falle des § 153a StPO, ferner bezüglich des Datenabgleichs, der Telefonüberwachung, des Einsatzes verdeckter Ermittler und der Verfahrensbeschleunigung, sind die Regelungen in der Rechtslehre unverändert umstritten. Dies gilt überdies für die sogenannte Kronzeugenregelung. Wie sich namentlich bei der Bekämpfung des organisierten Verbrechens nach dem OrgKG und dem Verbrechensbekämpfungsgesetz 1994 zeigt, beschränkt sich die Kritik nicht auf die Bewältigung der strafrechtlichen Bagatellsachen. Vielmehr hat sie im Hinblick auf die aktuelle Gesetzgebung neue Impulse aufgenommen. Dementsprechend ist sie vielfältiger Genese. Obschon weitergreifend entzündet sie sich vornehmlich an den neueren Veränderungen des Strafverfahrensrechts.

Gerade weil die Umsetzung des materiellen Strafrechts im Strafprozeß vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben im justizförmigen Verfahren zu erfolgen hat, dem im Konfliktfall die materielle Richtigkeit des Urteils nachgeordnet sein kann, lassen sich die Gebrechen des Strafverfahrens, die Mängel des Strafprozeßrechts und die daran anknüpfenden Stimmen der **Kritik** nicht verkennen.

19. Vgl. *Jescheck*: Strafrechtsreform in Deutschland. SchwZStr 100 (1983), 1-28; *Horstkotte*: Rückblick auf die Strafrechtsreform von 1969. Erwartungen, Erfolge, Enttäuschungen. BewHi 31 (1984), 2-13; *Eser*: Hundert Jahre deutscher Strafgesetzgebung - Rückblick und Tendenzen. In: Festschrift für Maihofer, 1988, 109-134; *Hirsch*: Bilanz der Strafrechtsreform. In: GS für Kaufmann 1986, 133-165.

Ermittlungsverfahren und Rolle der Polizei, Anwendungsbereich des Haftrechts, Erledigung von Bagatellsachen, Struktur der Hauptverhandlung, Privatklage und Adhäsionsverfahren weisen auf dringliche Erneuerungsbedürfnisse hin. Dieser Sachverhalt hat zu einer umfassenden Reformdiskussion in Deutschland, aber auch in Österreich und der Schweiz geführt, wie etwa die Erörterung der neuen Gesetzentwürfe in den drei Staaten erkennen läßt[20].

Allerdings ist nicht zu übersehen, daß die Strafverfahrensrealität und die prozessualen Erneuerungsbedürfnisse im Laufe der letzten Jahrzehnte unterschiedlich eingeschätzt werden. Die Analysen der siebziger Jahre lassen die heutigen Schwer- und Kritikpunkte mit Ausnahme der Erledigung von Bagatellsachen, insbesondere rechtsstaatlicher Einwände gegen §153a StPO, noch kaum erkennen. Diversionsstrategien, also Maßnahmen zur Umlenkung vom formellen Strafverfahren in weniger formalisierte Reaktionsweisen, werden zunächst vor allem im Jugendstrafrecht erörtert. Zwar werden auch schon damals solche Probleme und Ziele gesehen. Doch erlangen die Opferbelange in der rechtspolitischen Diskussion noch keine derartige Bedeutung, daß sie sich in den allgemeinen Reformvorstellungen als Opferrechte, Wiedergutmachung, Täter-Opfer-Ausgleich und Konfliktregelung äußern würden. Ferner hat sich der neue auf Abschaffung des Strafrechts gerichtete Abolitionismus als eine radikale herrschaftskritische und antietatistische Richtung noch kaum etabliert. Die Rezeptionsversuche und Anlehnungen an *Foucault* und

20. Vgl. *Baumann* u.a.: Alternativentwurf. Novelle zur Strafprozeßordnung und Reform der Hauptverhandlung, 1985; *Moos*: Grundstrukturen einer neuen Strafprozeßordnung. In: Besondere Formen des Strafverfahrens, hrsg. von Schreiber u.a., 1987, 177-191; *Schöch*: Neues Strafrecht und Struktur der Hauptverhandlung - kooperative Verfahren und kontradiktorischer Prozeß. In: Schreiber a.u., 99-111.; ferner *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.): Entwurf eines Bundesgesetzes über besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung schwerer und organisierter Kriminalität. Text und Erläuterung, Wien 1995 sowie *Schweizerischer Bundesrat*: Botschaft zum Bundesgesetz über Maßnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative „SoS. Schweiz ohne Schnüffelpolizei", BBL 146 (1994), I 1127-1213.

Mathiesen setzen eigentlich erst im Laufe der achtziger Jahre ein[21]. Die Probleme wiederum, die sich aus der Entwicklung des organisierten Verbrechens und der Massenkriminalität ergeben, werden erst in den neunziger Jahren akut.

Obwohl die angedeuteten **Strömungen verschiedene Entstehungsgründe und Ziele** kennen sowie sich in Theorie und rechtspolitischen Folgerungen nur teilweise zur Deckung bringen lassen, stimmen sie doch in ihrer Kritik an der geltenden Strafrechtspraxis und weitgehend auch in der Favorisierung informeller Strategien und Lösungen überein. Eine Ausnahme bildet hier nur die neuere neoklassisch angereicherte rechtsstaatliche Kritik, aber auch nur partiell, da sie in der von ihr angestrebten Einschränkung des Strafrechts auf ein „Kernstrafrecht" verstärkt auf funktionale Äquivalente angewiesen bleibt. Inzwischen hat die **Ideologie des Informellen** geradezu eine Flut von Schriften und Vorschlägen zu außerjustitiellen Konfliktregelungen, zur Mediation nach amerikanischem Verständnis, hervorgebracht[22]. „Schlichten statt Richten" lautet die Zielvorstellung. Eine möglichst dezentralisierte und autonome Konfliktregelung der Beteiligten nach dem Wiedergutmachungsprinzip wird angestrebt. Angesichts solch attraktiver Ziele, die überdies von verbreiteter Anschauung in der Bevölkerung, wenn nicht gar vom „Zeitgeist", gestützt werden, stellt sich die Frage nach der Verwirklichung, und d.h. nach der Praktikabilität und möglichen Integrierbarkeit in das bestehende Strafrechtssystem sowie nach etwaigen Vorerfahrungen zur Diversion und Mediation.

Im In- und Ausland liegen über die Handhabung von Diversionsstrategien inzwischen beachtliche Erfahrungen vor. Allerdings wird der Begriff der **Diversion** nicht einheitlich angewandt. Er dient viel-

21. Siehe *Kaiser* (Fn. 5), 158ff.

22. Zur ernüchternden Evaluation der sogenannten intermediate sanctions als innerjustitielle Alternativen der Freiheitsstrafe *Tonry*: Sentencing Matters, 1996, 111f., 108ff.

mehr als Sammelbezeichnung für eine Reihe weniger formalisierter Reaktionsweisen im Sinne einer abgeschwächten Form negativer Sanktionierung. Deshalb werden Erfolgskontrolle und Bewertung erschwert. Immerhin wird deutlich, daß sich die Erledigungsstrategien der Diversion vor allem auf die Bereiche der Jugendkriminalität, der Bagatelldelinquenz bei Erwachsenen, insbesondere bei alten Menschen, und die Drogenkriminalität beziehen. Auf diesen Gebieten scheint das herkömmliche Strafverfahren überwiegend keine angemessene, ökonomische und effiziente Bewältigung zu gewährleisten. Demgegenüber erscheint ein behutsames Vorgehen im Sinne der Tueweniger-Philosophie (»do less«) erfolgversprechender. Klammert man die Programme privater Natur, die auf dem hergebrachten amerikanischen Gesellschaftsverständnis von Dezentralisierung und Mitverantwortung der einzelnen Bürger beruhen, sowie polizeiliche Kompetenzen zu Opportunitätsentscheidungen aus rechtsstaatlichen Erwägungen aus, so stellen Verfahrenseinstellungen durch Staatsanwaltschaft und Gericht die wichtigste Diversionsart dar. Diese Einschätzung ist um so mehr begründet, als den vorgelagerten Diversionsstrategien in den Händen privater Bürger und der Polizei der nur schwer ausräumbare Einwand des sogenannten Net-widening-Effekts, also der zusätzlichen Ausdehnung der Sozialkontrolle, obschon durch sanftere Formen, begegnet.

Gleichwohl haben in **Deutschland** - teils aus prozeßökonomischen Gründen, teils aus Überzeugung, teils unter Rückgriff auf internationale kriminalpolitische Erwägungen - Diversionsstrategien beachtliche Bedeutung erlangt. **Absehen von Verfolgung und Verfahrenseinstellungen durch die Staatsanwaltschaft** oder das Gericht stellen hierzulande praktisch die **einzige, obschon sehr verbreitete Diversionsart** dar. Unter der gesetzlichen Voraussetzung, daß der Beschuldigte wegen eines Vergehens verfolgt wird, daß seine Schuld gering ist und kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht, ist sowohl eine schlichte Beendigung des Verfahrens (einfache Diversion), als auch eine Einstellung nach Erfüllung von Auflagen

und Weisungen (intervenierende Diversion) möglich. Anteil und Zuwachs von Verfahrenseinstellungen gem. §§ 45, 47 JGG sowie § 153a StPO lassen die erhebliche Bedeutung erkennen. Denn etwa 40 Prozent der anklagefähigen Verfahren werden nach diesen Bestimmungen eingestellt[23], nach neueren Analysen in der Jugendstrafrechtspflege gar mehr als die Hälfte. Allein im Erwachsenenstrafrecht ist die Zahl der Verfahrenseinstellungen nach § 153a StPO von etwa 90000 im Jahr 1977 auf mehr als 200000 im Jahr 1993 angestiegen. Man wird davon ausgehen dürfen, daß gegenwärtig in dieser Höhe von Diversionsmöglichkeiten jährlich Gebrauch gemacht wird.

Freilich lassen sich selbst in diesem engen Rahmen die **Einwände** nicht übersehen. Sie beruhen vor allem auf rechtsstaatlichen Bedenken an der heutigen Prozeßwirklichkeit ganz allgemein und an der Praxis zur informellen Erledigung nach § 153a StPO im besonderen[24]. Unvereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung, Verdachtsstrafe, Freispruchsvermeidungsstrategie, Freikaufverfahren, Reichenprivileg, Verlagerung der Sanktionskompetenz auf die Staatsanwaltschaft und Aufgabe des Schutzes förmlicher Verfahren, Schwächung der Opferstellung und mangelnde Transparenz durch fehlende gerichtliche Überprüfbarkeit liefern die Hauptargumente. Immerhin scheinen sich die erkennbaren Mißbräuche in Grenzen zu halten. Auch fehlt es hierzulande an begründeten Hinweisen auf die etwaige Ausweitung des Kontrollnetzes. Dennoch läßt sich das Bedürfnis nach stärkerer Formalisierung und gesetzlicher Bindung nicht verken-

23. Vgl. *Heinz*: Flucht in das Strafprozeßrecht? Verfahrensrechtliche Entkriminalisierung (Diversion) im Jugendstrafrecht. Neue Kriminalpolitik 6 (1995), 29-36 (31ff.); ferner *Burgstaller*: Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft. In: Perspektiven der Diversion in Österreich, hrsg. vom Bundesjustizministerium, 1995, 123-164 (135ff., 157ff.).

24. Siehe etwa *Walter*: Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität. ZStW 95 (1983), 32-68 (57); *Roxin*: Welches Gesamtkonzept sollte der Strafprozeßreform zugrunde gelegt werden? In: Schreiber u.a. (Fn. 20), 16-24; ferner *Dohm*: Nach zehneinhalb Jahren Verfahrensdauer eine Million Mark Bußgeld als angemessene Sühne. Das bisher größte Wein-Strafverfahren in Deutschland wird eingestellt. FAZ Nr 298 v. 22.12.1995.

nen, um den Wildwuchs auszuräumen und eine größere Durchsichtigkeit zu erreichen.

Immerhin erscheint hervorhebenswert, daß die gesetzlichen Regelungen im Rahmen intervenierender Diversion nicht nur **Verknüpfungen mit** gemeinnütziger Arbeit, sondern auch mit der **Schadenswiedergutmachung,** also einem Stück Täter-Opfer-Ausgleich, ermöglicht und angebahnt haben. Da herkömmlich die Verfahrenseinstellung mit der Auflage der Schadenswiedergutmachung nur selten verbunden wurde, sorgen die Aufnahme des Täter-Opfer-Ausgleichs in das Jugendstrafrecht und die Strafzumessungsregelung gem. § 46a StGB für eine entschiedene Ausweitung des Wiedergutmachungs- und Schlichtungsgedankens. So gesehen rückt das Ziel einer opferbezogenen Strafrechtspflege allmählich in den Vordergrund[25]. Allerdings ist gegenwärtig noch unklar, inwieweit die Praxis von der erst Ende 1994 eingeführten Regelung des Täter-Opfer-Ausgleichs im Erwachsenenstrafrecht Gebrauch macht.

Im übrigen haben amerikanische Überprüfungen der Mediationsverfahren gezeigt, daß sich die **Schlichtung** vom traditionellen Rechtsgang weniger scharf unterscheidet, als die Reformer annehmen. Ferner erscheint problematisch, die Opfer überhaupt zur Teilnahme zu ermutigen oder gar anzuhalten, wenn sie mit dem Täter aus nachvollziehbaren Gründen nichts mehr zu tun haben möchten[26]. Außerdem pflegt man vorwiegend nur solche Täter für ein Mediationsprojekt auszuwählen, die zu einer Mitwirkung bereit sind. In aller Regel werden nur jene in das Programm einbezogen, die eine niedrige oder keine Vorstrafenbelastung aufweisen. Vor allem wird **der fortbestehende institutionelle Druck** als **bedeutsam** hervorgehoben. Je nach Ausgestaltung des Programms droht Straftätern die Anklageerhebung oder die Eröffnung der Hauptverhandlung, oder

25. Vgl. *Rössner/Wulf*: Opferbezogene Strafrechtspflege, 1984; *Roxin* (Fn. 24) 1987, 16ff.

26. Vgl. BGH NStZ 1995.

aber es drohen Sanktionen für den Bruch von Bewährungsauflagen. Ferner droht der Richter den Angeklagten häufig in der Verhandlung mit der Verhängung einer Freiheitsstrafe, falls der Mediationsversuch scheitern sollte. Der strafjustitielle Druck wird demnach als wesentliches Mittel für den Erfolg betrachtet. Trotz der nur bedingt freiwilligen Teilnahme an der Mediation gibt es immer wieder Straftäter, die Arbeitsauflagen, Geldstrafen oder kurze Freiheitsstrafen der persönlichen Auseinandersetzung mit dem Verletzten vorziehen. Dies mag als Hinweis dafür dienen, daß auch Mediation aus der Sicht von Rechtsbrechern ein Übel und somit eine negative Sanktion darstellt[27]. Danach leben selbst die „Alternativen zum Strafrecht" von der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege. Sie sind in Durchsetzbarkeit und Bedeutung weitgehend davon abhängig, daß zumindest im Hintergrund Mittel und Institutionen des Strafrechts in Bereitschaft gehalten und im Notfall aktiviert werden können.

Diese Abhängigkeit aber scheinen **abolitionistische Bestrebungen** der Gegenwart weitgehend zu verkennen. Zwar haben auch sie die Opferperspektive mit in ihr Konzept aufgenommen; sie bevorzugen jedoch eine Konfliktregelung außerhalb des staatlichen Strafverfahrens, ja sehen dessen Wegfall geradezu als existenzbegründend für Entstehen und Gedeihen privater Konfliktlösungen unter Einbeziehung der Wiedergutmachung an.

Manche Vertreter dieser Richtung meinen gar, sich dabei auf die weitgehende Akzeptanz durch die Bevölkerung stützen zu können[28].

27. Vgl. *Bussmann*: Das Konzept „Versöhnung statt Strafe". MSchrKrim 69 (1986), 152-163 (156f.).

28. So etwa *Sessar* u.a.: Wiedergutmachung als Konfliktregelungsparadigma? KrimJ 18 (1986), 86-104; *ders.*: Wiedergutmachung statt Strafe, 1992, 243; kritisch dazu *Kury*: Wie restitutiv eingestellt ist die Bevölkerung? Der Einfluß der Frageformulierung auf die Ergebnisse von Opferstudien. MSchrKrim 78 (1995), 84-98 und *Kaiser*: „Innere Sicherheit" - kein Rechtsbedürfnis der Bevölkerung? In: Psycho, Recht, Gesellschaft, hrsg. von Jacob u.a., 1995, 31-46 (43f.).

Doch die von ihnen ausgebreiteten Befragungsergebnisse lassen genau betrachtet eine solche Interpretation nur eingeschränkt zu, ganz abgesehen davon, daß die Autoren gegenüber den Befragten den Eindruck erwecken, als erlangte das Verbrechensopfer stets und ausschließlich im Falle privater Konfliktlösung eine Wiedergutmachung oder Entschädigung, jedoch im Falle staatlicher Sanktionierung nicht.

Daß diese Alternative fehlerhaft gedacht und entsprechende Erwartungen deshalb ungesichert sind, bleibt dabei außer Betracht, ebenso die Möglichkeit, daß sich die Wiedergutmachung auch als Strafzweck im Rahmen von Kriminalsanktionen begreifen läßt. Ferner werden Entschuldigung und gemeinnützige Arbeit als Ausdrucksmöglichkeiten der Strafe ausgeschlossen. Völlig offen und ungeklärt bleibt, was mit der stattlichen Zahl jener Täter geschehen soll, die keinen meßbaren Schaden verursacht oder Kollektivopfer wie den Staat und die Allgemeinheit kriminell geschädigt haben. Auch werden keine Worte darüber verloren, daß sich jährlich über eine Million Anzeigesachen gegen Unbekannt richten und eingestellt werden, ohne daß hier das Opfer jemals die Chance hätte, vom Täter entschädigt zu werden. Die Hypothese des „Nichtbedarfs an Strafe"[29] läßt sich daher empirisch partiell nur dann sichern, wenn die Wiedergutmachungsfunktion begrifflich als ein Aliud, als etwas mit dem Strafzweck grundsätzlich Unvereinbares begriffen wird. Eine solche Annahme ist aber schon nach geltendem Recht ungenau - man denke nur an die zumindest strafähnlichen Auflagen nach §§ 45 JGG und 153a StPO sowie nach §§ 56ff. StGB; überdies verdeutlichen die rechtspolitischen Bestrebungen nach Integration der Restitution in das bestehende System dessen Vereinbarkeit mit dem Wiedergutmachungsgedanken[30]. Legt man schließlich die Untersuchungsergebnisse *Sessars u.a.* zugrunde und addiert man die Bestrafungsbedürfnisse, welcher Art auch immer, den Wunsch nach Entschuldigung und ge-

29. *Sessar* u.a. (Fn. 28), 1986, 88.

30. Vgl. *Schöch* (Fn. 20), 103, 107.

meinnütziger Arbeit - sämtlich Sanktionen mit materiellem Strafcharakter -, so überwiegen die Strafbedürfnisse eindeutig. Dies ist um so mehr der Fall, je schwerer das Unrecht, je unsicherer die eigene Position und je stärker die eigene Betroffenheit begriffen werden. Dies zeigt sich nicht nur bei Gewaltdelikten, sondern auch beim Wohnungseinbruch.

Gleichwohl gelten Wiedergutmachung und Entschädigung als Bedürfnisse, die in der Bevölkerung und bei Verbrechensopfern weithin Anerkennung finden und deshalb auch in der modernen Strafrechtspflege verstärkte Beachtung verdienen.

Aber auch eine private Konfliktregelung könnte auf Ermittlungen und Beweiswürdigungen jedenfalls dann nicht verzichten, wenn der Täter nicht geständig wäre. Dafür jedoch brauchte man einen geschulten Apparat und Beweisregeln. Private Organisationen des Sicherheitsgewerbes können diese Aufgabe kaum angemessen erfüllen. Im übrigen würde die soziale Ungleichheit hier noch stärker durchschlagen, als dies schon ohnehin der Fall ist. Also benötigte man eine staatliche Organisation, nämlich - wie bisher - die Polizei. Selbst bei der Regulierung von Ansprüchen gegenüber Versicherern ist die Praxis auf vorausgehende polizeiliche Feststellungen angewiesen. Deshalb geht die allgemeine Kritik am staatlichen Monopolanspruch auf Konfliktregelung und die Forderung nach einem radikalen Interventionsverzicht[31] fehl. Zwar kann die mit dem Ziel privater Streitschlichtung verknüpfte Bemühung um Dezentralisierung sich auf mehr Bürgernähe, vielleicht auch Humanisierung und auf breite Sympathien in der Gesellschaft berufen. Doch eine „wiedervergesellschaftete Konfliktregelung", die von strafrechtlicher Normierung befreit ist, und ein entformalisiertes Verständnis von Legalität[32] folgen nicht

31. So aber *Schumann*: Labeling approach und Abolitionismus. KrimJ 17 (1985), 19-28 (25).

32. *Pilgram* u.a.: Chancen sozialer Konfliktregelung außerhalb strafrechtlicher Normierungen. Vorgänge 79 (1986), 112-122 (113, 117).

nur sozialromantischer Gemeinschaftsideologie, sondern widersprechen schon den rechtspolitischen Anstrengungen um Stärkung der Rechtsstaatlichkeit und ein streng justizförmiges Verfahren.

Ist daher nicht zu erkennen, wie die scharf voneinander abweichenden Grundkonzepte des Abolitionismus einerseits und des rechtsstaatlichen Verfahrens andererseits zur Deckung gebracht werden könnten, so sind doch immerhin Annäherungen im Wege begrenzt formalisierter Konfliktregelungen möglich, bei denen die Opferbelange weitgehend gesichert werden. Dies läßt sich auch dem bis in die achtziger Jahre fast der Vergessenheit anheimgefallenen **Sühneverfahren** nach § 380 StPO und dessen wissenschaftlicher Reaktivierung entnehmen. Denn schon gegenwärtig entspricht das Sühneverfahren weitgehend dem Modell des konfliktbezogenen Ansatzes. Es handelt sich dabei bekanntlich um eine dem Privatklageverfahren vorgeschaltete präjustitielle Vermittlung. Entsprechend dem Ziel, wonach Schlichten besser ist als Richten, sollen Streitigkeiten aus dem förmlichen Strafverfahren herausgefiltert werden oder noch besser gar nicht erst hineingelangen. Ziel des Schiedsmannverfahrens ist es, eine Einigung der Beteiligten über eine Genugtuung des Verletzten durch Wiedergutmachung oder Schmerzensgeld herbeizuführen. Dafür ist belangvoll, daß das Sühneverfahren noch nicht als Strafverfahren gilt[33]. Der erzielte Vergleich enthält neben der Genugtuung den Verlust des Klagerechts des bislang klagebefugten Opfers.

Nach den bisherigen empirischen Feststellungen schätzt man das Sühneverfahren als angemessen und erfolgreich ein. Fast übereinstimmend geht man von einer etwa fünfzigprozentigen Erfolgsquote, d.h. von einem Abschluß durch Vergleich aus[34]. Zudem gelangt nur

33. Vgl. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*: Strafprozeßordnung. 1995[42], § 380 Rdnr. 3.

34. Vgl. etwa *Schöch*: Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren. NStZ 1984, 385-391 (389); ferner *Weigend*: Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren. ZStW 96 (1984), 761-793 (778); *Peters*: Strafprozeß, 1985[4], 574.

knapp die Hälfte jener Fälle, in denen der Sühneversuch erfolglos bleibt, wirklich zur Privatklage. Überdies werden etwa 15 Prozent der Privatklagen vor der Hauptverhandlung zurückgenommen, weitere 19 Prozent führen ohne Hauptverhandlung zu einem Vergleich. Auf diese Weise enden nicht einmal 10 Prozent der eingebrachten Privatklagen mit einer Verurteilung[35].

Trotz mancher Zweifel werden im Schrifttum die Erfahrungen als so ermutigend aufgefaßt, daß man überwiegend das Schiedsmannverfahren für erhaltenswert erachtet. Manche Autoren meinen gar, daß es sich beim Schiedsmannverfahren nicht um ein rechtshistorisches Relikt, sondern eine den Belangen moderner Kriminalpolitik in hohem Maße entsprechende Institution handle[36]. Die Gesichtspunkte moderner Kriminalpolitik liegen danach

- in der Aufgabe des Verfahrens, dem Rechtsfrieden zu dienen und eine entbehrliche Inanspruchnahme der Gerichte zu vermeiden[37],
- in der Verknüpfung von Diversions- und Konfliktregelungseffekten[38],
- in der Funktion, den zugrundeliegenden Konflikt primär als Interessenkonflikt zu interpretieren, wobei dessen normative Komponenten eher ausgeklammert bleiben[39].

35. *Hanak*: Diversion und Konfliktregelung. KB 9 (1982), 1-39 (8, 11).

36. So *Geerds*: Der Schiedsmann in der Strafrechtspflege. Schiedsmann-Zeitung 51 (1980), 91ff.

37. *Schlüchter*: Das Strafverfahren, 1981, 824; besonders *Scheffler*: Prolegomena zu einer systematischen Straftheorielehre. Jahrbuch für Recht und Ethik 3 (1995), 375-400 (398), betont „die Schaffung von Rechtsfrieden" als übergeordnetes Strafziel.

38. So *Geerds* (Fn. 36), 86.

39. So *Hanak* (Fn. 35), 9.

knapp die Hälfte jener Fälle, in denen der Sühneversuch erfolglos bleibt, wirklich zur Privatklage. Überdies werden etwa 15 Prozent der Privatklagen vor der Hauptverhandlung zurückgenommen, weitere 19 Prozent führen ohne Hauptverhandlung zu einem Vergleich. Auf diese Weise enden nicht einmal 10 Prozent der eingebrachten Privatklagen mit einer Verurteilung[35].

Trotz mancher Zweifel werden im Schrifttum die Erfahrungen als so ermutigend aufgefaßt, daß man überwiegend das Schiedsmannverfahren für erhaltenswert erachtet. Manche Autoren meinen gar, daß es sich beim Schiedsmannverfahren nicht um ein rechtshistorisches Relikt, sondern eine den Belangen moderner Kriminalpolitik in hohem Maße entsprechende Institution handle[36]. Die Gesichtspunkte moderner Kriminalpolitik liegen danach

- in der Aufgabe des Verfahrens, dem Rechtsfrieden zu dienen und eine entbehrliche Inanspruchnahme der Gerichte zu vermeiden[37],
- in der Verknüpfung von Diversions- und Konfliktregelungseffekten[38],
- in der Funktion, den zugrundeliegenden Konflikt primär als Interessenkonflikt zu interpretieren, wobei dessen normative Komponenten eher ausgeklammert bleiben[39].

35. *Hanak*: Diversion und Konfliktregelung. KB 9 (1982), 1-39 (8, 11).

36. So *Geerds*: Der Schiedsmann in der Strafrechtspflege. Schiedsmann-Zeitung 51 (1980), 91ff.

37. *Schlüchter*: Das Strafverfahren, 1981, 824; besonders *Scheffler*: Prolegomena zu einer systematischen Straftheorielehre. Jahrbuch für Recht und Ethik 3 (1995), 375-400 (398), betont „die Schaffung von Rechtsfrieden" als übergeordnetes Strafziel.

38. So *Geerds* (Fn. 36), 86.

39. So *Hanak* (Fn. 35), 9.

Angesichts **dessen spricht man dem Sühneverfahren Wachstumschancen** zu. Einige Autoren plädieren überdies für eine Ausweitung, wenn nicht gar für eine allgemeine Einführung[40].

Analysiert man zusammenfassend die Befundlage bezüglich des Sühneverfahrens und der breiten Akzeptanz opferrelevanter oder opfernaher Sanktionsstrategien mit der Favorisierung der Wiedergutmachung, so darf man begründet annehmen, daß das Bedürfnis, zur Lösung von Konfliktsituationen miteinander zu reden, noch tief in der Gesellschaft verwurzelt ist, daß aber dieses Potential zur Konfliktlösung im herkömmlichen Strafverfahren nicht oder nur dürftig genutzt wird[41]. Deshalb kann man der rechtspolitischen Idee von der Schadenswiedergutmachung und einer befriedigenden Konfliktregelung **Überzeugungskraft und Berechtigung** nicht absprechen, selbst wenn man die abolitionistische Auffassung nicht teilt. Die nur beschränkten Erfolge des Sühneverfahrens oder die Gebrechen amerikanischer Mediationsprojekte stehen diesem Zwischenergebnis nicht entgegen. Denn die Mängel lassen sich einschränken, wenn man die Rahmenbedingungen präzisiert und formalisiert.

Überdies liegt ein Vorzug des Paradigmas der Konfliktregelung darin, daß die Grundsatzfragen nach den Aufgaben des Strafverfahrens erneut aufgegriffen und durchdacht werden. Von den anerkannten Funktionen des Strafprozesses sind zwar bisher die materielle Richtigkeit und die Justizförmigkeit des Verfahrens befriedigend in das System integriert. Jedoch hat man das **Prozeßziel des Rechtsfriedens** weithin unter Vernachlässigung der Opferbelange verstanden. Die Strafprozeßlehre pflegt herkömmlich den Rechtsfrieden formalistisch zu deuten, in dem sie ihn mit der Rechtskraft verbindet, so daß mit deren Eintritt der Rechtsfrieden auch als wiederhergestellt gilt. Dies jedoch ist eine Fiktion, weil die fortbestehenden Interessen-

40. So insbesondere *Rieß*: Formelle Erledigungsarten und summarisches Verfahren bei geringfügiger Kriminalität. In: Schreiber u.a. (Fn. 20), 91-98.

41. Vgl. *Bussmann* (Fn. 27), 158f.

gegensätze ignoriert oder verschleiert werden[42]. Daher gehen die Reformbestrebungen dahin, dieses Prozeßziel auch inhaltlich mit der friedensstiftenden Ausgleichsfunktion des Strafverfahrens anzureichern. Herkömmlich jedoch nimmt die Strafjustiz auf die Opferbelange wenig Rücksicht, obwohl es sozialpolitisch vernünftig wäre beim Versuch einer Konfliktlösung mit der Schadlosstellung des Opfers zu beginnen und erst dann zu prüfen, ob noch Weiteres zu veranlassen ist[43].

Welche Folgerungen aus dem bisherigen Sach- und Streitstand auch gezogen werden mögen, sie können die **verfassungsrechtlichen Vorgaben und Rahmenbedingungen** nicht außer acht lassen. Wohl leuchtet ein, daß sich aus dem Demokratiegrundsatz sowie dem aus Art. 1 GG abgeleiteten Autonomieprinzip die rechtliche Subjektstellung des Verletzten begründen läßt[44]. Aus dieser Subjektstellung folgt ebenso der Anspruch auf Wiedergutmachung als ein subjektiv öffentliches Recht auf Feststellung eines rechtswidrigen und schuldhaften Normbruchs sowie des dem Opfer zugefügten Schadens. Nimmt man das Autonomieprinzip ernst, so müßte sich als logische Konsequenz auch eine größere rechtliche Autonomie im Sinne einer flexibleren Dispositionsbefugnis des Verletzten ergeben. Ähnlich der Konstruktion des disponiblen Rechtsgutes könnte diese Befugnis lediglich bei schwereren Delikten wie Tötungs- oder Gewalttaten entfallen[45]. Doch für die minderschwere Kriminalität läßt sich die Tauglichkeit der Dispositionsbefugnis des Verletzten nicht bestreiten. Sie kommt ja auch im geltenden Recht in der Privatklageregelung zum Ausdruck, leidet jedoch dort an den bereits erwähnten Gebrechen. Immerhin können gravierende Straftaten nicht völlig dem Ermessen des Verletzten an-

42. *Schünemann*: Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 1986, 193-200 (197).

43. *Roxin* (Fn. 25), 16ff.

44. So *Schöch* (Fn. 34), 386f.

45. Vgl. *Schünemann* (Fn. 42), 195.

heimgegeben werden, ganz abgesehen davon, daß dies - entgegen der Auffassung mancher Autoren - von den Opfern auch gar nicht gewünscht wird, wie sowohl die Befragtenforschung als auch die Anzeigeintensität verdeutlichen. Denn andernfalls könnten opferlose Straftaten wie Gefährdungsdelikte sowie Delikte gegen Kollektivopfer schärfer geahndet werden. Verfolgungs- und Zumessungspraxis würden noch ungleicher werden als bisher, so daß man sich einer Willkürjustiz näherte.

Überzeugend hingegen erscheint die **Neudefinition des Ultima-ratio-Prinzips.** Dieser Grundsatz wird bekanntlich aus dem Übermaßverbot abgeleitet und ist damit im Rechtsstaatsprinzip verfassungsrechtlich verankert[46]. Wird dementsprechend die kriminalrechtliche Sanktionierung als ultima ratio verstanden, so ist Wiedergutmachung als Ersatz für eine Strafe oder zu ihrer Milderung dort angezeigt, wo man sie mit gleicher oder besserer Wirkung einsetzen kann[47]. Denn „die strafrechtliche Legitimation zu Strafen schwindet dort, wo es das sogenannte öffentliche Interesse in Wirklichkeit nicht gibt, weil private Interessen an einem Schadensausgleich genügen"[48]. Genauer müßte man wohl sagen, daß ein zusätzliches oder über die privaten Belange hinausreichendes öffentliches Interesse nicht erkennbar wird und auch nicht zu begründen ist.

Gleichwohl lassen sich die verfassungsmäßigen Grenzen nicht übersehen. Zu denken ist dabei an den Grundsatz „nulla poena sine lege", an die Unschuldsvermutung der Menschenrechtskonvention, den Bestimmtheitsgrundsatz, den Grundsatz der Gleichbehandlung von Delinquenten sowie an das Privileg der rechtsprechenden Ge-

46. Dazu etwa *Walter* (Fn. 24), 50f.

47. *Roxin*: Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke. In: Wiedergutmachung und Strafrecht, hrsg. von Schöch, 1987, 37-55 (52).

48. *Sessar*: Machen wir die Schwerter der Justiz zu Pflugscharen. In: Neunter Kongreß der internationalen Gesellschaft für Kriminologie, 1983, 152ff. (157).

walt. Danach zeichnen sich für die Reformansätze folgende Rahmenbedingungen ab:

Eine verstärkte Berücksichtigung der Opferinteressen darf nicht zur Beschneidung von Verteidigungsrechten des Beschuldigten führen. Die Entdeckung des Opfers darf nicht im Zuge eines extrem opferbezogenen Pendelschlages mit der Vernachlässigung der Beschuldigtenrechte erkauft werden. Die legitimen Verteidigungsinteressen bilden eine Barriere, die auch unter Berufung auf die besondere Opferlage nicht überstiegen werden darf[49].

Analysiert man die gegenwärtige Diskussion, so lassen sich die rechtspolitischen Vorschläge entsprechend dem Potential zur **Integrierbarkeit in das bestehende Rechtssystem** nach drei Kategorien ordnen: nach systemimmanenten, systemübergreifenden und systemsprengenden Konzeptionen[50].

Führt man sich abschließend empirische und verfassungsmäßige Rahmenbedingungen, Reformbedürfnisse und rechtspolitische Vorschläge vor Augen, so läßt sich unschwer erkennen, daß eine „privatautonom" geregelte Konfliktbewältigung nur mit zahlreichen **Gefahren** erkauft werden und daß selbst sie auf den institutionellen Druck staatlicher Justiz im Notfall nicht verzichten könnte. Denn jede Diskussion über den streitentscheidenden Dritten kann sich nicht der Notwendigkeit des Zwanges in „letzter Instanz" entziehen.

Somit stellt sich das Problem, wie die entscheidende Instanz zu organisieren und auszugestalten ist: Soll dem Verbrechensopfer wirklich zu seinem Recht auch gegenüber einem sozial mächtigeren Täter verholfen werden, so sind dafür **Verfahrensgarantien erforderlich.** Da diese sich aber zum Großteil aus der Verfassung ergeben, sind sie nur dann „garantiert" im Sinne von Durchsetzbarkeit, wenn die streit-

49. *Weigend* (Fn. 34) 1984, 782.

50. Dazu Näheres mit Nachweisen *Kaiser*: Kriminologie. Lehrbuch 1988, zu § 120 Rdnr. 40ff.

entscheidende Instanz staatlich organisiert ist. Auch sind Grundrechte des Opfers wie des Täters nur gegen den Staat einklagbar und durchzusetzen. Im übrigen würde sich daran nichts ändern, wenn man die Drittwirkung der Grundrechte erweiterte, weil auch hier auf die staatliche Instanz im Falle der Streitentscheidung nicht verzichtet werden kann. Ferner ließe sich die Handlungskompetenz einer privat organisierten Entscheidungsinstanz sozial und rechtstheoretisch nur äußerst schwierig begründen. Deshalb kann ohne Einverständnis des Opfers nur die **Ablehnung vornehmlich oder ausschließlich privater Konfliktregelung** in Betracht kommen. Die verhinderte Privatrache hat nicht nur zur „verhinderten Privateinigung"[51] geführt, sondern auch zur Herausbildung der Verfahrensgarantien.

Erwartungsgemäß läßt sich **ein systemimmanentes Modell** der Konfliktregelung durch Wiedergutmachung am leichtesten in das bestehende System integrieren. Man kann es ebenso theoretisch bruchlos einfügen wie in die Praxis umsetzen. Folgende **Vorzüge** sind hervorzuheben:

Das systemimmanente Modell vermeidet die bei allen übrigen Ansätzen notwendige Einteilung von verschiedenen Verfahrensarten für unterschiedlich schwere Delikte. Denn darüber, daß sich Konfliktregelung und Wiedergutmachung nur für bestimmte Delikte eignen, auch wenn prinzipiell kein Deliktstypus ausgeschlossen wird, herrscht weitgehende Einigkeit, und zwar über die Diskussionsfronten hinweg.

Gleichwohl bietet es ein breites Spektrum unterschiedlicher Formen zur Berücksichtigung der Wiedergutmachung. Es reicht vom Absehen von Strafe bis zur bloßen Strafmilderung, so daß auch für Geld- und Freiheitsstrafe ein beachtlicher Anwendungsbereich verbleibt.

51. Wie *Sessar* u.a. (Fn. 48), 88 unterstellen.

Ferner werden die verfassungsrechtlich gebotenen Vorgaben, wonach dem Verletzten keine Versöhnungspflicht auferlegt und ihm keine Leistung aufgezwungen werden darf, hier am besten berücksichtigt.

Schließlich wird durch die konstruktive Trennung von Diversion auf prozessualer Ebene und Konfliktregelung mit Wiedergutmachung auf materiellrechtlicher Ebene klargestellt, daß beides unterschiedlich ausgerichtete Instrumentarien sind. Auf diese Weise werden begriffliche und praktische Unsicherheiten eingeschränkt, wenn nicht gar vermieden.

Sollte sich die **Idee von Konfliktregelung und Wiedergutmachung** durchsetzen, wofür international gute Gründe sprechen, so ist sie **am besten durch die Fortentwicklung des Strafverfahrens zu verwirklichen,** da es sich um legitime Aufgaben des Strafprozesses handelt. Der „Kampf ums Recht" mündet in den Versuch zur prozeßförmigen Schlichtung, der darauf zielt, Täter, Opfer und Gesellschaft miteinander zu versöhnen. Wiedergutmachung, Schadenausgleich und, falls erreichbar, auch Versöhnung erscheinen als die besten Grundlagen für Gerechtigkeit und Rechtsfrieden[52]. Selbst wenn man diese Zielsetzung nach den Realitäten des Strafverfahrens für einen beachtlichen Teil schwerer Kriminalfälle für zu anspruchsvoll und kaum einlösbar hält, so erscheint doch die Wiedergutmachung schon allein bedeutend genug, um ihr einen möglichst breiten Anwendungsbereich zu eröffnen[53].

52. *Schöch* (Fn. 34) 1984, 391.

53. Demgemäß will auch der Vorentwurf nach der Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches 1993 in Art. 55 Schadenswiedergutmachung in Fällen leichter und mittelschwerer Kriminalität mit strafbefreiender Wirkung versehen.

3. Probleme „innerer Sicherheit" und kriminalpolitische Entwicklungstendenzen

Soweit zu sehen, geht die Strafrechtspflege international und auch in Deutschland von einem Gemisch verschiedener Sanktions- und Erledigungsstrategien aus, die sich keiner einheitlichen Theorie der Verbrechenskontrolle fügen. Schuldvergeltung, Prävention, Resozialisierung und Wiedergutmachung werden berücksichtigt. Die neuere Diversionsdebatte hat schon zur Entlastung der Strafrechtspflege die Differenzierung nach schweren und leichten Taten, nach Rückfällern und Gelegenheitstätern stark gefördert und damit ein zweckorientiertes Vorgehen nahegelegt. Obwohl der Diversion Grenzen begegnen, wird sich im Hinblick auf die nicht stets ignorierbare Bagatellkriminalität, aber auch wegen der nachweisbaren Bedürfnisse nach Transparenz, eine gemischte Strategie von Überwachen, Schlichten und abgeschwächtem Sanktionieren in Form ambulanter Sanktionen, etwa durch gemeinnützige Arbeit und Wiedergutmachung, weiterhin durchsetzen. Demgegenüber geben die Mehrfach-, Rückfall- und Karrieretäter in ihrer Behandlung durch justizförmige Maßnahmen unverändert Probleme auf, die sich im Rahmen einer generalpräventiven Strategie keinesfalls lösen lassen.

Der Streit über die richtige Strategie der Verbrechenskontrolle dauert demgemäß an. Trotz der Erkenntnismängel in Diagnose und Prognose hält die liberal-positivistische Richtung, die in Europa annähernd der défense sociale entspricht, an der Notwendigkeit fest, im Interesse von Sozialkontrolle und Verbrechensverhütung intervenieren zu sollen. Nach täter- wie situationsorientiertem Verständnis der Verbrechensentstehung erscheint es in hohem Grade wünschenswert, so früh wie möglich und zulässig einzugreifen, um Fehlentwicklungen zu verhindern oder Sozialisationsmängel zu beheben. Der Schwerpunkt der Interventionen wird demnach vor allem im Feld der primären Prävention erblickt. Dies bedeutet nichts anderes als schon vor 100 Jahren, nämlich daß eine gute Sozialpolitik noch im-

mer als die beste Kriminalpolitik gilt[54]. Nur die bisherigen Unsicherheiten in Diagnose, Prognose und Erfolgsbeurteilung, insbesondere die Beachtung der Menschenrechte sowie von Rechtsstaatlichkeit und Verhältnismäßigkeit zwingen dazu, staatliche Interventionen zu kanalisieren, zu begrenzen und fortzuentwickeln, und zwar sowohl im Bereich primärer wie in den Feldern sekundärer und tertiärer Prävention.

Allgemein darf man annehmen, daß die Fortentwicklung des Strafrechts entscheidend vom Ausmaß gegenwärtiger und künftiger Kriminalität bestimmt wird. Doch die Wege zu den Problemlösungen sind durch **gegensätzliche Positionen und Tendenzen** gekennzeichnet. Hervorzuheben sind vor allem die Spannungen zwischen Vergeltungs- und Präventionstheorie oder Freiheit und Sicherheit, wie sie sich in der Gegenwart besonders bei der Bewältigung der Massenkriminalität und des organisierten Verbrechens ergeben haben. Mit dem OrgKG 1992 und dem Verbrechensbekämpfungsgesetz 1994 hat der Gesetzgeber Schritte unternommen, um den **Schutz der inneren Sicherheit** in Deutschland zu intensivieren. Dies hat ihm alsbald den Vorwurf des Populismus sowie die abwertend gemeinte Etikettierung als „Sicherheits- und Präventionsstaat" eingetragen[55]. Darüber hinaus stehen die sicherheitspolitischen Maßnahmen unter Manipulationsverdacht, da man im Schrifttum den staatlichen Organen oder allgemeiner den herrschenden Gruppen unterstellt, die exekutive Ge-

54. Vgl. *von Liszt*: Das Verbrechen als sozialpathologische Erscheinung. (1898). In: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. 2, 1905, 230-250 (246).

55. So *Bandesch*: Zum Entwurf eines Kriminalitätsbekämpfungsgesetzes der Fraktionen der CDU/CSU und FDP vom 4.1.1994. Eine vorläufige Stellungnahme des Strafrechtsausschusses des Deutschen Rechtsanwaltsvereins. StrVert 14 (1994), 153-159; *Albrecht*: Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik. StrVert 14 (1994), 265-273; ferner *Müller-Heidelberg*: „Die innere Sicherheit", ja - aber wie? 1994, 7ff., 54ff. und *Vormbaum* (Fn. 1), 741 m.N.; noch weitergehend *Jünschke/Meertens*: Risikofaktor innere Sicherheit. Argumente gegen den Law-and-order-Staat, 1994, und *Gössner* (Hrsg.): Mythos Sicherheit. Der hilflose Schrei nach dem starken Staat, 1995.

walt auf Kosten der Freiheitsrechte uferlos auszudehnen[56]. Zwar nimmt die Literatur, nicht zuletzt im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 EMRK, ein „**Grundrecht auf Sicherheit**"[57] an, das sich überdies auf eine lange Tradition, die bis zu den Erklärungen der Menschenrechte in der Aufklärungszeit zurückreicht, berufen kann. Dabei bildet „Sicherheit" den Rechtsgüter- und Integritätsschutz des einzelnen vor Beeinträchtigungen durch andere Bürger. Demgemäß hat auch die Verfassungsrechtsprechung die „innere Sicherheit" als ein fundamentales Schutzgut anerkannt. Danach steht die Sicherheit mit anderen Verfassungswerten im gleichen Rang, schon weil die Institution „Staat" von ihnen ihre eigentliche und letzte Hauptrechtfertigung herleitet[58]. Demgegenüber werden von vorwiegend strafrechtsabolitionistischer Seite die Straf- und Sicherheitsbedürfnisse der Bevölkerung, falls nicht ignoriert, so doch abgeschwächt und umgedeutet[59]. Damit wird aber die Bedürfnislage verkannt.

Das Verfassungsprinzip Sicherheit impliziert im Verein mit dem Gewaltmonopol des Staates und dem Recht des Bürgers auf Sicherheit eine entsprechende **Schutzpflicht des Verfassungsstaates**. Folgt man den Bevölkerungsbefragungen, so nimmt die Nachfrage nach Sicherheit in der Gegenwart zu. Dies gilt besonders für die Po-

56. Vgl. etwa *Sessar*: Wiedergutmachen oder Strafen 1992, 145, 236ff. und *ders.*: Öffentliche Strafe und Sicherheitsbedürfnisse. MSchrKrim 76 (1993), 276-289 (285); ferner *Bandesch* (Fn. 55), 155; aber auch *Welp*: SPD-Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität. StrVert 14 (1994), 161-166.

57. Vgl. *Isensee*: Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1983; ferner *Robbers*: Sicherheit als Menschenrecht, 1987; zur Geschichte *Kunz*: Die innere Sicherheit: Schlüsseldimension einer neuen Kriminalpolitik. In: Innere Sicherheit - innere Unsicherheit? Hrsg. von Bauhofer/Bolle. 1995, 327-340 (339); ein „Grundrecht der Bürger auf Sicherheit" scharf ablehnend *Wolter*: Datenschutz und Strafprozeßrecht. ZStW 107 (1995), 793-842 (831ff.); a.A. widerum *Jakobs* (Fn. 10), 857.

58. *Pitschas*: Innere Sicherheit und internationale Verbrechensbekämpfung als Verantwortung des demokratischen Verfassungsstaates. JZ 48 (1993), 857-866 (857).

59. Vgl. etwa *Sessar* (Fn. 56) 1993, 385ff. und *Steinert*: Zur Lage der inneren Unsicherheit. Bestandsaufnahme - moralisch und pragmatisch. Neue Kriminalpolitik 5 (1993), 38-42.

pulation der neuen Bundesländer. Dem steht nicht entgegen, daß die Befragungsergebnisse gelegentlich etwas voneinander abweichen und überdies - je nach Standort des Untersuchers - unterschiedliche Interpretationen erfahren. In jedem Falle ergibt sich als Folgerung, daß der demokratische Rechtsstaat auf den Sicherheitsbedarf seiner Bürger reagieren muß. Die Verantwortung für Effizienz hat auch subjektive Einschätzungen der Gesellschaft bei Sicherheitsgefährdung als Faktum in Rechnung zu stellen. Dies verkennt, wer die Wahrnehmung derartiger Aufgaben und auch das Vorsorgedenken des modernen Staates als bloßen wahltaktischen „Populismus" abwertet[60]. Das Ernstnehmen der Verbrechensbekämpfung findet in der Bevölkerung nicht nur breite Akzeptanz, sondern entspricht auch realen Bedürfnissen. Wenn daher der Gesetzgeber zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens und anderer Erscheinungen der Kriminalität entsprechende Interventionen beschließt, so ist das prinzipiell nicht nur nicht zu beanstanden, sondern trägt grundsätzlich der angemahnten Schutzpflicht Rechnung.

Die sich daran mit beachtlicher Rhetorik entzündende **Pauschalkritik** vermag allerdings in den zeitgenössischen Bestrebungen zur Verbrechensbekämpfung nur „politische Manipulation" sowie den „Zeitgeist der Gegenaufklärung" zu entdecken. Sie weiß sich demgemäß eigener Wahrheit eingedenk dem Bemühen um Entmythologisierung verpflichtet[61]. Wer freilich schon dem Präventionsgedanken als Ziel moderner Kriminaljustiz zurückhaltend bis ablehnend gegenübersteht, dabei das klassische Strafrecht ins Unhistorische wendet und idealisierend verklärt, den Rechtsstaatsgedanken instrumentalisiert[62] sowie den kriminalpolitischen Handlungsbedarf im wesentli-

60. So aber *Albrecht* (Fn. 55), 265, 271.

61. So insbesondere *Albrecht* (Fn. 55) 1994, 267, 270f.; ferner *Sessar* (Fn. 56) 1993, 376.

62. Demgegenüber weist *Naucke*: NS-Strafrecht: Perversion oder Anwendungsfall moderner Kriminalpolitik? Rechtshistorisches Journal 1992, 279-292 (284ff.), begründet darauf hin, daß es den reinen Rechtsstaat als Praxis nicht gibt und daß das rechtsstaatliche Strafrecht üblicher-

chen in der Entkriminalisierung erblickt, dem fehlt notwendig die Sensibilität für Probleme und Nöte, die Massenkriminalität und organisiertes Verbrechen schaffen, da sie ihm letztlich als „Mythen", ein beliebter Begriff der sich „aufklärerisch" gebenden Kritik, oder „kriminalpolitische Metaphern für trojanische Pferde" erscheinen. Überdies wird man in derartiger Kritik, nicht selten mit der Attitüde der „political correctness" angereichert, vor allem den Versuch erblicken müssen, eine alternative Kriminalpolitik zu etablieren und sich dafür die passende Kriminalität zu schaffen, und zwar vornehmlich durch Umdefinition in Gestalt von Bagatellisierung und Entkriminalisierung.

Deshalb wäre auch die gelegentlich empfohlene solide Bestandsaufnahme der Kriminalitätsprobleme und der realen Bekämpfungsmöglichkeiten[63] kaum ein Ausweg. Der Streit würde nur verlagert, wie etwa die Auseinandersetzung um das Gutachten der sogenannten Antigewaltkommission oder die Relevanz „konkurrierender Erfahrungen" veranschaulicht[64]. Freilich läßt sich trotz Opferbefragungen und der Fülle von Lageberichten, Monographien und kriminalstatistischen Daten nicht verkennen, daß wir gelegentlich doch mehr und Verläßlicheres wissen sollten. Zwar ist wegen des möglichen Mißbrauchs das auf Besorgnis beruhende Zögern der Polizei verständlich, erweist sich jedoch wegen der unvermeidbaren Spekulationen letztlich als kontraproduktiv. Daher wäre eine genauere und ergiebiger dokumentierte Kenntnis über das organisierte Verbrechen sowie über die bisherigen Erfahrungen mit den neuen und erweiterten Strafverfolgungsinstrumenten besser geeignet, vertrauensbildend zu wirken,

---

weise zur Grundlage staatlicher Kriminalpolitik nichts taugt; entsprechend differenzierend und kritisch auch *Lüderssen*: Abschaffen von Strafen? (Fn. 2), 388ff.

63. So etwa die Empfehlung von *Hassemer*: Aktuelle Perspektiven der Kriminalpolitik. StrVert 1994, 333-337 (336).

64. Dazu *Schwind*: Die Empfehlungen der „Anti-Gewaltkommission" - und was aus ihnen geworden ist. DVJJ 5 (1994), 114-119, und *Lüderssen*: Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem Prinzipiendenken". ZStW 107 (1995), 877-906 (894, 928).

dem Manipulationsverdacht entgegenzutreten sowie die Forderung nach weiteren kriminalpolitischen Maßnahmen zu begründen und abzusichern. Freilich, ein Stück der Kritik wird sich auch durch die Anhäufung von noch so viel Wissen nicht enkräften lassen, insbesondere dort, wo es um eine ganz andere Richtung gehen soll, wie etwa bei der Drogenpolitik.

Schließlich können auch die kritisch gemeinte Gegenüberstellung von aufgeklärter Kriminalpolitik und dem „Kampf gegen das Böse"[65] die bedrängenden Probleme und aktuellen Perspektiven der Verbrechenskontrolle nicht ausschöpfen, ebensowenig wie jene von „prévention du crime - ou croisade contre le mal". Denn die Schwierigkeiten beginnen erst mit der Konkretisierung dessen, was unter „aufgeklärter Kriminalpolitik" oder „Kriminalprävention" verstanden und in der Wirklichkeit getroffen wird. Die gängigen Ansprüche auf Entmythologisierung laufen alsbald leer oder verstricken sich nicht selten in der Erzeugung neuer „Mythen".

Massenkriminalität und der auf ihr beruhenden verbreiteten Verbrechensfurcht hingegen lassen sich weniger durch Versuche zur Entmythologisierung als vielmehr durch **Präsenz und Aktivitäten der Polizei** entgegentreten. Präsenz wiederum setzt eine ausreichende Stärke der Polizeikräfte voraus. Offenbar tun sich Verwaltung und Polizei schwer, ausreichende Nachwuchskräfte zu gewinnen, um den Personalbedarf zu decken. Hilfreich könnte sich hier die Rekrutierung von Personal aus den Gruppen der im Bundesgebiet ansässigen Ausländer erweisen, nicht zuletzt um den Umgang mit den Minoritäten langfristig besser zu bewältigen. Allerdings läßt sich nicht ausschließen, daß sich Konflikte zwischen den ethnischen Gruppen bis in die Strafverfolgungsorgane fortsetzen, einschließlich möglicher Erpressungsgefährdung und Korruptionsanfälligkeit. Zwar wird gegen-

65. Siehe etwa *Günther*: Kampf gegen das Böse? Zehn Thesen wider die ethische Aufrüstung der Kriminalpolitik. KritJ 1994, 135-157; ferner *Killias*: La criminalisation de la vie quotidienne et la politisation du droit pénal. ZfschwR 114 (1995), 369-448 (407).

über Forderungen zur Aufstockung des Personals mitunter ins Feld geführt, daß auch eine noch so zahlenmäßig starke Polizei nicht in der Lage sei, die Begehung des Verbrechens zu verhindern[66]. Dies ist richtig; jedoch trifft nicht minder zu, daß die polizeiliche Präsenz zumindest beruhigend auf die Bevölkerung wirkt und deren Sicherheitsgefühl stärkt. Verfehlt erscheint die Folgerung *Liskens*, wonach die Verdoppelung der Polizei seit 1960 die Kriminalität nicht habe aufhalten können, wenn man bedenkt, daß zu jener Zeit Terrorismus, Drogenwelle, Umweltkriminalität und organisiertes Verbrechen, ganz abgesehen von Wirtschaftskriminalität, Ausländerkriminalität und der „Gewalt in der Familie" weitgehend unbekannt waren, sich schließlich der KFZ-Bestand und mit ihm die Verkehrsdelinquenz seither um das Mehrfache erhöht haben. Verglichen mit der Gegenwart waren die 60er Jahre fast eine „heile Welt". Im übrigen unterstreicht nichts so sehr die Bedeutung der Notwendigkeit entsprechender Polizeikräfte wie der in dem letzten Jahrzehnt voranschreitende Siegeszug des privaten Sicherheitsgewerbes. Dessen Volumen nähert sich bereits dem Umfang staatlicher Polizei, und seine Kosten werden inzwischen auf jährlich mehr als 4 Milliarden DM veranschlagt. Im Lichte der mit der Käuflichkeit von Sicherheit korrespondierenden sozialen Ungleichheit erscheint **die wachsende Privatisierung der Verbrechenskontrolle** besonders problematisch. Denn die Sicherheit als Menschenrecht beruht auf der Idee, daß Freisein von Furcht zu den Voraussetzungen der grundrechtlich garantierten Freiheit insgesamt gehört[67]. Die aus Kreisen der Polizei mitunter vorgeschlagene „Sicherheitspartnerschaft"[68] erscheint demgegenüber eher als eine aus Resignation geborene Rückzugsstrategie der Polizei.

66. So etwa *Lisken*: Vorfeldeingriffe im Bereich der „organisierten Kriminalität" - gemeinsame Aufgabe von Verfassungsschutz und Polizei? ZRP 1994, 264-270; ähnlich *Feltes*: Kriminalität: Öffentliche Sicherheit und gesellschaftliche Verantwortung. Die Polizei 1994, 166-171 (167).

67. So *Robbers* (Fn. 57), 225.

68. So *Köhler*: Sicherheitsaufgaben durch private Unternehmen. Die Polizei 85 (1994), 49-54 (54).

Unterschiedliche Maßstäbe und soziale Ungleichheit äußern sich jedoch nicht nur in der möglichen Inanspruchnahme privater Sicherheitskräfte, sondern auch in der Gewährung von rechtlichen Freiräumen durch übermäßige Flexibilisierung polizeilichen Vorgehens[69]. Beispiele liefern etwa die Hamburger Hafenstraße und die sogenannte Göttinger Linie. Dann allerdings verwundert nicht, daß rechtsextremistische Ausschreitungen oder sogenannte Chaostage der Punks in Hannover die Hilflosigkeit, ja Ohnmacht des Gemeinwesens mit dem Zerrbild des Rechtsstaates dokumentieren. Hier vor allem wird das Ansehen des Staates in der Öffentlichkeit geschwächt, nicht jedoch etwa durch die Ausdehnung des Haftrechts wegen der Wiederholungsgefahr oder der Kronzeugenregelung auf Täter des organisierten Verbrechens, so unerwünscht jene Tendenzen auch erscheinen.

Diese Überlegungen führen weiter zur **Rolle der Polizei** überhaupt[70]. Mit Aufmerksamkeit wird man wahrnehmen, daß die Aufgabe der Verbrechensbekämpfung, d.h. von Prävention und Repression, mehr von der Politik gebraucht wird als von manchen Gruppen der Polizei, von Strafrechtspflege und Strafrechtswissenschaft gar nicht zu reden. Nicht daß man den Polizisten als einen „Krieger" verstehen sollte, wie vielleicht der Begriff der Verbrechensbekämpfung oder die anglo-amerikanische Formel von „war on crimes" nahelegen könnte. Ob jedoch die Rolle der Polizei angemessen gekennzeichnet wird, wenn man sie als „Helfer in Rechtsnot" beschreibt[71] und ihre Funktion nicht mehr in der Verbrechensbekämpfung, sondern im

69. Sie entsprechen in Frankreich den sogenannten „zones-sans droit" im Bild der Städte; vgl. *Schmid*: Eine Mischung aus Güte und Überheblichkeit. Weltfremdheit in der deutschen Einwanderungs-Debatte und die Gefahren fortschreitender Ethnifizierung. FAZ Nr. 260 v. 8.11.1995.

70. Vgl. dazu *Kube*: Die Rolle der Polizei bei der Gewährleistung der inneren Sicherheit in Deutschland. In: Innere Sicherheit - innere Unsichheit? Hrsg. von der schweizerischen Arbeitsgruppe für Kriminologie, 1995, 249-270 (253ff.).

71. So etwa *Lisken*: „Sicherheit" durch „Kriminalitätsbekämpfung"? ZRP 27 (1994), 49-52 (49); ferner *Feltes* (Fn. 65), 166.

„Erträglichmachen von Kriminalität" begreift, erscheint nicht nur als eine Erosion der Polizeiaufgabe, sondern überdies als Selbstentmachtung staatlicher Polizei mit der Konsequenz wachsenden Unsicherheitsgefühls und weiterer Privatisierung der Sicherheitskräfte. Die mögliche soziale Ungleichheit in der Verbrechensgenese setzt sich dann noch in der Ungleichheit der Verbrechenskontrolle fort, d.h. mit der unterschiedlichen Gewährleistung innerer Sicherheit. Überdies liefe man Gefahr, daß die nach der Befragungsforschung der Bevölkerung vorfindbare „gute" Meinung über die Polizei verloren ginge. Denn nach den bisherigen Befragungen über die Einstellungen zur Polizei gaben fast zwei Drittel der Befragten an, gegenüber der Polizei „viel Vertrauen" zu haben, in Deutschland sogar etwas mehr als im westeuropäischen Durchschnitt[72], und zwar in höherem Grade als zu allen anderen Institutionen wie Kirche, Bundeswehr, Bundestag, Verwaltung, Zeitungs- und Erziehungswesen sowie Gewerkschaften.

Allerdings bleiben die **Akzeptanz und Bereitschaft der Bevölkerung**, eine humane, rationale und liberale Kriminalpolitik mitzutragen, recht ambivalent, labil und nicht zuletzt von der jeweils perzipierten Verbrechensentwicklung abhängig. Wird die Kriminalität nicht als bedrohlich betrachtet, so wird man vermutlich eher liberalen Neuerungen in Strafgesetzgebung und Strafrechtspflege aufgeschlossen gegenüberstehen als sonst.

Überwiegend richten sich die **Strafwünsche** der Bevölkerung nicht so sehr auf die Zufügung eines Übels durch die Verhängung von harten Strafen als vielmehr auf die Wiederherstellung des Zustandes vor den Rechtsbruch[73]. Ausdruck findet diese Einstellung in den Motiven des Anzeigeverhaltens durch die Bevölkerung. Vorran-

72. Vgl. *Kury* u.a.: Opferbefragungen und Meinungen zur inneren Sicherheit in Deutschland, 1992, 127ff.; ferner *Schwarzenegger*: Einstellungen der Bevölkerung zur Kriminalität und zur Verbrechenskontrolle, 1992, 242ff., hier bezüglich der Schweiz.

73. Vgl. *Smaus*: Das Strafrecht und die Kriminalität in der Alltagssprache der deutschen Bevölkerung, 1985, 97.

gig werden Schadensausgleichszahlungen durch Versicherungen und den Täter erwartet, weniger dagegen Strafverfolgung zur Sanktionierung des Täters. Vielfach besteht die generelle Breitschaft, zu Gunsten der Wiedergutmachung auf die Verhängung von Geldstrafen oder Freiheitsstrafen ohne Bewährung zu verzichten, wenn andernfalls die Entschädigung des Opfers gefährdet würde[74]. Zahlreiche, auch international angelegte Bevölkerungsbefragungen[75] lassen nicht nur die unterschiedliche und sich wandelnde Bedürfnisstruktur erkennen, sondern belegen auch im Vergleich von West- zu Osteuropa oder Altbundesgebiet zu neuen Bundesländern den Einfluß von Unterschieden in Mentalität und Einstellung auf Straf- und Sicherheitsbedürfnisse. Dabei greift man bei der Interpretation der Befunde auf mehrere Erklärungsansätze zurück. Neben Verbrechensfurcht und Viktimisierungserfahrung spielen Alter und Geschlecht sowie darüber hinaus Sozialisationserfahrungen sowie soziale Unsicherheit, Integration und Einbindung eine Rolle. Namentlich die rigideren Einstellungen und höheren Straferwartungen der Bevölkerung im Gebiet der früheren DDR im Vergleich zu den generell toleranteren Einstellungen der Bevölkerung im Altbundesgebiet haben zu unterschiedlichen Deutungen Anlaß geboten und die Diskussion angeregt. Mehrere größere Befragungen haben dazu Informationen ausgebreitet und diese theoretisch zu deuten versucht. Dabei wird freilich nicht selten das Blickfeld auf die binnendeutsche Perspektive beschränkt und öfters übersehen, daß sich im internationalen Vergleich die in den neuen Bundesländern artikulierten Einstellungen zu Verbrechen, Strafe und Verbrechenskontrolle keineswegs als ungewöhnlich oder besonders auffällig ausnehmen[76]. So betrachtet erscheint die Rückführung von

74. Vgl. *Sessar*: Wiedergutmachen oder Strafen. Einstellungen in der Bevölkerung und der Justiz, 1992, 241f.; etwas abweichend *Kilchling*: Opferinteressen und Strafverfolgung, 1995, 628ff.

75. Vgl. *Kury* u.a. (Fn. 72), 327ff. und *Schwarzenegger* (Fn. 72), 242ff.; ferner *Boers/Kerner/Kurze*: Rückgang der Kriminalitätsfurcht. Neue Kriminalpolitik 1995, Heft 4, 9f.

76. Nachweise dazu bei *van Dijk/Mayhew*: Criminal Victimisation in the Industrialised World: Key findings of 1989 and 1992 International Crime Surveys, 1993, 1-49.

Einstellungsunterschieden auf spezifische deutsche situative oder personale Bedingungen voreilig und vordergründig. Man vergleiche nur etwa die entsprechenden Informationen aus Polen, Ungarn, England und den USA, um daran erinnert zu werden, daß rigide Einstellungen und entschiedene Strafwünsche nicht zwangsläufig mit der Herausbildung autoritärer Persönlichkeitsstrukturen mit faschistischer Vergangenheit oder Erfahrungen in totalitären Systemen verknüpft sind. Auch müßte die vergleichsweise liberal anmutende Einstellungsstruktur der westdeutschen Bevölkerung nicht notwendig Liberalität widerspiegeln, sondern könnte auch als Zeichen der Gewöhnung, Gleichgültigkeit und resignierenden Hinnahme gedeutet werden.

Wenn schon das kriminalwissenschaftliche Schrifttum zunehmend mehr geneigt ist, die Entkriminalisierung und den Strafverzicht als fortschrittliche Kriminalpolitik zu propagieren sowie gegenteilige Meinungen „konservativen Schreibtischtätern" mit einem „pervertierten Rechtsbewußtsein" zuzurechnen[77], dann sieht sich der Bürger nicht selten in seinen Schutzbedürfnissen alleingelassen. Soweit es ihm wirtschaftlich und finanziell möglich ist, wird er auf private Schutzvorkehrungen zurückgreifen, Alarmsysteme installieren, etwaige Risiken durch Versicherungen abdecken oder das private Sicherheitsgewerbe in Anspruch nehmen. Doch von einem „Erträglichmachen der Kriminalität" kann kaum die Rede sein. Dies lassen denn auch die **Ergebnisse der Befragungsforschung**, zumal auf unterschiedlichen Studien beruhend, erkennen:

Die erste deutsch-deutsche Opferstudie von *Kury*, durchgeführt in der zweiten Jahreshälfte 1990, hat ergeben, daß in den neuen Bundesländern die Bestrafung von Rechtsbrechern von mehr als 90% der Befragten als ein sinnvolles Mittel zur Kriminalitätsbekämpfung erblickt wird; hingegen waren dies in den alten Bundesländern mit rund 85% geringfügig weniger. Während die Sanktionseinstellung (Puniti-

77. So etwa *Jünschke/Meertens* (Fn. 55), 174, 302.

vität) in den westlichen Bundesländern deutlich von dem Alter der Befragten abhängt, ist dies in den östlichen Bundesländern nicht im selben Maß der Fall. Erwartungsgemäß wird mit zunehmendem Alter die Sanktionseinstellung repressiver, die Punitivität größer[78]. Die Sanktionseinstellung hängt aber bei den Personen in den neuen Bundesländern deutlich weniger vom Alter ab. Dies könnte darauf hindeuten, daß es in dieser Hinsicht hier eher eine einheitliche Einstellung gibt, die von der Staatsideologie der alten DDR geprägt war. Auch fällt auf, daß die jüngeren Jahrgänge sich hinsichtlich ihrer Punitivität in den neuen Bundesländern deutlich weniger von den älteren absetzen als in den alten Bundesländern, ein Befund, der auch durch spätere Untersuchungen wie jene des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen[79] bestätigt wurde. So ist der Anteil derjenigen, die einer Bestrafung von Rechtbrechern als sinnvolles Mittel der Kriminalitätsbekämpfung zustimmen, von den 14- bis 49jährigen in den neuen Bundesländern durchschnittlich 10 Prozentpunkte höher als in den alten Bundesländern. Demgegenüber nähern sich die Werte bei den über 50jährigen für Ost- und Westdeutschland nahezu vollkommen an.

In einer weiteren Freiburger Studie wurde dem Beziehungsgefüge zwischen „Viktimisierung und Sanktionseinstellung" nachgegangen, allerdings nur für die westdeutsche Bevölkerung[80]. Hier zeigt die Analyse der in den Jahren 1989 und 1990 durchgeführten Befragung, daß bei drei Vierteln der Opfer grundsätzlich ein viktimisierungsbedingtes Reaktionsbedürfnis gegenüber dem Rechtsbrecher besteht. Dieses erscheint in seinem konkreten Ausmaß besonders von der Qualität der postdeliktischen Folgenbewältigung abhängig, die wie-

78. Vgl. *Kury* u.a. (Fn. 72), 195ff.

79. Dazu *Pfeiffer*: Opferperspektiven. Wiedergutmachung und Strafe aus der Sicht der Bevölkerung. In: Festschrift für Schüler-Springorum, 1993, 53-80 (55ff. m.N.).

80. Vgl. *Kilchling*: Viktimisierung und Sanktionseinstellung. In: Kriminologische Forschung in den 90er Jahren, hrsg. von Kaiser u.a., 1993, 105-165.

derum durch objektive und subjektive Ersatz-, also Restitutionsmerkmale beeinflußt wird. So äußern Opfer, die nicht entschädigt wurden bzw. sich nicht entschädigt fühlen, hochsignifikant häufiger den Wunsch nach Bestrafung. Allerdings artikuliert sich dieses Bestrafungsbedürfnis nicht so sehr in der konkreten Sanktionswahl, sondern vielmehr bei den allgemeinen Reaktionsvorstellungen. Dabei erscheint für die Mehrheit all derer, die im Grundsatz überhaupt an einer Bestrafung des Täters interessiert sind, eine kombinierte straf- und zivilrechtliche Reaktionsstrategie als angemessene Reaktion. Hingegen gewinnt der Strafaspekt für nahezu alle Opfer in den meisten Fällen keine gegenüber dem Ersatzaspekt vorrangige Bedeutung. Lediglich die schwer betroffenen Gruppen messen insbesondere dem Aspekt der Folgenbewältigung der Strafe überdurchschnittlich häufig primäre Bedeutung zu. Die deutlichsten Unterschiede zeigen sich aber bei der formellen Sanktionseinstellung. Hier bestätigt sich wiederum, daß nur wenige Opfer überhaupt einen Verzicht auf jegliche Reaktion befürworten. Hingegen stellt die Diversionsstrategie für die Mehrheit der nicht so schwer Betroffenen eine adäquate Reaktion dar[81]. Für die schwerer Viktimisierten hat wiederum die förmliche Verurteilung größere Bedeutung. Allerdings wünscht selbst von den jeweils am schwersten betroffenen Opfergruppen nur knapp jeder Zweite diese Art der strafrechtlichen Reaktion. Weniger prägnant erscheinen im Vergleich dazu die Vorstellungen der Befragten zu den konkret zu verhängenden Strafen. Insbesondere der Schwereaspekt bewirkt hier unerwartet geringe Unterschiede. Erste Präferenz hat fast durchgängig die gemeinnützige Arbeit[82]. Erst mit weitem Abstand folgt die Bewährungsstrafe in Verbindung mit einer Wiedergutmachungsauflage. Relativ unbedeutend bleibt auch die unbedingte Freiheitsstrafe. Die neuzuschaffende Wiedergutmachungsstrafe findet allgemein große Zustimmung. Dies belegt, daß eine Befürwortung wie-

81. *Kilchling* (Fn. 80), 156f.

82. Ähnlich *Pfeiffer* (Fn. 79), 59 für die KFN-Studie.

dergutmachender Reaktionsoptionen per se nicht zwangsläufig eine nicht punitive Sanktionseinstellung einschließt. Denn der Wiedergutmachung in Form einer Strafe kommt damit weit größere Akzeptanz zu als im Diversionsbereich, für den sich nur zwischen 50 und 60 % der Befragten die Wiedergutmachung als Einstellungsauflage vorstellen können. Damit bestätigen sich aufs neue die Ergebnisse anderer Untersuchungen, die von einem eindeutigen Bedürfnis nach Wiedergutmachung mit einem Sanktionscharakter berichten[83]. Allerdings verlangt das so zum Ausdruck gelangende Sanktionsbedürfnis nicht undedingt nach einer förmlichen Strafe. Im Vergleich zu der hohen Zustimmungsquote, welche die Wiedergutmachung innerhalb des strafrechtlichen Kontextes erreicht, erscheint die Relevanz des außergerichtlichen Täter-Opfer-Ausgleichs eindeutig nachrangig. Denn vorbehaltlose Zustimmung erreicht diese Konfliktregelungsstrategie jedenfalls in ihrer echten Form, und das heißt als persönliche Begegnung mit dem Charakter eines Versöhnungsversuchs ohne staatliche Beteiligung, nur bei weniger als der Hälfte der befragten Opfer. Dabei ist die Zustimmungs- bzw. Ablehnungsquote in hohem Maße von den erlebnisbedingten Viktimisierungsmerkmalen abhängig; die grundsätzliche Bestrafungshaltung spielt somit eine eher untergeordnete Rolle.

Eine Studie des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen, durchgeführt Anfang 1992, hat sich hauptsächlich der Viktimisierung, aber auch der Strafeinstellung unterschiedlicher Bevölkerungsgruppen in Ost- und Westdeutschland zugewandt. Dabei spielte die Einschätzung der Schadenswiedergutmachung und des Täter-Opfer-Ausgleichs eine besondere Rolle. Im Vergleich zu den Befunden der Studie *Sessars*[84] fällt auf, daß die Quote der Befragten, die sich für die Wiedergutmachung anstelle von Strafe aussprechen, bei der

83. Nachweise bei *Kilchling* (Fn. 80), 157.

84. *Sessar* (Fn. 74) 1992, 111ff.

KFN-Untersuchung erheblich niedriger liegt[85]. Während im Rahmen der Hamburger Bevölkerungsbefragung Mitte der 80er Jahre bei vergleichbaren Fällen etwa 50-70 % dafür plädiert hatten, nach einem gelungenen Täter-Opfer-Ausgleich auf Strafe völlig zu verzichten, waren es bei der KFN-Studie hingegen nur etwa 25 %, was dem Ergebnis der erwähnten Freiburger Studie ziemlich genau entspricht. Die Divergenz zu den Befunden der *Sessar*-Studie beruht sicherlich nicht in den unterschiedlichen Zusammensetzungen der Stichproben, der Schriftlichkeit bei der Befragung der *Sessar*-Studie oder unterschiedlichen Zeitpunkten, sondern vor allem auf der suggestiven Formulierung der Fragen[86]. Sessars Fragen favorisieren die Wiedergutmachung, deren außerstrafrechtliche Erreichbarkeit als unproblematisch gilt, und erwecken überdies den Eindruck, als ermangele der Schadenswiedergutmachung als vor- oder außerrechtliche Sanktion jeglicher materieller Strafcharakter. Dies ist jedoch eine Annahme, die sich kaum belegen läßt.

Auch nach der KFN-Studie schlagen die Bürger in den neuen Ländern eine erheblich härtere Sanktionspraxis vor als jene in den alten Bundesländern. Das in den Sanktionsangeboten der Freiheitsstrafe zum Ausdruck gelangende deutlich höhere Strafbedürfnis der Ostdeutschen hat offenbar die weitere Konsequenz, daß diese die Wiedergutmachung nicht in dem Umfang strafmildernd berücksichtigen, wie dies im Westen der Fall ist. Hier wurden im Falle der gefährlichen Körperverletzung durchweg höhere Quoten für ambulante Maßnahmen empfohlen[87]. Zur Erklärung des im Osten deutlich höheren Strafbedürfnisses der Bevölkerung bietet sich die unterschiedliche Sozialisation der Menschen in Ost und West an. Denn insgesamt betrachtet war die Erziehung in der DDR wesentlich stärker autoritär

85. *Pfeiffer* (Fn. 79), 63.

86. Vgl. hierzu die Einwände von *Kury*: Wie restitutiv eingestellt ist die Bevölkerung? (Fn. 28) sowie die Bedenken bei *Pfeiffer* (Fn. 79), 64.

87. *Pfeiffer* (Fn. 79), 65f.

geprägt als in der Bundesrepublik. Die im Osten höhere Punitivität wäre danach als eine Folge einer dort häufiger anzutreffenden autoritären Persönlichkeitsstruktur zu interpretieren[88]. Demgegenüber wird auf die gegenwärtige soziale und wirtschaftliche Situation der Menschen in den neuen Bundesländern, insbesondere durch deren existentielle Verunsicherung, hingewiesen. Danach soll derjenige, der um seine wirtschaftliche Existenz fürchten muß und das Vertrauen in die Tragfähigkeit des ihn umgebenden Sozialsystems eingebüßt hat, sich möglicherweise von Kriminaltät weit stärker bedroht fühlen und deshalb eher zu rigiden Strafkonzepten tendieren als ein sozial und ökonomisch gut integrierter Mitbürger. Während die Sanktionsvorschläge der beiden Seniorengruppen in Ost und West nur gering voneinander abweichen, offenbaren die jüngeren Befragten aus den neuen Bundesländern - und zwar in Übereinstimmung mit den Befunden der Freiburger Befragung - erheblich härtere Sanktionswünsche und eine deutlich geringere Bereitschaft, nach gelungenem Täter-Opfer-Ausgleich auf Strafe zu verzichten, als die westdeutschen Vergleichsgruppen. Im Vergleich zu ihren Senioren haben sie sich eher für den etwas härteren Sanktionskurs ausgesprochen. Wenn *Pfeiffer*[89] freilich daraus Anhaltspunkte für die Hypothese entnimmt, wonach die im Westen höhere Punitivität der älteren Menschen vor allem als Folge ihrer primär konservativ-autoritären Sozialisation während der Zeit vor 1945 zu interpretieren sei, so erscheint dies nicht nur unschlüssig, sondern in hohem Grade spekulativ. Denn einmal sind die Unterschiede in der Datenlage nicht derart erheblich, daß sie eine solche Annahme rechtfertigen, zum anderen sollte man annehmen, daß das autoritäre Umfeld in der DDR seit 1945 Punitivitätstendenzen der älteren Generation im Osten noch verstärkt hätte. Überdies erscheint der Einfluß des vermuteten Sozialisationsprozesses, der sich in seiner prägenden Wirkung im wesentlichen auf Kindheit und Jugend der

88. *Pfeiffer* (Fn. 79), 68.

89. *Pfeiffer* (Fn. 79), 71.

Seniorengruppen beschränkt, im Lichte heutiger Sozialisationsbetrachtung des sogenannten lebenslangen Lernens als unangemessen, wie besonders die allgemeinen Mentalitätsunterschiede der älteren Generation in Ost und West veranschaulichen. Im übrigen entspricht die für Westdeutschland ausgewiesene Altersstruktur bezüglich der Punitivität entsprechenden Verteilungen im westlichen Ausland, ohne daß man hier Anlaß sähe, auf autoritäre Persönlichkeitsmerkmale zurückzugreifen.

Über die bislang ausgebreitete Befund- und Interpretationslage greift *Sessar*[90] freilich noch hinaus, indem er von der These ausgeht, daß Straf- und Sicherheitsbedürfnisse nicht gleichsam „urwüchsig" existierten, sondern vom Staat in seinem Strafrecht in hochmanipulativen Prozessen erst hergestellt würden, um die Legitimation zu dem eigenen, systematischen Strafanspruch zu schaffen. Im Ergebnis gehe es um die Durchsetzung von Systemkonformität und die politische Kontrolle der Bürger mit Hilfe eines allumfassenden Strafrechts. Zu diesem Zweck will er die „politische Manipulation" der öffentlichen Straf- und Sicherheitsbedürfnisse an den Beispielen der DDR und der Bundesrepublik miteinander vergleichen. Dabei greift er auf eine Reihe empirischer Erhebungen zurück, die den Vergleich von Sanktionseinstellungen in Ost- und Westdeutschland thematisiert haben. Diese geben sämtlich den bereits skizzierten Befund wieder, daß auch nach zwei Jahren der Wiedervereinigung rigidere Einstellungen im Osten vorherrschen. Eine weitere Untersuchung zum Zusammenhang zwischen sozialem Umbruch und Kriminalität (Frühjahr 1991) ergab ferner, daß im Osten insgesamt die Bereitschaft, mit Strafen auf ein anomisches, umbruchbedingtes Verhalten zu reagieren, außerordentlich groß ist[91]. Dabei ist mit Strafe vor allem die Freiheitsstrafe gemeint, was darauf hindeutet, daß Bestrafung noch nach den überkommenen

90. *Sessar*: Öffentliche Straf- und Sicherheitsbedürfnisse. In: MSchrKrim 76 (1993), 276-289.

91. *Sessar* (Fn. 90), 279.

Mustern verstanden wird. Mit anderen Worten wirkt hier die „Strafsozialisation der DDR" nach.

Die Einstellungsunterschiede zwischen Ost und West sind erheblich, freilich wie *Sessar*[92] meint, nur „vordergründig". Denn der alles durchdringenden Kriminalitätsprävention in der früheren DDR stehe in der Bundesrepublik unter dem Schlüsselwort der „inneren Sicherheit" eine nicht endenwollende exekutive Machterweiterung gegenüber. Hier „mußte raffinierter vorgegangen werden", um mit Mitteln der Verkaufspsychologie Ideen und Überzeugung zu manipulieren. „Einschüchterungskampagnen" nötigten den Bürger zur Zustimmung, die letztlich in einen „Überwachungsstaat" münde[93]. Ähnlich wie in der früheren DDR gehe es der Strafrechtsordnung der Bundesrepublik darum, die Gesellschaftsmitglieder den staatlichen Vorstellungen der Daseinsgestaltung und Daseinsvorsorge zu unterwerfen, wobei die Wahl der Strafdrohung und der Strafe im Unterschied zu anderen Möglichkeiten der Verhaltenssteuerung den autoritären Charakter der anvisierten Sozialordnung entlarvt[94]. Eine solche Interpretation ist allerdings gewagt und schwerlich nachvollziehbar. Schon die Deutung der Befragungsergebnisse erscheint anfechtbar[95], so wenn *Sessar* meint, daß die befragten Probanden die alltäglich leichte bis mittlere Kriminalität mehrheitlich entkriminalisiert und die Delikte durch Schadenswiedergutmachung „ohne das Strafrecht" geregelt hätten, wenn nicht vor und bei der Befragung darüber informiert wurde, wie ein solcher Vorgang praktisch vollzogen werden soll. Denn mit dem Strafrecht würden auch die polizeilichen Ermittlungsorgane und damit Aufklärung und Tatsachenfeststellung entfallen; wenn dies aber den Befragten nicht bewußt gemacht wird, erscheint das Strafrecht in

92. *Sessar* (Fn. 90), 285.

93. *Sessar* (Fn. 90), 286.

94. *Sessar* (Fn. 90), 288.

95. *Sessar* (Fn. 90), 243.

der Fragestellung amputiert, so daß man auch nur entsprechend amputierte Antworten erwarten kann. Indem *Sessar* nicht nur die staatlichen Anstrengungen zur Verbrechensbekämpfung, sondern auch die Strafwünsche und Sicherheitsbedürfnisse der Bevölkerung pauschal dem Manipulationsverdacht unterstellt, jedenfalls soweit sich die Strafbedürfnisse einem abolitionistischen Diskurs sperren und sich nicht in Schadenswiedergutmachung erschöpfen, verlieren sämtliche Einstellungsuntersuchungen an Aussagekraft, da sich im Hinblick auf den geäußerten Verdacht nirgends manipulative Einflüsse ausschalten lassen. Dies müßte freilich dann auch für die Befragten der *Sessar*-Studie gelten. Warum dies nicht der Fall sein soll und *Sessar* andere Folgerungen an seine Untersuchungsergebnisse knüpft, bleibt offen. Daß Bürger unabhängig von staatlicher Einflußnahme nicht nur Wiedergutmachungswünsche, sondern auch reale Sicherheits- und Strafbedürfnisse haben können, paßt offenbar nicht in das Konzept und ist anscheinend Ausdruck „falschen Bewußtseins".

Faßt man den neueren **Forschungsertrag** zur Problematik der inneren Sicherheit sowie zu Sicherheits- und Strafbedürfnissen der Bevölkerung zusammen, so läßt sich nicht verkennen, daß innere Sicherheit nicht nur ein Begriff von Polizei und Politik ist, sondern auch im Bewußtsein und Erleben der Bevölkerung ihre Realität hat. Daß dieser Sachverhalt nur oder vor allem auf manipulativen Einflüssen staatlicher Institutionen zurückzuführen wäre, entbehrt jeglicher Anhaltspunkte, wenn man die Wahrnehmung von Kriminalität und die verbreitete Viktimisierungserfahrung berücksichtigt. Eine Kriminalpolitik, die diese Bedürfnislage verkennt und nicht ernstnimmt, indem sie als Antwort offensichtlich nur auf die Entkriminalisierung und die informelle Konfliktregelung verweist, muß langfristig scheitern und wird schließlich die punitiven Einstellungen in der Bevölkerung provozieren, die einer rationalen Bewältigung der Kriminalität und einem humanen Umgang mit dem Rechtsbrecher zutiefst abträglich wären. Der in der Wissenschaft im Gegensatz zu Praxis und Politik bislang wenig geschätzte Topos der inneren Sicherheit sollte

auch in Kriminologie und Strafrechtswissenschaft einen festen Ort finden und weder ausgeblendet noch abschätzig-polemisch in das Reich der Mythen verwiesen werden[96]. Im übrigen verwundert nicht, daß sich im Schrifttum besonders jene am Konzept der „inneren Sicherheit" reiben, ja entzünden, die das Strafrecht „abrüsten" und die Kriminalpolitik in Richtung einer Entkriminalisierung drängen möchten. Dies gilt namentlich für den Breich des Drogenstrafrechts, wo manche noch immer glauben, auf dem Wege der Entkriminalisierung das organisierte Verbrechen austrocknen zu können, ein offensichtlich nur schwer ausrottbarer Mythos.

Den zeitgenössischen Forderungen nach Entkriminalisierung folgen die Postulate nach Entpönalisierung oder informeller Regelung, etwa durch Diversion und Täter-Opfer-Ausgleich, in weitem Abstand. Dies beruht wohl nicht zuletzt darauf, daß die Praxis von der Diversion nach geltendem Recht in weitem Umfang Gebrauch macht und überdies der Gesetzgeber sowohl im Jugend- als auch im Erwachsenenstrafrecht den Täter-Opfer-Ausgleich in das Sanktionenrecht aufgenommen hat. Demgemäß haben die Forderungen nach Reform des Sanktionenrechts inzwischen wesentlich an Prägnanz verloren und beschränken sich als Restbestände im wesentlichen auf die Ausweitung der gemeinnützigen Arbeit und die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Doch ihren Schwerpunkt findet die aktuelle Diskussion der Kriminalpolitik in Recht und Praxis der Verbrechensverfolgung, das heißt im wesentlichen im Strafprozeßrecht[97].

Faßt man die gegenwärtige kriminalpolitische Diskussion zusammen, so steht die **Gewährleistung „innerer Sicherheit"** fraglos **im**

96. Anders jedoch *Gössner* (Hrsg.) (Fn. 55); *Jünschke/Meertens* (Fn. 55); demgegenüber sind etwa *Hassemer*: Aktuelle Perspektiven der Kriminalpolitik, STV 1994, 333 und ferner *Müller-Heidelberg* (Fn. 55) trotz aller Kritik bereit, eine „grundrechtsorientierte Politik der inneren Sicherheit" anzuerkennen, obschon nicht mit stets nachvollziehbaren Vorschlägen.

97. So mit Recht *Hassemer* (Fn. 96), 1994, 333ff.; noch deutlicher *ders.*: Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik. StV 1995, 483-490 (486ff.).

Brennpunkt. Sie gilt als aktueller Topos nicht nur in Deutschland, sondern auch in Österreich, der Schweiz und vielen anderen Ländern. Mag auch in Deutschland die Verbrechensfurcht geringfügig zurückgehen, wie neuere Befragungen zeigen[98], so bleibt sie doch insgesamt beachtlich genug, um weiterhin ernstgenommen zu werden. Darüber hinaus bestimmen Viktimisierungserfahrungen, deren subjektive Verarbeitung und Folgenbewältigung neben Alter und Geschlecht die Sicherheitsbedürfnisse. Diese äußern sich als Erwartungen und Forderungen gegenüber den staatlichen Organen der Verbrechenskontrolle. Dies anzuerkennen und gegenteilige Deutungen zurückzuweisen, bedeutet keineswegs den Versuch zur unkritischen Verteidigung oder gar Legitimierung des geltenden Strafrechts. Gefahren zur ideologischen Vereinnahmung von realen oder vermeintlichen Sicherheitsbedürfnissen bestehen nicht nur auf seiten staatlicher Verbrechenskontrolle, sondern auch auf seiten kritischer Positionen in Wissenschaft und Schrifttum. Jedoch ist an der Existenz von elementaren Sicherheitsbedürfnissen der Bürger nicht zu zweifeln. Nichts unterstreicht die Dringlichkeit des Sicherheitsbedarfes stärker als der Siegeszug des privaten Sicherheitsgewerbes und dessen wachsende Inanspruchnahme durch den Bürger. Da vor allem staatliche Träger der Verbrechenskontrolle Adressaten entsprechender Erwartungen sind, hängt die Erfüllung von Sicherheitsbedürfnissen vor allem von den Institutionen der strafrechtlichen Sozialkontrolle ab. Doch das Strafrecht tut sich augenscheinlich schwer. Diesseits abolitionistischer Pauschalkritik hat sich die einst diagnostizierte „Krise" im Blickfeld mancher Kritiker zum „unmöglichen Zustand des Strafrechts" ausgewachsen[99]. Ebensowenig wie es aber ein Zurück zum klassischen Strafrecht von vorgestern geben kann[100], vermag auch ein Vorwärts zu einem auf ein „soziales Interventionsrecht" gestütztes Strafrecht beste-

98. Vgl. *Boers/Kerner/Kurz*: Rückgang der Kriminalitätsfurcht (Fn. 75).

99. So etwa der vom *Institut für Kriminalwissenschaft* herausgegebene Sammelband (Fn. 55).

100. Überzeugend *Lüderssen*: Abschaffen des Strafens? (Fn. 2), 381ff.

hende Ordnungsaufgaben und künftige Sicherheitsbedürfnisse realistisch zu bewältigen[101].

Welches die Zukunft des Strafrechts auch sei, in welche Richtung es sich auch bewegen mag, rationale Kriminalpolitik ist noch keinesfalls gewährleistet, indem man sie durch empirisch gesicherte Erfahrung zu stützen sucht. Denn schon längst hat sich kriminalpolitischer Richtungsstreit des empirischen Wissens bemächtigt, und zwar nicht nur um es zu nutzen, sondern um es entsprechend der vorrangigen Ziele inhaltlich zu bestimmen. Demgemäß wird stärker als zuvor der Streit auf das gesicherte kriminologische Wissen vorverlagert. Anschauliche Beispiele liefern schon gegenwärtig die unterschiedlichen Befunde zu Verbrechensfurcht, Viktimisierung und Strafbedürfnissen sowie zur Realität von Umweltstrafrecht, Drogenstrafrecht und organisiertem Verbrechen, von der sogenannten Ausländerkriminalität ganz zu schweigen. Angesichts derartiger Hindernisse für die **Fortentwicklung rationaler Kriminalpolitik** scheint sich die Berücksichtigung ausländischer und internationaler Tendenzen als hilfreich zu erweisen. Angesichts der grenzüberschreitenden, internationalen Kriminalität kann Kriminalpolitik weniger denn je auf den nationalen Bereich beschränkt bleiben. Wirksame Verbrechenskontrolle setzt daher vielfältige Bezüge zwischenstaatlicher Zusammenarbeit voraus. Sie macht ferner die Harmonisierung der Rechtsbereiche sowie die Erleichterung der Fahndung, des Rechtshilfe- und Auslieferungsverkehrs erforderlich[102]. Gleichwohl zeichnet sich das Programm einer Kriminalpolitik, die Chancen hätte, das Jahr 2000 zu überdauern, noch kaum in Umrissen ab. Zu sehr belasten die akuten Nöte und

101. Anderer Auffassung offenbar *Lüderssen* (Fn. 2), 387, 423, 425.

102. Dazu *Tsitsoura*: The Role of Courts of Europe in the Field of Crime Policy. In: Fourth Conference of Crime Policy, edt. by the Council of Europe 1991, 20-30 (22ff. m.N.); ferner *Schwind*: Kriminalpolitik als Zukunftsaufgabe. In: Innere Sicherheit, Herausforderung für Staat und Bürger, Bericht über einen Kongreß der Landesregierung Baden-Württemberg, hrsg. vom Staatsministerium Baden-Württemberg, 1995, 31-35 (35).

die Verstrickungen in den ideologisch motivierten Richtungsstreit. Doch unüberbrückbare Kontroversen, lähmende Ratlosigkeit und resignative Untätigkeit liefern keinerlei aussichtsreiche Perspektive, um die „Kriminalpolitik als Zukunftsaufgabe" zu bewältigen.

*****

PRZEOBRAŻENIA W REFLEKSJI KRYMINOLOGICZNEJ A PRZYSZŁOŚĆ PRAWA KARNEGO

Streszczenie

Objętość prawa karnego wzrosła znacznie szczególnie w ostatnich latach, mimo skarg na ilość przepisów karnych i to już prawie od 150 lat. Aktualnie krytyka dotyczy przede wszystkim norm prawa karnego z zakresu prawa dotyczącego narkotyków, prawa gospodarczego, ochrony środowiska naturalnego i prawa o ruchu drogowym, czyli dotyczy prawie wszystkich przypadków tzw. prawa i odpowiedzialności za ryzyko, które ze względu na realnie istniejącą możliwość opanowania i kontrolowania ryzyka określa się czasami również mianem prawa karnego dotyczącego ryzyka. Ekspansja i ekonomia współczesnego prawa karnego doprowadziły w sposób oczywisty do braków w stosunku do jednolitego zastosowania prawa, a szczególnie do tzw. deficytów w egzekucji prawa.

Wymienione powyżej braki interpretuje się częściowo jako kryzys współczesnego prawa. Przy czym nie ulega żadnej wątpliwości, że tradycyjne normy prawa karnego, jak np. te dotyczące kradzieży, cierpią od dawna na braki w zakresie ich egzekucji. Ekspansja prawa karnego wywołała żądania dekryminalizacji i powrotu do jądra prawa karnego. Dalsze zarzuty dotyczą nierównego sankcjonowania, rzekomej nieskuteczności prawnokarnych sankcji, krótko mówiąc nadmiaru stygmatyzacji i niedostatecznej ochrony ofiar. Krytykuje się również charakterystyczne dla państwa prawnego mankamenty, a mianowicie braki w zakresie stosowania odpowiedzialności prawnokarnej

za zagrożenia. W obliczu takich zarzutów nie powinno dziwić, jeśli pojawiają się głosy żądające dekryminalizacji bądź nawet likwidacji prawa karnego.

Krytyka ta wydaje się jednak nie tylko, że przesadna, lecz i chybiona z punktu widzenia potrzeb nowoczesnego społeczeństwa, ponieważ trudno sobie wyobrazić, w jaki sposób można by było lepiej kształtować współczesne stosunki społeczne, jeśli nie przy pomocy prawa. W obliczu tego, żądanie powrotu do jądra prawa karnego wydaje się być iluzoryczne i utopijne, zwłaszcza że w ten sposób nie uwzględniono by w dostatecznym stopniu potrzeb nowoczesnego społeczeństwa. Także dążenia do daleko idącego odformalizowania prawa wydaje się być użyteczne, ale tylko w ograniczonym zakresie. Jeżeli pojawi się jakieś możliwe i obiecujące pozytywne rezultaty rozwiązanie konfliktu w sposób nieformalny, podobnie jak w przypadku ugody pomiędzy sprawcą i ofiarą, to należy te formy rozbudować i wykorzystać. Zgodnie z tym, załatwia się w ten sposób w praktyce prawie połowę wszystkich spraw, zwłaszcza w drodze umorzenia postępowania.

Możliwość tę należy jednak - kierując się zasadami państwa prawa - pozostawić w zakresie regulacji prawa karnego bądź procesowego, czyli musi się ona opierać na obowiązującym prawie. Gdyby ten model regulacji konfliktów i odszkodowania przeważył inne, za czym przemawia wiele argumentów na arenie międzynarodowej, to najlepiej można by było to zrealizować w ramach odpowiedniego rozwoju prawa karnego procesowego. Przy tym jest rzeczą oczywistą, że należałoby zdefiniować na nowo i dokładniej realizować zasadę ultima ratio. Z drugiej jednak strony pojawiają się poważne zastrzeżenia w stosunku do rosnącej prywatyzacji kontroli przestępczości, ponieważ w obliczu społecznej nierówności o bezpieczeństwie nie powinny stanowić pieniądze. W obliczu rosnącej przestępczości akceptacja społeczna i gotowość ludzi do udzielenia poparcia humanitarnej, racjonalnej i liberalnej polityce kryminalnej jest raczej ambiwalentna, chwiejna, a w końcu zależna od dającego się zaobserwo-

wać rozwoju przestępczości. Jeżeli społeczeństwo ocenia przestępczość jako niegroźną, to prawdopodobnie będzie ono raczej skłonne akceptować w większym stopniu liberalne tendencje w ustawodawstwie karnym i wymiarze sprawiedliwości.

Jeśli się weźmie pod uwagę nowe wyniki badań w stosunku do problematyki bezpieczeństwa wewnętrznego, a także potrzeb społeczeństwa w zakresie bezpieczeństwa i karalności, to nie można nie zauważyć, że bezpieczeństwo wewnętrzne jest nie tylko pojęciem dotyczącym policji czy polityki, ale jest także realnie obecne w świadomości i przeżyciach ludności. Nie ma również podstaw do twierdzenia, że fakt ten sprowadzić można tylko lub przede wszystkim tylko do manipulacyjnej działalności instytucji państwowych, jeśli uwzględni się przestępczość i bogate doświadczenia z zakresu wiktymologii.

Polityka kryminalna, która nie uwzględnia bądź nie bierze poważnie tego stanu potrzeb i wskazuje w odpowiedzi jednoznacznie tylko na dekryminalizację i nieformalne formy regulacji konfliktów, musi na dłuższy metę zawieść i w ostateczności przyczyni się do pojawienia się postaw społecznych domagających się surowszego karania, które trudno będzie pogodzić z racjonalnymi metodami zwalczania przestępczości i z humanitarnym traktowaniem przestępców. To dotąd mniej cenione w nauce, przeciwnie niż w praktyce i w polityce, zagadnienie bezpieczeństwa wewnętrznego powinno zatem znaleźć trwałe miejsce także w kryminologii i nauce prawa karnego, a nie być odrzucane bądź polemicznie, w sposób lekceważący, odsyłane do dziedziny mitów. Nie dziwi więc, że szczególnie ci, którzy dużo piszą, ba, podniecają się koncepcją bezpieczeństwa wewnętrznego, chcą właśnie rozbroić prawo karne i zepchnąć politykę kryminalną na tory dekryminalizacji. W sposób szczególny dotyczy to rozwiązań prawa karnego dotyczącego z narkotyków, gdzie niektórzy w dalszym ciągu wierzą w to, że w drodze dekryminalizacji zdołają doprowadzić do upadku przestępczość zorganizowaną, jak się wydaje, jest to jeszcze jeden z tych trudnych do wyplenienia mitów.

Niezależnie od przyszłości prawa karnego i od kierunku w jakim będzie ono podążało, raczej nie osiągnie się racjonalnej polityki kryminalnej poprzez podejmowanie prób uzasadniania jej zdobytym empirycznie doświadczeniem. Od dłuższego już bowiem czasu kryminalno-polityczny spór o tendencje rozwojowe eksponuje wiedzę empiryczną nie tylko po to, żeby z niej korzystać, ale aby używać jej do określania treści zgodnie z priorytetowymi celami. Z uwagi na tego rodzaju trudności dla rozwoju racjonalnej polityki kryminalnej, może okazać się pomocne, uwzględnianie tendencji zagranicznych i międzynarodowych. Z uwagi na wykraczającą poza granice jednego państwa międzynarodową przestępczość, nie można, szczególnie dziś, ograniczać polityki kryminalnej do granic narodowych. Skuteczne zwalczanie przestępczości wymaga więc różnorodnych form współpracy międzypaństwowej. Wymaga również zharmonizowania zakresów prawa i ułatwień w ściganiu oraz współpracy w zakresie pomocy prawnej i ekstradycji. Jednocześnie zaledwie widać zarysy polityki kryminalnej, która miałaby szanse przetrwać i poza rok 2000. W dalszym ciągu wielką przeszkodą w tym zakresie są aktualne potrzeby i zaangażowanie w ideologicznie zabarwiony spór prawny. Jednak nie dające się pokonać kontrowersje, paraliżująca bezradność i bezczynność raczej nie dostarczają obiecującej perspektywy w kierunku uporania się z kryminalno-politycznymi zadaniami przyszłości.

Karl-Ludwig Kunz

GESETZLICHE MASSNAHMEN GEGEN DIE ORGANISIERTE KRIMINALITÄT IN DER SCHWEIZ
Eine Fallstudie praktischer Kriminalpolitik[1]

I. Der Kontext

Das Schweizerische Strafrecht rüstet in diesem Jahrzehnt - europaweit beispielgebend - gegen das organisierte Verbrechen[2] auf. Das Erste Massnahmenpaket gegen das organisierte Verbrechen schuf Geldwäschereibestimmungen (Art. 305 ^{bis} und 305 ^{ter} [3]), die seit 1. August 1990 in Kraft sind. Dem schloss sich ein zum 1. August 1994 in Kraft gesetztes Zweites Massnahmenpaket gegen das organisierte Verbrechen[4] an, mit dem der Tatbestand der Kriminellen Organisation (Art. 260 ^{ter}) geschaffen, ein Melderecht der Financiers verankert (Art. 305 ^{ter} Abs. 2), und die Einziehungsvorschriften (Art. 58-60) revidiert wurden.

Es entspricht der spezifischen Bedeutung der Schweiz als internationaler Finanzplatz, dass die Gesetzgebung sich schwerpunktmässig gegen die *Anlage von Vermögenswerten* durch kriminelle Organi-

1. Zuerst erschienen in: plädoyer 1/1996 S. 32-37.

2. BBl 1989 II 1061.

3. Alle Vorschriften sind, soweit nicht besonders erwähnt, solche des geltenden Schweizerischen Strafgesetzbuches.

4. BBl 1993 III 277.

sationen richtet. Die Schweiz ist infolge ihrer Geldwertstabilität für ausländische Anleger attraktiv. Eine Vermögensanlage in der Schweiz ist zudem relativ diskret und gegen den Zugriff ausländischer Behörden verhältnismässig gut geschützt. Deshalb benutzen auch kriminelle Organisationen die Schweiz als Ort der Investition, um Vermögen anzulegen und dabei dessen illegale Herkunft zu tarnen. Zudem kann der internationale Handelsplatz Schweiz als Drehscheibe für den Handel mit verbotenen oder kontrollierten Waren (Drogen, Waffen, Substanzen zur Herstellung von Massenvernichtungswaffen) genutzt werden. Dem gilt es zu begegnen, um nicht nur die Attraktivität, sondern auch die Seriosität des Finanz- und Handelsplatzes zu sichern.

Der Eintausch von schmutzigen Narco-Dollars in sauberes Geld hat für die organisierte Kriminalität zunehmende Bedeutung. Ihre kriminellen Betätigungen - vom Handel mit Drogen und Waffen bis zur Beherrschung von Rotlichtbezirken - zeichnen sich durch riesige Gewinnspannen aus, die zu einer raschen Akkumulation von Vermögen führen, das re-investiert sein will. Da die Möglichkeiten der Vermögensanlage im illegalen Bereich begrenzt sind, investieren die kriminellen Organisationen ihre Gewinne bevorzugt in die legale Wirtschaft. Dies bietet ihnen den Vorzug, in den Mantel der ehrbaren Geschäftstätigkeit schlüpfen zu können. So nimmt man an, dass in Russland inzwischen 40% der Wirtschaftsunternehmen von kriminellen Organisationen beeinflusst sind. Jährlich sollen 12 Milliarden Dollar dubioses Fluchtkapital in den Westen transferiert werden. Von 1993 zu 1994 erhöhten sich bei Schweizer Banken die Ostguthaben um 58 %, während die gesamten ausländischen Guthaben zeitgleich um 1,74 % zurückgingen[5]. Die Gefahr der schleichenden Infiltration und Kontamination der Wirtschaft ist auf dem anlagefreundlichen Markt der Schweiz besonders hoch. Dies erklärt, warum die Schweiz als erstes europäisches Land Strafvorschriften gegen die Geldwäsche-

5. Angaben nach NZZ Nr. 248 vom 25.10.1995, 21 zu dem vertraulichen Bericht einer Arbeitsgruppe des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes.

rei eingeführt hat, und inzwischen international als „Trendsetter"[6] für neue und weitreichende Gesetze gegen die organisierte Kriminalität gilt.

Der Versuch, mit Mitteln des Strafrechts gegen die organisierte Kriminalität und die Umwandlung ihres Betriebskapitals in legale Investitionen vorzugehen, ist neu und verlangt eine Gesetzestechnik, die zumindest teilweise mit traditionellen Prinzipien des Tatstrafrechtes bricht. Die Konzepte der organisierten Kriminalität und des Geldwaschens sind *kriminalpolitisch* motivierte Begriffsschöpfungen, die *aus der Not des Versagens* bisheriger strafrechtlicher Zugriffsmöglichkeiten geboren wurden. Das Konzept der kriminellen Organisation sucht dem Missstand zu begegnen, dass es dem Tatstrafrecht nicht gelingt, organisatorische Zusammenhänge ermittlungstechnisch zu erfassen und an die Hintermänner und Drahtzieher in einer systematisch abgeschotteten Hierarchiestruktur heranzukommen. Das Konzept der Geldwäscherei ist eine Umschreibung für den Kontrollversuch illegaler Betätigungen mit exorbitanten Gewinnspannen, denen unmittelbar schwer beizukommen ist, und die darum in der nachfolgenden Phase der Sicherung des Erlöses bekämpft werden sollen[7]. Diese Konzepte verwenden eine bildhafte, gleichsam *allegorische Begrifflichkeit* (Organisation, Waschen), deren Bedeutungsgehalt nicht exakt und abschliessend bestimmt, sondern nur exemplarisch und analogisch erschlossen[8] werden kann. Daraus wird mitunter fälschlich gefolgert, es handle sich bei der organisierten Kriminalität um einen

6. *Krauskopf*, Geldwäscherei und organisiertes Verbrechen als europäische Herausforderung, ZStrR 108 (1991), 385 ff., 390.

7. *Pieth*, Das zweite Paket gegen das organisierte Verbrechen, die Überlegungen des Gesetzgebers, ZStrR 113 (1995), 225 ff., 226 f.. Zu Entwicklung und Erscheinungsformen etwa *Becker, Kölbach*, Geldwäsche, Kriminalistik 1995, 755 ff.

8. Kriminalistische Indikatorenkataloge können deshalb nur Anhaltspunkte liefern, dazu *Rebscher, Vahlenkamp*, Organisierte Kriminalität - Wie gross ist die Gefahr? Wiesbaden 1990.

Mythos, geschaffen zur Beförderung polizeistaatlicher Tendenzen[9]. Der Eindruck der Phantomhaftigkeit resultiert daraus, dass die organisierte Kriminalität ein *funktionaler* Begriff ist, der ein Zielobjekt für den Einsatz ausserordentlicher Repressionsmittel benennt, und als *operationale* Basis von Abwehrstrategien dient. Damit ist der Begriff mehr als eine Sammelbezeichnung für Realphänomene wie die Mafia oder Gruppierungen aus der ehemaligen Sowjetunion. Da die anvisierten Täterverflechtungen unterschiedlichen geschichtlich-gesellschaftlichen Zusammenhängen entstammen und sich dynamisch fortentwickeln[10], kann ihre - durch Varianz und Variabilität gekennzeichnete - Eigenart nicht in einer statischen Semantik ausgedrückt werden. Die gebotene Flexibilität der Gefahrenabwehr verlangt eine bildhaft vage bleibende Umschreibung des Gefahrenherdes.

Diese verfolgungsstrategische Binsenweisheit wird problematisch, wenn sie - über ihr kriminalistisches Anwendungsfeld hinaus - dem Strafgesetzgeber als Richtschnur für neue Tatbestandsformulierungen dient[11]. Die neuen Massstäbe lauten dann: Präventive und prospektive soziale Verteidigung anstatt rückwärtsgerichtetem konkreten Tatbezug; ferner: Flexible, operationale Definition des Zielobjektes anstelle tatbestandlicher Bestimmtheit. Damit wird die Strafgesetzgebung gegen die organisierte Kriminalität einem *grundsätzlichen Dilemma* ausgesetzt: Um das Strafrecht zur Bekämpfung der Makrokriminalität tauglich zu machen, muss es überkommene Anforderungen

9. Vgl. aber *Busch*, Organisierte Kriminalität - Vom Nutzen eines unklaren Begriffs, Demokratie und Recht 1992, 375 ff.; *Roulet*, Organisiertes Verbrechen: Tatbestand ohne Konturen, plädoyer 5/1994, 24 ff.; *Vest*, Organisierte Kriminalität Überlegungen zur kriminalpolitischen Instrumentalisierung eines Begriffs, ZStrR 112 (1994), 125 ff.

10. Zu den einzelnen heterogenen Phänomenen, die unter dem einheitlichen Etikett Organisierte Kriminalität zusammengefasst werden, neustens *Boers*, Was ist O.K.? Streitfall: Organisierte Kriminalität, Neue Kriminalpolitik 3/1995, 38 f.; *Kerner*, Organisierte Kriminalität: Realitäten und Konstruktionen, Neue Kriminalpolitik 3/1995, 40 ff.; *Beste*, Organisierte Kriminalität - soziale, politische und ökonomische Dimension, Neue Kriminalpolitik 3/1995, 43 ff.

11. *Arzt*, Organisierte Kriminalität - Bemerkungen zum Massnahmenpaket des Bundesrates vom 30. Juni 1993, AJP 1993, 1187 ff.,1188 f.

der Rechtsstaatlichkeit ein Stück weit zurücknehmen. *Wieviele* Abstriche an Rechtsstaatlichkeit hinnehmbar sind, ist generell nur insoweit angebbar, als der erwünschten Steigerung der Schlagkraft des Strafrechts gegen die Makrokriminalität in zweifacher Hinsicht rechtsstaatlich Schranken gesetzt sind. Zum einen darf die Bekämpfung der organisierten Kriminalität nicht in der Form eines Krieges geführt werden, bei dem der Einsatz der Abwehrwaffen allein durch das gegnerische Bedrohungspotential bestimmt wird; der Staat muss sich prinzipiell rechtsstaatlicher Mittel bedienen und darf auch Makrokriminellen die Rechtsfähigkeit nicht aberkennen. Zum anderen ist sicherzustellen, dass die gegen Makrokriminalität entwickelten Sondermassnahmen nicht in den Bereich der gewöhnlichen Kriminalität ausufern. Kurzum gilt es zu vermeiden, dass das Strafrecht grundsätzlich von einem Bürgerstrafrecht zu einem Feindstrafrecht mutiert[12].

II. Erstes Paket: Geldwäscherei

Das erste Paket der Geldwäschereigesetzgebung (Art. 305 ^{bis} und 305 ^{ter}) setzt sich ein doppeltes Ziel: Die Finanzkraft krimineller Organisationen soll beschnitten werden, indem die Akkumulation von Betriebskapital und dessen Umwandlung in legales Vermögen eingedämmt wird; zugleich sollen dubiose Finanzflüsse kontrolliert werden, um den *paper trail* , also die Papierspur, zurückverfolgen zu können. Adressaten der ersten Zielsetzung sind die mit der Sicherung von Betriebskapital befassten Mitglieder krimineller Organisationen, Adressaten der zweiten Zielsetzung diejenigen, die Vermögenswerte kriminellen Ursprungs tarnen, um sie dem Zugriff der Strafverfolgung zu entziehen. Die Verfolgung beider Ziele zugleich[13] erzwingt eine Prioritätensetzung. Das Gesetz hat den Zielkonflikt gelöst, in-

12. *Kunz*, Kriminologie. Eine Grundlegung, Bern, Stuttgart, Wien 1994, § 9 Rn 29, § 30 Rn 7.

13. *Pieth*, Das zweite Paket (Anm. 7), 231.

dem es in der tatbestandlichen Formulierung allein das zweite Ziel benennt - in der stillschweigenden Annahme, dass dessen Verfolgung zugleich dem ersten Anliegen Rechnung trägt.

Demgemäss sind die Geldwäschereitatbestände als Delikte gegen die Rechtspflege gestaltet. Mit Strafe bedroht ist, wer mit Geldern deliktischer Herkunft Handlungen vornimmt, die zur Vereitelung des behördlichen Zugriffs abstrakt geeignet sind (Art. 305 ^{bis}), sowie, wer bei der berufsmässigen Vermögensverwaltung die Ermittlung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten sorgfaltswidrig unterlässt (Art. 305ter Abs. 1). Damit ist im Gesetz der *Zusammenhang* der Geldwäscherei mit kriminellen Organisationen *getilgt*. Der Grundtatbestand von Art. 305 ^{bis} Abs. 1 ist weder auf Personen beschränkt, die bei Finanzgeschäften kriminelle Organisationen unterstützen, noch bezieht er sich allein auf Tathandlungen, die das Betriebskapital solcher Organisationen sichern helfen. Zudem sprengen die gesetzlichen Tathandlungen das kriminologische Tatbild des Waschens von Geld. Erfasst werden auch Handlungen wie das schlichte Verstecken, Vergraben oder Verbrennen, denen es an der Tarnung mit den Mitteln des Finanzmarktes durch eine Investition mit Disponibilität und Wertzuwachs ermangelt[14]. Folglich sind Fälle als Geldwäscherei strafbar, die nicht dem kriminologischen Deliktstyp entsprechen und die mit dem organisierten Verbrechen nichts zu tun haben. Die Tatbestandsstruktur ist deshalb nicht zieladäquat[15]. Wegen Ermittlungsschwierigkeiten bei Delikten mit organisatorischem Hintergrund bilden *atypische Fälle* in der Verurteilungspraxis sogar *die Regel*.

Die erste rechtskräftige Verurteilung betraf einen Drogensüchtigen, der in der Szene mit Drogen und gut 5 000 Fr. angetroffen wur-

14. BGE 119 IV 60 ff. 63 f.; *Graber*, Geldwäscherei, Bern 1990, 56, 140; *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht BT II, 4. Aufl. Bern 1995, § 54 N 30.

15. So zu der entsprechenden Bestimmung des deutschen § 261 StGB *Bottke*, Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche, wistra 1995, 87 ff., 89; *Hetzer*, Der Geruch des Geldes - Ziel, Inhalt und Wirkung des Gesetzes gegen Geldwäsche, NJW 1993, 3298 ff., 3299.

de. Dem naheliegenden Verdacht, er habe das Geld als Dealer verdient, begegnete der Beschuldigte mit der Behauptung, ein ihm Unbekannter habe, offenbar in Vorahnung der Polizeikontrolle, ihm Geld und Drogen mit der Aufforderung übergeben, beides für ihn aufzubewahren. Kurz vor der Kontrolle habe er beschlossen, die Drogen zu konsumieren und das Geld zu behalten. Mangels Nachweisbarkeit des Drogendealens wurde der Betreffende - überraschend, aber wohl zurecht - wegen Geldwäscherei verurteilt[16]. Das Bundesgericht hat inzwischen eine ähnlich atypische Verurteilung wegen Geldwäscherei bestätigt. Der Verurteilte wusste, dass Geld aus Drogenhandel auf dem Balkon seiner Wohnung versteckt war, entfernte dieses dort, verbrauchte einen Teil davon und verbarg den Rest in der Küche[17].

Die mangelnde Fokussierung der Geldwäschereibestimmungen auf das Betriebskapital krimineller Organisationen verlangt eine anderweitige Begrenzung der zu erfassenden Vermögenswerte. Indem das Gesetz auf das Herrühren aus einem Verbrechen (im technischen Sinne: Art. 9 Abs. 1) abstellt, wird ein Nachweis verlangt, der bei aus dem Ausland transferierten Vermögenswerten und bei Geldern aus multiplen legalen und kriminellen Betätigungen, die beim organisierten Verbrechen die Regel sind, nur schwer zu erbringen ist[18]. So gefasst, ist der Tatbestand zur Abschöpfung des Betriebskapitals krimineller Organisationen *nicht praxistauglich.*

Die Vorschrift lässt offen, welche Handlungen im einzelnen geeignet sein sollen, die Einziehung, die Auffindung und Herkunftsermittlung der Vermögenswerte zu vereiteln. Infolgedessen ist bereits die *Tatbestandsmässigkeit* von Standardsituationen der Entgegennahme (vermutlich) verbrecherisch erworbener Gelder durch einen Ban-

16. *Arzt*, Erste rechtskräftige Verurteilung wegen Geldwäscherei, recht 1992, 112.

17. BGE 119 IV 60.

18. *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht BT II (Anm. 14), § 54 N 27.

kier zu Anlagezwecken durchaus *ungewiss*. Zwar wird durch solches Verhalten die Finanzkraft der kriminellen Organisation gestärkt. Indes dürfte die Plazierung der vordem unbekannt verwahrten Vermögenswerte im sicheren Hafen einer Schweizerischen Bank die Einziehung eher erleichtern denn erschweren, wie schon die regierungsamtliche Begründung des Gesetzentwurfs andeutet[19]. Soll man daraus folgern, dass der Bankier sich gerade nicht durch die Entgegennahme, sondern umgekehrt durch die Ablehnung des schmutzigen Geldes strafbar macht, wenn anzunehmen ist, dass der Überbringer das Geld sodann an anderer, weniger leicht aufzufindender Stelle deponiert[20]? Dieses Ergebnis lässt sich allenfalls mit der reichlich schwachen, weil im Detail höchst umstrittenen[21], Notbremse der rechtfertigenden Pflichtenkollision abwenden[22]. Die Ungewissheit, ob der Bankier die Geschäftsbeziehungen zu verweigern oder zur Erleichterung der Einziehung fortzusetzen hat, verheisst als goldenen Mittelweg die Meldung verdächtiger Wahrnehmungen an die Strafverfolgungsbehörden. Doch war bis vor kurzem auch dieser Weg versperrt. Die Meldung stellt tatbestandlich eine strafbare Verletzung des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankenG) bzw. bei sonstigen berufsmässigen Vermögensverwaltern des Berufsgeheimnisses (Art. 321) dar, was einer besonderen Rechtfertigung bedarf, die nunmehr durch den vom Zweiten Massnahmenpaket gegen das organisierte Verbrechen geschaffenen Art. 305 ^{ter} Abs. 2 nachgeliefert wird.

19. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften) vom 12.6.1989, BBl 1989 II 1061 ff., 1083.

20. *Stratenwerth*, Geldwäscherei - Ein Lehrstück der Gesetzgebung. In: *Pieth* (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei - Modellfall Schweiz?, 1992, 99 ff., 108.

21. *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht AT I, Zweite Auflage, Bern 1996, § 10 N 63-66.

22. *Arzt*, Organisierte Kriminalität (Anm. 11), 1193.

Die skizzierten Schwächen der strafrechtlichen Regelung verlieren durch das Aufsichtsrecht der Eidgenössischen Bankenkommission faktisch an Gewicht. Dieses durch die *Vereinbarung der Sorgfaltspflicht der Banken* 1977 geschaffene, fortentwickelte[23] und durch spezielle Geldwäscherei-Richtlinien ergänzte[24] Regelwerk begründet über den Gläubigerschutz hinaus eine Pflicht der Banken zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe bei Anzeichen für Unsittlichkeit oder Rechtswidrigkeit der Transaktionen, oder wenn es sich um ein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutsames Geschäft handelt[25]. Die Praxis der Bankenkommission hat mittlerweile einen detaillierten Verhaltenskodex entwickelt, der unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung auch für das Strafrecht prägend ist[26]. Dieser fein gesponnene und rigide durchgesetzte Kodex bewirkt, dass die strafrechtliche Geldwäschereigesetzgebung in ihrem zentralen Anwendungsfeld, dem Bankensektor, infolge Selbstregulierung weitgehend leer läuft. Für Vermögensverwalter im Para-Bankensektor fehlt freilich ein entsprechendes Regelungswerk. Derzeit ist ein (verwaltungsrechtliches) Geldwäschereigesetz in Vorbereitung, das auch den Para-Bankensektor in eine Kontrollpflicht nehmen und womöglich eine generelle Meldepflicht der Financiers einführen soll[27].

---

23. Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) zwischen der Schweizerischen Bankiervereinigung (Bankiervereinigung) einerseits und den unterzeichnenden Banken gemäss spezieller Liste (Banken) andererseits vom 1.7.1987.

24. EBK Geldwäscherei-Richtlinien, in Kraft seit 1.5.1992.

25. Vgl. BGE 106 Ib 145 f., 108 Ib 196 f., 111 Ib 127.

26. Einschränkend *Graber*, Zum Verhältnis der Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken zu Art. 3O5^{ter} Abs. 1 StGB, Schweiz. Zschr. f. Wirtschaftsrecht (SZW) 1995, 161 ff.

27. Nach DER BUND Nr. 249 vom 25.10.1995, 1. Schlechte Erfahrungen mit der Meldepflicht des deutschen Geldwäschegesetzes sollten freilich zur Vorsicht mahnen, vgl. DIE ZEIT Nr. 30/ 1995, 22: ... in der Praxis als Flop erwiesen.

III. Zweites Paket

Das Zweite Massnahmenpaket gegen das organisierte Verbrechen sucht, die bezeichneten Schwachstellen des Geldwäschereitatbestandes meidend, den eingeschlagenen Weg konsequenter und noch zielstrebiger fortzusetzen.

1. Kriminelle Organisation

Der neue Tatbestand der kriminellen Organisation (Art. 260 ter) soll die Überführung von Mitgliedern erleichtern, indem nicht mehr die Beteiligung an konkreten Straftaten, sondern nur noch die Beteiligung an bzw. die Unterstützung der Verbrechensorganisation nachzuweisen ist. Diese wird in der Regel durch V-Personen und Überläufer ermöglicht. Die praktische Griffigkeit des Organisationstatbestandes verlangt deshalb nach gesetzlichen Grundlagen für den Einsatz von V-Personen und die Honorierung des Frontwechsels nach dem Muster einer Kronzeugenregelung[28]. Für ersteres ist nunmehr ein Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung in Vorbereitung[29]. Für letzteres ist die - für sich genommen wohl unzureichende - Möglichkeit der Strafmilderung vorgesehen (Art. 260 ter Abs. 2). Da kriminelle Syndikate auf gesetzliche Kompetenzen zur Erlangung von Insider-Informationen mit einer Verschärfung der Keuschheitsprobe für potentielle Informanten zu reagieren pflegen, beginnt sich hier eine Spirale zu drehen, die alsbald nach weiteren Kompetenzen für proaktive Ermittlungen und grosszügigerer Entlohnung von Denunzianten verlangen dürfte[30].

28. Für Deutschland vgl. das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten vom 9.6.1989 (BGBl I 1059; III 312) in der Fassung vom 28.10.1994 (BGBl I 3186, 3193).

29. Vorentwurf vom 27.6.1995.

30. *Kunz*, Kriminologie (Anm. 12), § 9 Rn 28, § 30 Rn 14.

Der Tatbestand sucht - in Kontrast zur Vereinigung des deutschen Rechts (§§ 129, 129a dStGB) - die charakteristischen Merkmale einer Verbrechensorganisation phänotypisch zu benennen. Dem Vorstellungsbild der Organisation entspricht eine auf Dauer errichtete, planmässig auf bestimmte kriminelle Betätigungen ausgerichtete Gruppierung. Die Mindestzahl der Beteiligten ist, zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten[31] bei Zellenbildung und Abschottung, auf drei Personen festgelegt. Mit der Geheimhaltung von Aufbau und personeller Zusammensetzung wird eine kriminologische Charakteristik typischer krimineller Organisationen zum rechtlichen Erfordernis gemacht. Damit wird im Regelfalle Überflüssiges verlangt[32], während ausnahmsweise offen agierende Täterverflechtungen ausgegrenzt werden. Dies ist in Kauf zu nehmen, weil nur über das Merkmal der qualifizierten systematischen Abschottung die kriminelle Organisation von der einfachen professionell agierenden Verbrecherbande abzugrenzen ist[33].

Die Tathandlungen bestehen in interner Beteiligung oder in externer Unterstützung in der verbrecherischen Tätigkeit. Die Unterstützung durch Aussenstehende braucht sich - anders als bei der Gehilfenschaft (Art. 25) - nicht auf ein konkretes Delikt zu beziehen; genügend und erforderlich ist die Unterstützung der grundsätzlichen verbrecherischen Zielbestimmung. Damit werden freilich auch Unterstützende in der Opferrolle, wie Schutzgeldzahlende, erfasst. Hingegen begeht der von der Organisation durch Stimmenkauf und Geld korrumpierte Politiker weder eine Beteiligungs- noch eine Unterstützungshandlung, solange er sich dafür nicht erweislich erkenntlich

31. Für nicht zu hohe Beweishürden *Schmid*, Zu den neuen Bestimmungen des Strafgesetzbuches in Art. 58 f., 260ter und 305 ^{ter} Abs. 2 (Einziehung; Organisiertes Verbrechen; Melderecht des Financiers), Zschr. f. Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (ZGRG) 1995, 2 ff.

32. *Arzt*, Organisierte Kriminalität (Anm. 11), 1189.

33. *Pieth*, Das zweite Paket (Anm. 7), 235 f.

zeigt. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll als Unterstützer auch der Financier strafbar sein, der - unabhängig von der Herkunft des Geldes - vorsätzlich dazu beiträgt, das Betriebskapital einer kriminellen Organisation zu verschieben[34]. Damit wird ein *Mangel des Geldwäschereitatbestandes ausgebessert*, insofern hier auf den dort geforderten Nachweis des Herrührens des Geldes aus einem Verbrechen (Art. 305 ^{bis} Abs. 1) verzichtet wird.

2. Einziehung

Die Neufassung des Einziehungsrechts (Art. 58-60) betrifft schwerpunktmässig die Abschöpfung von unrechtmässig erlangten Vermögenswerten (Art. 59). Sie soll hier nur insoweit erörtert werden, als die Neuerungen im Zusammenhang mit dem Anliegen der Bekämpfung der organisierten Kriminalität stehen.

Die Abschöpfungseinziehung setzt grundsätzlich den Nachweis einer konkreten Anlasstat voraus (Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1), der bei kriminellen Organisationen kaum je zu führen ist. Beweiserleichterungen bezüglich der verbrecherischen Herkunft von Vermögenswerten, wie sie das deutsche Recht kennt (§ 73 d Abs. 1), sind nicht vorgesehen. Stattdessen wird von der Abschöpfungseinziehung eine gewagte Brücke zur kriminellen Organisation geschlagen. Gemäss Art. 59 Ziff. 3 Satz 1 sind alle Vermögenswerte, welche der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen, einzuziehen. Dabei braucht es weder einen Nachweis noch auch nur den Verdacht einer individuellen Anlasstat oder einer Tatbefangenheit der Vermögenswerte. An die Stelle des vergangenheitsbezogenen Kriteriums der kriminellen Herkunft, das bei der Geldwäschereibestimmung (Art. 305bis) massgeblich ist, tritt nunmehr der gegenwartsbezogene Mass-

34. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers) vom 30.6.1993, BBl 1993 III 277 ff., 301; *Pieth*, Das zweite Paket (Anm. 7), 236.

stab der Verfügungsmacht der Verbrechensorganisation. Dieser Wechsel des Bezugspunktes ist für ein grundsätzlich retrospektiv auf die Ahndung begangener Taten bezogenes Strafrecht *revolutionär*.

Das Abstellen auf die Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation beschreitet in mehrerlei Hinsicht Neuland. Anders als bei der Geldwäscherei wird nunmehr das Abwehrkonzept explizit auf die Akkumulation von Betriebskapital des organisierten Verbrechens gerichtet[35]. Erfasst werden auch Vermögenswerte, die einer *legalen* Betätigung entstammen. Damit wird eine dem Tatstrafrecht unbekannte konfiskationsähnliche Sanktion geschaffen. Diese ist das im Vergleich zur Bestrafung wegen Geldwäscherei schärfere Instrument, das zugleich mit den niedrigeren Beweisanforderungen ausgestattet ist. Deshalb dürfte die Abschöpfungseinziehung künftig eine Hauptrolle bei der Bekämpfung des organisierten Verbrechens spielen, und die *Geldwäscherei* auf einen *Nebenplatz* verdrängen[36].

Mit dem Kriterium der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation wird kein rechtlicher, sondern ein *faktischer Massstab* angelegt. Dies folgt aus dem Bemühen, Scheingesellschaften und Strohmannbeziehungen zu erfassen. Die damit verbundenen Abgrenzungs- und Beweisprobleme sind als unvermeidlich hinzunehmen. Schwer erträglich ist hingegen, dass *auch wirtschaftlich fremdes* Vermögen einziehbar ist, wenn es nur faktisch dem (legalen oder illegalen) Zugriff der Verbrechensorganisation ausgesetzt ist. Zu Unrecht erweckt die regierungsamtliche Begründung den Eindruck, die kriminelle Organisation habe nur dann die verlangte tatsächliche Verfügungsmacht, wenn sie zugleich über die wirtschaftliche Berechtigung verfüge[37]. Die Verfügungsmacht ist rein faktisch dadurch bestimmt, dass

35. *Pieth*, Das zweite Paket (Anm. 7), 238.

36. Vgl. auch *Pieth*, Das zweite Paket (Anm. 7), 238, wonach damit die Geldwäscherei als Figur quasi überholt worden ist.

37. Botschaft (Anm. 29), 318; so auch *Pieth*, Das zweite Paket (Anm. 7), 238.

die kriminelle Organisation jederzeit entsprechend ihrem Bedarf auf die Vermögenswerte greifen kann[38]. Von der Einziehung betroffen ist deshalb auch etwa das Privatvermögen des durch Wahlhilfe korrumpierten Politikers, der sich als goldene Gans für künftige Erpressungen darbietet, oder dasjenige des schutzgeldentrichtenden Gastwirts, den man einstweilen noch nicht vollkommen ausgenommen hat[39].

Der Zugriff auf Vermögenswerte einer Person, die sich an einer kriminellen Organisation beteiligt oder sie unterstützt hat, wird demnach schon durch Art. 59 Ziff. 3 Satz 1 eröffnet. Entscheidend erleichtert wird der Zugriff durch die zusätzlich vorgesehene *Beweislastumkehr*: Danach ist bei Vermögenswerten einer solchen Person die Verfügungsmacht der Organisation bis zum Beweis des Gegenteils zu vermuten (Art. 59 Ziff. 3 Satz 2). Diese gesetzliche Vermutung ist *europaweit ohne Vorbild*[40]. Damit wird Personen, die wegen Beteiligung oder Unterstützung einer kriminellen Organisation strafbar[41] sind, unter Androhung ihrer wirtschaftlichen Existenzvernichtung eine umfassende Offenbarungspflicht über ihr Vermögen bis an ihr Lebensende auferlegt. Der Bankangestellte, der sich im Zusammenhang mit der Anlage von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation wegen Unterstützung einer kriminellen Organisation (Art. 260 ^{ter}) strafbar gemacht hat, setzt sein persönliches Vermögen bis zum Beweis des Gegenteils der erweiterten Einziehung aus. Das gleiche gilt für das Opfer einer Schutzgelderpressung, das durch Zahlung der erpressten Summe die kriminelle Organisation unterstützt hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob der von der Einziehung Betroffene aktives oder ehemaliges Mitglied der kriminellen Organisation, freiwil-

38. Botschaft (Anm. 29), 318.

39. *Arzt*, Organisierte Kriminalität (Anm. 11), 1192 Fußnote 30.

40. *Pieth*, Das zweite Paket (Anm. 7), 237.

41. Offen ist, ob zum Nachweis der Strafbarkeit eine rechtskräftige Verurteilung zu fordern ist oder ob, und gegebenenfalls welche, minderen Belege genügen: nicht rechtskräftige Verurteilung, glaubhaftes Geständnis, bloße Indizien?

lig Unterstützender oder zur Unterstützung mehr oder weniger Genötigter ist. Man ist versucht zu sagen: Die Opfer des Vampirs werden diesem gleichgestellt.

Bemerkenswerterweise genügt zum Entlastungsbeweis nicht der Beleg legalen Erwerbes der Vermögenswerte; gefordert ist vielmehr der Nachweis, dass das private Vermögen nicht (mehr) dem faktischen Zugriff der kriminellen Organisation offensteht. Wie aber sollen Personen, die sich an einer kriminellen Organisation beteiligt oder sie unterstützt haben, je die Vermutung entkräften können, dass der lange Arm der Organisation ihr Vermögen nicht (mehr) erreicht? Dem pensionierten und längst rechtstreu gewordenen Mafioso, der seine alten Tage im Tessin verlebt, nützt es nichts, im einzelnen belegen zu können, was er sich aus dem Betrieb seines Zeitungskiosks zusammengespart hat, was er im Lotto gewonnen und von der Tante geerbt hat. Er wird beweisen müssen, dass nicht nur seine Verbindung zur Mafia, sondern *deren Verbindung zu ihm* abgerissen ist - was praktisch eine Unmöglichkeit darstellt. Wer wegen Beteiligung oder Unterstützung einer kriminellen Organisation verurteilt ist, wird damit in Bezug auf sein Vermögen faktisch *lebenslänglich für vogelfrei* erklärt[42]. Verfassungsmässige Bedenken wegen Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips, der Rechtschaffenheitsvermutung und der Eigentumsgarantie liegen auf der Hand. Dem lässt sich nur durch eine verfassungskonforme restriktive Auslegung abhelfen, deren genaue Kriterien noch kasuistisch zu erarbeiten sind. Dabei ist zu differenzieren nach der Intensität der Beziehung der Person zur kriminellen Organisation (freiwillige/ erzwungene, noch bestehende/ ehemalige Beteiligung bzw. Unterstützung). Klärungsbedürftig ist im

42. Vgl. auch *Arzt*, Organisierte Kriminalität (Anm. 11), 1192: Bezieht man die geringen Aussichten, die genannte Vermutung zu widerlegen, mit ein, so wird deutlich, daß unter der Flagge einer Vermutung im Einziehungsverfahren den Mitgliedern einer KO im vermögensrechtlichen Bereich praktisch die **Rechtsfähigkeit aberkannt** wird ....

übrigen der Umfang des der Person zu belassenden Mindestvermögens.

3. Melderecht von Financiers

Das neu eingeführte Melderecht von Financiers (Art. 305 ter Abs. 2) soll, wie oben (II.) erwähnt, Verhaltensungewissheiten des Financiers beseitigen. Doch gelingt dies nur begrenzt. Das zur Meldung berechtigende niedrige Verdachtsniveau - es genügen blosse Indizien, die in die Richtung eines Verdachtes weisen[43] - lädt zu einer frühen Meldung ein, was angesichts der Wertigkeit der Schweigepflichten problematisch ist und bei einer Fehleinschätzung nicht vor Bestrafung wegen Verletzung dieser Pflichten schützt. Umgekehrt kann eine unterlassene Meldung trotz bestehender Verdachtsmomente als Indiz für einen Geldwäschereivorsatz gewertet werden[44]. Offen ist im übrigen, ob das Melderecht nur die Verletzung der Schweigepflichten oder auch eine - in der Entgegennahme des Geldes oder in der Ablehnung von Geschäftsbeziehungen begründete - Geldwäschereihandlung zu rechtfertigen vermag[45]. Zudem schafft das Melderecht neue Ungewissheit darüber, ob und in welchem Umfang die Behörde die Bank zur Fortsetzung der Kundenbeziehungen und zu immer neuen Meldungen auffordern darf. Damit würde heimlich eine im Katalog strafprozessualer Zwangsmassnahmen nicht vorgesehene Überwachung des Bankverkehrs ohne richterliche Anordnung und ohne nachträgliche Information des Betroffenen eingeführt[46]. Zudem nützt die Meldung nichts ohne eine zeitweise interne Sperre des Kundenvermögens, um der Verfolgungsbehörde eine Zugriffsmöglichkeit zu geben.

43. Botschaft (Anm. 29), 326; *Cassani*, L'argent des organisations criminelles, Journe 1994 de droit bancaire et financier, Berne 1994, Vol. 1, 67 ff., 70 ff.

44. *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht BT II (Anm. 14), § 54 N 60.

45. *Stratenwerth*, Geldwäscherei (Anm. 20), 115.

46. *Arzt*, Organisierte Kriminalität (Anm. 11), 1194.

Ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage ist eine solche private Quasi-Beschlagnahme dubios[47].

IV. In der Klemme zwischen Effizienz und Rechtsstaat

Der Weg der strafrechtlichen Bekämpfung der organisierten Kriminalität verläuft auf einem schmalen Grat zwischen Effizienzbemühungen und rechtsstaatlichen Skrupeln. Die Gefahr, einen Schritt zu weit nach einer Seite zu treten, ist in beiden Richtungen gegeben. Bei der Geldwäschereibestimmung wurde die retrospektive Ausrichtung auf die kriminelle Herkunft von Vermögenswerten gewählt. Dieser Blick zurück entspricht der traditionellen Perspektive des Tatstrafrechts, erweist sich aber zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens als wenig effizient. Das Zweite Massnahmenpaket wählt einen gegenwarts- und zukunftsgerichteten Bezugspunkt, indem es sich unmittelbar gegen die Bildung krimineller Organisationen und die Sicherung ihrer finanziellen Basis wendet, was im einzelnen rechtsstaatlich bedenkliche Konsequenzen hat.

Da die Strafgesetzgebung gegen die organisierte Kriminalität unweigerlich in die Klemme zwischen rechtsstaatlicher Prinzipienbindung und präventiver Effizienz gerät, scheint dem teilnehmenden Beobachter nur die Wahl zwischen zwei gleichermassen unbefriedigenden Alternativen offenzubleiben: Das resignative Abfinden mit Einbussen an Rechtsstaatlichkeit oder die prinzipielle Ablehnung von Anstrengungen, das Strafrecht vermehrt auf die schwerwiegendsten und sozialschädlichsten Kriminalitätsformen auszurichten. Beides, die *laissez faire-Haltung* wie die *Schmollecke*, ist unannehmbar.

Eine kritische Begleitung der Gesetzgebung hat zu prüfen, ob die verheissenen Effizienzgewinne in der Anwendungspraxis tatsächlich eintreten. Diese *kriminologische Wirksamkeitsprüfung* der getroffenen

47. *Arzt*, Organisierte Kriminalität (Anm. 11), 1195.

Massnahmen könnte im Rahmen eines derzeit laufenden Nationalen Forschungsprogrammes[48] in Angriff genommen werden. Daneben ist die Dogmatik zu *rechtsstaatlichen Auslegungshilfen* gefordert. Politische Bestrebungen nach zusätzlichen Ermittlungskompetenzen des Bundes können genutzt werden, um das Anliegen einer *Vereinheitlichung* des Schweizerischen *Strafprozesses* aus dem Dornröschenschlaf zu erwecken. Die grundsätzlich positiven Erfahrungen mit Mechanismen der Selbstkontrolle im Bankensektor ermutigen dazu, im heikleren, weil weniger transparenten und homogenen, Bereich der sonstigen Vermögensverwalter berufsständische Sorgfaltsvereinbarungen einzuführen; der Beitritt zu solchen Vereinbarungen könnte mit der Vergabe werbewirksamer Gütesiegel honoriert werden. Generell verlangt die Einsicht in das begrenzte Leistungsvermögen eines formstrengen prinzipiengebundenen Strafrechts die Verstärkung der *gesellschaftlichen* Schutzwälle gegen die organisierte Kriminalität: Von Ethikabreden in der Wirtschaft über die Mobilisierung von Opfergruppen bis hin zu einem neuen Gemeinsinn, der latente Machtausübung und Korrumpierbarkeit ächtet.

Die an sich schmerzende Einsicht, dass die Schraube gegen das organisierte Verbrechen nicht überdreht werden darf, damit ihre rechtsstaatliche Fassung gewahrt bleibt, gilt über das Strafrecht hinaus auch - und erst recht - für den präventiv-polizeilichen Staatsschutz[49]. Das Abfinden damit fällt leichter, wenn man sich bewusst macht, dass der Einflussgewinn krimineller Organisationen eine *nur begrenzt vermeidbare Modernisierungsfolge* ist, die mit der Liberalisierung des Waren- und Personenverkehrs, der Vernetzung von Informationen und dem Zusammenschrumpfen von kulturellen und nationalen Distanzen einhergeht. Das in Entstehung begriffene *global vil-*

48. NFP 40 (Gewalt im Alltag und organisierte Kriminalität) des Schweizerischen Nationalfonds.

49. Vgl. den Entwurf eines Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit, BBl 1994 II 1203.

lage produziert die ihm angemessene Kriminalitätsform - womit ein neues Verständnis von organisierter Kriminalität angedeutet ist.

*****

USTAWOWE ŚRODKI PRZECIWKO PRZESTĘPCZOŚCI ZORGANIZOWANEJ W SZWAJCARII

Studium przypadku praktycznej polityki kryminalnej

Streszczenie

Szwajcarskie prawo karne przygotowuje się w tym dziesięcioleciu, w sposób będący przykładem w skali europejskiej, do walki przeciwko zorganizowanej przestępczości. Odpowiednio do atrakcyjności Szwajcarii jako międzynarodowego rynku finansowego nowoutworzone środki skierowane są, zgodnie z ich rangą, przeciwko lokatom wartości majątkowych przez przestępcze organizacje. Skoro działalność przestępczości zorganizowanej cechuje uzyskiwanie olbrzymich zysków, toteż przeobrażenie bowiem szybko rosnącego kapitału zakładowego w legalne inwestycje ma dla nich zasadnicze znaczenie. Próba zwalczania tego zjawiska przy pomocy środków, jakimi dysponuje prawo karne, jest przedsięwzięciem nowatorskim i wymaga takiej techniki ustawodawczej, która zrywałaby co najmniej częściowo z tradycyjnymi zasadami prawa karnego bazującego na koncepcji czynu. Określoność, dotycząca ustawowych znamion przestępstwa, jest zastępowana przez elastyczne, funkcjonalne pojęcia, jak przestępczość zorganizowana i pranie brudnych pieniędzy; w miejsce wstecznie skierowanego szukania punktu zaczepienia z czynem, czołowe pozycje zajmuje prewencyjna i perspektywiczna obrona społeczna, a domniemanie niewinności ustępuje miejsca zasadzie zmiany sytuacji dowodowej. W ten sposób ustawodawca ma gruncie

prawa karnego jest konfrontowany z podstawowym dylematem: gwoli podniesienia efektywności ścigania czyni się ustępstwa w zakresie tradycyjnego pojmowania zasady państwa prawnego. Przy tej okazji grozi prawu karnemu niebezpieczeństwo przeobrażenia się z prawa karnego, którego podmiotem jest obywatel, w prawo karne, którego subiektem jest wróg. Poczynając od tych zasadniczych przemyśleń, w dalszej części są systematycznie weryfikowane ostatnio wprowadzone środki prawnokarne. Wprowadzone jako pakiet norm te pierwsze regulacje dotyczące prania brudnych pieniędzy (weszły w życie od 01.08.1990 r.) koncentrują się jeszcze na płaszczyźnie dobrze powszechnie znanego prawa karnego czynu, ale okazują się mało efektywne, jeśli chodzi o zwalczanie przestępczości zorganizowanej. Drugi pakiet regulacji prawnych, który wprowadza przestępstwo organizacji przestępczej i nakłada obowiązek informacji na instytucje finansowe oraz rewiduje przepisy o konfiskacie (wszedł w życie od 01.08.1994 r.), próbuje kontynuować rozpoczętą drogę jeszcze bardziej konsekwentnie. W poszczególnych wypadkach wywołuje jednak jeszcze większe wątpliwości ze względu na prawnopaństwowe konsekwencje w sferze zasad państwa prawa.

Ustawodawstwo prawnokarne znajduje się więc w kłopotliwym położeniu pomiędzy efektywnością działania, a respektowaniem wymogów państwa prawnego. Pojawia się więc pytanie w stosunku do dwóch aspektów. Kryminologia ma za zadanie zbadać, czy te oczekiwane efekty skuteczności w istocie nastąpią. Ponadto doktryna jest zobowiązana udzielić pomocy interpretacyjnej w kierunku respektowania zasady państwa prawnego. Generalne rozpoznanie ograniczonych możliwości działania prawa karnego respektującego formy i zasady prawne skłania do szukania alternatywnych dróg. Obok ujednolicenia szwajcarskiego procesu karnego większego znaczenia nabiera rozszerzenie mechanizmów samokontroli ze strony branżowych porozumień w zakresie właściwego i troskliwego zarządzania majątkiem w stosunku do całego sektora administracji majątkowej. W pozostałej części będzie nam łatwiej pogodzić się z ograniczonymi możliwoś-

ciami sterowania w zakresie prawa karnego respektującego zasadę państwa prawnego, jeśli sobie uświadomimy, że uzyskanie możliwości wpływu przez przestępcze organizacje stanowi jedynie dający się uniknąć, ale tylko w ograniczonym zakresie, skutek społecznego procesu modernizacji, którego - z drugiej strony - sami się domagamy ze względu na inne aspekty.

Haruo Nishihara

DIE JAPANISCHE YAKUZA - DIE GESCHICHTE UND DIE GEGENWÄRTIGE LAGE DER ORGANISIERTEN KRIMINALITÄT IN JAPAN

Zur Geschichte der Yakuza

Das Wort „Yakuza" stammt aus der Zusammenstellung der Zeichen Ya, Ku und Za, heißt, Acht, Neun und Drei. Dies bezieht sich auf das japanische Kartenspiel „Hanafuda": Sieger ist dort, wer am Ende die Karten in der Hand hält, deren Wert zusammengerechnet die höchste Punktzahl ergibt - es sei denn, die Summe beträgt zehn, zwanzig oder deißig. Die Summe der Zahlen Acht, Neun und Drei erscheint zwar relativ hoch, nützt aber nichts, weil sie eben genau zwanzig beträgt. Die übertragene Bedeutung meint dann Menschen, die in der Gesellschaft keinen Nutzen haben und ihr zur Last fallen. Der Begriff „Yakuza" in diesem Sinne ist wahrscheinlich innerhalb dieser Kreise selbt entstanden.

Das Wort Yakuza wird jedoch nicht offiziell in der Gesetzgebung, von der Polizei oder der Wissenschaft benutzt. Hier wird vielmehr von Bóryokudan - „gewalttätigen Baden" - gesprochen, weil Yakuza sich mehr auf das einzelne Mitglied solcher Banden bezieht. Ich werde aber in meinem Aufsatz dem ausländischen Sprachgebrauch folgen und den Ausdruck Yakuza sowohl für die Banden, als auch für die einzelnen Mitglieder benutzen.

Die Etymologie des Wortes Yakuza läßt ganz richtig vermuten, daß ihr historischer Ursprung im beruflichen Glücksspiel des Mittel-

alters zu suchen sei. Das Glücksspiel wurde bereits im siebten Jahrhundert, zur Zeit der Einführung der chinesischen Kultur, mit dieser zusammen nach Japan überliefert. Die berufliche Organisation von Glücksspielen läßt sich spätestens im vierzehnten Jahrhundert nachweisen, und die entsprechenden Institutionen sind im wesentlichen bis heute überliefert.

Die Organisationen der Beruftsspieler, genannt „Bakuto", blühten vor allem in der letzten Hälfte der Edo-Zeit[1] kräftig auf.

Grund für diesen Aufschwung war die ständige Vergrößerung des Abstands zwischen Reichen und Armen durch die Entwicklung des Industrie und Handel. Die bakuto veranstalteten Glücksspiele für die Reichen, um von ihnen große Geldbeträge zu gewinnen. Derartige Organisationen wachsen, indem sie mit diesem Geld arme oder aus der Gesellschaft herausgedrängte Jugendliche sammeln. Die Mitglieder der Organisation binden sich eng aneinander wie eine Familie. Es herrscht eine feudalistische, teilweise konfuzianisch geprägte Moral, nach der Schutz und Fürsorge von oben und Treue und Gehorsamkeit von unten die strengsten Pflichten sind. Die damals entstandenen Namen für die Stellen innerhalb der Hierarchie gibt es heute noch. Dies ist ein Zeichen dafür, daß die Urform der japanischen Yakuza genau wie ihre Mentalität zu jener Zeit gebildet wurde und im wesentlichen bis heute überliefert worden ist.

Die Yakuza hat aber noch eine andere Wurzel in der japanischen Geschichte: dies sind die sogenannten „Tekiya". Die Urform des tekiya war der Warenverkauf auf offener Straße oder von Haus zu Haus. Auch hier bildeten sich in der zweiten Hälfte der Edo-Zeit feste Organisationen heraus, deren Mitglieder ohne feste Ladeneröffnung kleinere Waren wie Zahnpulver, Kosmetika oder Feuersteine

1. Die Edo-Zeit dauerte fast dreihundert Jahre bis zur Meiji-Restauration 1967. In dieser Zeit gab es ein feudalistisches Herrschaftssystem mit einer starken Zentralregierung, die in den Händen der Tokugawa-Familie lag.

auf öffentlichen Straßen und Plätzen oder an der Haustür verkauften und sie gelegentlich den Leuten auch aufdrängten. Vor allem der Handel anläßlich von Tempel- oder Schreinfeierlichkeiten wurde nahezu ausschließlich von diesen Organisationen betrieben beziehungsweise kontrolliert. Hierher stammt die Tradition der Eintreibung von Schutzgeldern, wie sie heute noch von der Yakuza praktiziert wird. Natürlich herrschte auch innerhalb dieser Organisationen dieselbe feudalistische Moral wie bei den Glücksspielern.

Nach der Meiji-Restauration wurde die Eröffnung von roten, von mobilen Kleinläden auf der Straße, gesetzlich zugelassen. Es handelte sich jedoch häufig um schlechte Ware, bei deren Verkauf Betrug und Erpressung eine gewissse Rolle spielten. Auf diese Weise entwickelten sich die Aktivitäten der tekiya im Bereich zwischen Legalität und Illegalität.

Ihre höchste Blüte hatte die tekiya in der Zeit unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg. Damals waren fast alle großen Städte von Bomben zerstört und viele Häuser verbrannt. Es mangelte an Essen und allen Gegenständen des täglichen Bedarfs. Die ordentliche Warenzirkulation lag völlig darnieder. Viele Soldaten kehrten vom Schlachtfeld zurück, aber es war in den Großstädten sehr schwer, eine Arbeit zu finden. Unter diesen Umständen wuchs die Zahl der tekiya - Organisationen ebenso an wie die Zahl ihrer Mitglieder. Die beiden traditionellen Organisationsformen der bakuto und tekiya flossen zusammen. Dies waren die festen Grundlagen für die Aktivitäten der Yakuza nach dem Kriege.

Am höchsten war die Zahl von Yakuza-Banden im Jahr 1960: damals gab es 5 119 Banden. Diese hatten im Jahr 1963 184 091 Mitglieder. Den neuesten Stand der Zahlen werde ich später darstellen[2].

2. Die in diesem Aufsatz genannten Zahlen sind zitiert aus: Institut für gesamte Justiz am Justizministerium, Weißbuch für Kriminalität, Heisei 2.-8. Jahrg., 1990-1996; Polizeiamt, Weißbuch für Polizei, Heisei 2.-8. Jahrg., 1991-1996.

Traditionelle Tätigkeiten der Yakuza

Traditionell werden von den Yakuza folgende „typische" Straftaten begangen:

a) in bezug auf das Glücksspiel: hier werden von den Yakuza meist die Straftaten des gewohnheitsmäßigen Glücksspiels (§ 186 Abs. 1 StGB) und der Veranstaltung von Glücksspielen (§ 186 Abs. 2 StGB) begangen. Der Anteil von Yakuza an der Gesamtzahl der von der Polizei aus solchen Gründen verhafteten Personen lag im Jahre 1993 bei 63%.

b) Seit der Entstehung der tekiya sind Bedrohung (§ 222 StGB) und Erpressung (§ 249 StGB) bei der Eintreibung von Schutzgeldern „traditionelle" Straftaten der Yakuza. Ihr Anteil an der Gesamtzahl solcher Straftaten beträgt bei Bedrohung 68% und bei Erpressung 36%.

c) In Japan ist der Handel mit stimulierenden Drogen stärker als der mit Betäubungsmittel. Die Yakuza ist sehr stark an der Einführung, dem Transport, Verkauf, Besitz und Konsum solcher Drogen beteiligt, Straftaten, die nach dem Gesetz zur Kontrolle stimulierender Drogen sehr streng bestraft werden: 42% aller wegen Zuwiderhandlung gegen dieses Gesetz der Staatsanwaltschaft vorgeführten Personen sind Yakuza. Was dieser Prozentsatz in der Realität bedeutet, läßt sich leicht einsehen, wenn man bedenkt, daß die andere Partei bei Drogengeschäften jeweils der gewöhnliche Konsument ist, der ebenfalls bestraft wird.

d) Die Yakuza sind auch immer bei Pferde-, Rad- und Motorbootrennen dabei. Ihre strafrechtlich relevanten Tätigkeiten bestehen dort in Gewaltanwendung, Bedrohung und Bestechung von Spielern, damit sie absichtlich verlieren, und der Eröffnung von privaten Ladentischen für die Totalisatorenkarte. Dazu kommt noch der Schwarzhandel mit begehrten Eintrittskarten zu völlig überhöhten Preisen.

e) Weitere Mittel zur Finanzierung der Banden oder ihrer einzelnen Mitglieder ist die Beteiligung an Geschäften im „Rotlichtgewer-

be", an Kabaretts, Night-Clubs, Bars, speziellen „Bädern"[3] und an der Prostitution.

Bei allen bisher genannten Aktivitäten handelt es sich um Straftaten im Rahmen der „Geschäftstätigkeit" der Yakuza. Hinzu kommen aber noch die Staftaten ohne wirtschaftlichen Charakter:

f) die Streitigkeiten mit anderen Banden. Jede Bande hat ihre eigene Einflußsphäre - nawabari[4] - den sie immer zu verteidigen und zu erweitern versucht. Daher sind Streitigkeiten zwischen den Banden unvermeidbar. Häufig kommt es zu Körperverletzung und Mord an Mitgliedern anderer Banden, wobei manchmal auch unbeteiligte bürger zu Opfern werden. Zum Beispiel wurden im Jahre 1990 27 größere Konflikte zwischen Banden bekannt, bei denen es 146 der Polizei bekannt gewordenen Gewalttaten kam, wobei in 118 Fällen Schußwaffen benutzt wurden. 16 Menschen starben in diesen Auseinandersetzungen und 29 wurden verletzt.

Neuere Tendenzen bei den Aktivitäten der Yakuza

Die Begehung der oben genannten Arten von Straftaten wird sich auch weiterhin fortsetzen. Aber seit etwa den achtziger Jahren sind zusätzlich in den Aktivitäten der Yakuza neue Tendenzen zutage getreten.

a) Die Einrichtung von „Frontunternehmen"

Die Yakuza hatte sich bis vor wenigen Jahren ausschließlich im Hintergrund der ordentlichen Gesellschaft bewegt. Aber etwa seit den achtziger Jahren, als einerseits die immer stärkere Kontrolle durch die Polizei deutliche Wirkung zeigte und andererseits die inneren Streitigkeiten in der größten Yakuza-Bande, der Yamaguchi-gumi ein

3. Der nämliche Gast badet dort im kleinem Einzelbadezimmer mit Bedienung einer jungen Frau, die nach dem Wunsch des Gastes die Massage in sexueller Form ausübt.

4. Nawabasi bedeutet eigentlich einer durch ein Strohseil abgesperrten Raum, aber jetzt ein Herrschaftsgebiet.

Ende fanden und der 1988 neu ernannte Chef, Yoshinori Watanabe, sofort versuchte, die Macht der Banden zu sichern, haben die Yakuza angefangen, selbständige Unternehmen etwa in der Form von Aktiengesellschaften einzurichten und in deren Namen Geschäfte zu tätigen. Deshalb wurde es zunehmend unklar, in welchen Fällen überhaupt von Yakuza-Aktivitäten gesprochen werden kann - und natürlich wurde es wegen des Grundsatzes der Zurückhaltung der Polizei in Zivilsachen auch schwierig, hier überhaupt einzugreifen.

Die sogenannten Frontunternehmen konzentrieren sich auf vier Bereiche: auf Baugeschäfte, Grundstückshandel, Finanzierungen und Dienstleistungen. Im 1994 verhaftete die Polizei 257 Straftäter im Zusammenhang mit den Aktivitäten dieser Frontunternehmen, meist aufgrund folgender Straftaten nach dem StGB: Erpressung, Betrug, Glücksspiel, Gewalttätigkeit, Urkundenflälschung, oder wegen Verstoßes gegen Gesetze wie dem Gesetz zur Kontrolle von Darlehensgeschäften, dem Arbeit-Entsendegesetz, dem Baugesetz, dem Gesetz zur Verhütung der Prostitution usw. Insgesamt wurden über die Hälfte solcher Straftaten wurden von Mitgliedern der Yamaguchi-gumi, der größten Yakuza-Gruppe begangen.

b) Straftaten gegen Großunternehmen

Früher hatte die Yakuza nur von keinen Läden und kleinen Unternehmen Schutzgelder erpreßt. Aber neuerdings zieht sie auch Geld aus den Großunternehmen, indem sie Präsidenten oder leitende Angestellte solcher Firmen bedroht, erpreßt oder Gewalt gegen sie verübt, indem sie aus der Schwäche einer Firma Vorteil zieht oder eine falsche Beschludigung gegen die Firma erhebt, um daher Geld zu bekommen.

c) Der Eingriff in zivilrechtliche Streitigkeiten

Etwa vor zehn Jahren wurde von den Massenmedien auf einmal der Begriff „jiageya" in ganz Japan bekannt gemacht. Er bezeichnet eine Person, die berufsmäßig Gewalt im Zusammenhang mit dem Ankauf von Grundstücken, der Kündigung von Wohnungen usw.

ausübt. Damals war der Boden in den japanischen Großsstädten außerordentlich teuer: im Zentrum von Tokio kostete ein Quadratmeter Grund zwischen 14 000 und 640 000 Ż. Außerdem gibt es seit der Nachkriegszeit einen starken gesetzlichen Schutz für die Mieter von Grundstücken und Wohnraum: das Recht auf Mietung eines Grundstücks (für 30 bzw/für 60 Jahre lang), hat den Gegenwert von 60 bis 70% des Grundstückspreises selbst. Wenn ein Grundstücksbesitzer sein Grundstück verkaufen will, muß er den Mieter dazu bringen auszuziehen - oder er muß ihm das Mietungsrecht zum genannten Preis abkaufen. Bei solchen Vorgängen spielt der jiageya eine große Rolle. Dieses Geschäft wird meist von der Yakuza selbst oder von ihren Frontunternehmen betrieben. Etwa vor zehn Jahren waren im Fernsehen erschütternde Bilder davon zu sehen, wie jiageya die Mieter belästigten. Auch die Fernsehgesellschaften, die solche Berichte brachten, wurden damals bedroht.

Aber das Geschäft der jiageya ist nur ein Beispiel dafür, wie die Yakuza in Zivilangelegenheiten eingreift - weitere sind das Eintreiben von Forderungen, die Beeinflussung von Vergleichsverfahren nach Straßenverkehrsunfällen u.a. oder bei der Vernachlässigung von Verträgen. An allen diesen Stellen des gesellschaftlichen Lebens treibt die Yakuza ihr Unwesen.

d) Schmuggel und Handel mit Schußwaffen und Drogen

Mit der Internationalisierung der Aktivität der Yakuza haben auch die Fälle von Schmuggel und Handel mit Schußwaffen, vor allem mit Pistolen, zugenommen. Den Höhepunkt bildete das Jahr 1985 - damals wurden 1 767 Pistolen von Mitgliedern der Banden oder Personen aus deren Umfeld beschlagnahmt. Danach nahm die Zahl der beschlagnahmten Pistolen aber wesentlich ab.

Bemerkenswert ist, daß die Zahl der geschmuggelten Pistolen eines Typs, der füher in der sowjetischen Armee in Gebrauch war, der jetzt aber in China hergestallt wird, seit etwa 1988 allmählich zugenommen hat. 1992 wurden 211 dieser Pistolen konfisziert, was

19,7% der gesamten beschlagnahmten Menge ausmachte. Es befinden sich aber noch große Restbestände in den Händen der Yakuza. Diese Waffen wurden, wie es heißt, durch Vermittlung der taiwanesischen oder aber direkt vom Festland mit Hilfe der chinesischen Mafia eingeführt. Dies bedeutet, daß die japanische Yakuza mit den anderen asiatischen Mafiaorganisationen zusammenarbeitet.

Schmuggel und Handel von Stimulantia gehörte wie erwähnt seit dem Ende des zweiten Weltkrieges zu den Betätigungsfeldern der Yakuza. Ungefähr seit Ende der siebziger Jahre, zusammen mit der Zunahme an internationalen Aktivitäten der verschiedenen asiatischen Mafiaverbände hat die Yakuza dann im Handel mit Betäubungsmittel eine neue Geldquelle gefunden. Am meisten werden Kokain und Heroin gehandelt, danach kommen LSD und Opium. Obwohl die Zahl der Straftaten in diesem Bereich im Vergleich zum Handel usw. mit Stimulantia bei weitem nicht so groß ist (1992: 378 verhaftete Täter gegenüber 20 853 im Bereich der Stimulantia), wird doch befürchtet, daß ohne sehr strenge Kontrollmaßnahmen sich der Genuß solcher Beträubungsmittel auch in Japan verbreiten könnte; denn Japan ist für die ausländischen Mafiaorganisationen ein attraktiver Markt, und die Yakuza ihrerseits verstärkt die Zusammenarbeit mit diesen Organisationen immer mehr.

e) wachsende Beeinflussung der Politik

Den wachsenden Einfluß der Yakuza auf die japanische Politik möchte ich an einem Beispielen erläutern: Sehr bekannt wurden in Japan die Vorfälle um die relativ kleine ultrarechte politische Gruppe Nippon Kómintó. Diese Gruppe ließ 1987 überall in Tokio Lautsprecherwagen herumfahren, die verkündeten: „Wir wünschen uns, daß Herr Takeshita Ministerpräsident wird, weil er der Mensch in Japan ist, der am besten Geld sammeln kann". Damals war Takeshita Chefsekretär der Regierungspartei LDP (Liberaldemokratische Partei). Er galt als einer der möglichen Kandidaten für das Amt des Parteipräsidenten und damit des Ministerpräsidenten. Jedoch war er in den Massenmedien wegen seiner undurchsichtige Rolle bei Fusionsge-

schäften im Bankbereich in Verdacht geraten und kritisiert worden. Die Nippon Kómintó stellte aber plözlich, einen Tag nach Bekanntgabe seiner Kandidatur, ihre oben beschriebene Kampagne der „Tötung durch Lob" - homegoroshi - ein. Dies war ein Ergebnis von Gesprächen zwischen dem ehemaligen Präsidenten der Nippon Kómintó, Inamoto, und dem ehemaligen Präsidenten der Inagawa-kai, der drittgrößten Yakuza-Gruppe in Japan, Ishii.

Der Erfolg dieser Gespräche ging letztlich auf den Präsidenten der Transportgesellschaft Sagawa-Kyübin, Watanabe, zurück, der sowohl Ishii als auch Takeshita und die ihn unterstützenden Politiker sehr gut kannte. Eine Reihe solcher Besprechungen zwischen LDP-Politikern, Watanabe, Ishii, Inamoto und schließlich mit dem damaligen Präsidenten der Kómintó, Oshima, zur Wahl des Ministerpräsidenten, verlief erfolgreich, und schließlich wurde Takeshita zum Ministerpräsidenten ernannt. Sagawa-Kyübin war ein Unternehmen, das sich innerhalb weniger Jahre zur zweitgrößten Transportgesellschaft Japans entwickelt hatte. Das Geheimnis dieses Erfolges kam gerade wegen der oben erwähnten Geschehnisse schließlich ans Licht. Watanabe, der Präsident von Sagawa-Kyübin, der Ishii von der Inagawa-kai den Auftrag gegeben hatte, Inamoto zur Einstellung jener Kampagne zu bewegen, wurde nämlich wegen besonderer Untreue (§ 486 HGB) durch Gewahrung eines Darlehens und Übernahme einer Bürgschaft in Höhe von 320 Millionen Ż für ein Frontunternehmen der Inagawa-kai unter Anklage gestellt. In der Gerichtsverhandlung wurden dann mehrere Vorfälle- unter anderem die oben erwähnten Absprachen - bewiesen.

Vielleicht habe ich ein bißchen zu ausführlich über die Vorfälle um die Nippon Kómitó und den Sagawa-Kyübin-Skandal gesprochen. Aber ich wollte zum Ausdruck bringen, wie tief die Yakuza in das schmutzige Zusammenspiel von Politik, Verwaltung und Wirtschaft eingreift, wie großen Einfluß sie dabei auf die Politik auf allerhöchster Ebene ausübt, und wie hohe Gewinne sie dabei erzielt.

Die Gesetzgebung zur Bekämpfung der Yakuza

1991 war für die Bekämpfung der organisierten Kriminalität in Japan ein historisch wichtiges Jahr: In diesem Jahr wurde nämlich das „Gesetz zur Verhütung usw. rechtswidriger Taten durch Mitglieder gewalttätiger Banden" veröffentlicht. Darin wurden solche Banden zum ersten Mal in der japanischen Geschichte in einem Gesetz deutlich als gesellschaftsfeindliche Organisationen bezeichnet.

Außerdem reformierte man in diesem Zusammenhang bereits bestehende Gesetze, die nun besser funktionieren als früher.

Im folgenden werde ich zuerst über den Inhalt der Gesetzgeberischen Maßnahmen sprechen und dann ihre positiven und negativen Wirkungen diskutieren.

1. Das „Gesetz zur Verhütung usw. rechtswidriger Taten durch Mitglieder gewalttätiger Banden" (GVT)

Dieses Gesetz wurde am 15. Mai 1991 veröffentlicht und trat am 1. März 1992 in Kraft. Die Gründe für die Abfassung dieses Gesetzes waren vornehmlich:

a) ein immer größeres Bedürfnis nach der Kontrolle der Tätigkeit der Yakuza infolge ihres Eindringens in das normale Wirtschaftsleben

b) die Wirkungslosigkeit strafrechtlicher Eingriffe, mit denen man nur einzelne Taten von Einzelpersonen bestrafen kann, bei der Bekämpfung der organisierten Kriminalität

c) der Wunsch nach einer Gesetzgebung, auf deren Grundlage man die Ausschließung von Personen, Sachen und Geld aus dem Bereich einer Yakuza-Gruppe durchsetzen kann.

Im wesentlichen soll das Gesetz wie folgt funktionieren:

a) Die jeweilige Präfekturale[5] Sicherheitskommission soll nach den festgelegten Kriterien feststellen, ob es sich bei einer Organisation um eine gewalttätige Bande (bóryokudan) handelt; sie registeiert

5. Japan gliedert sich in 47 Präfekture.

die feststallbaren Mitglieder dieser Bande (bóryokudan-in) und macht sie zum Gegenstand der Kontrolle.

b) Im § 9 werden elf (seit der Reform 1993 sind es vierzehn) Arten unrechtmäßiger Einforderung von Geld, Sachen usw. festgelegt, die von einem Bandenmitglied gegen Außenstehende unter Anwendung der Macht seiner Bande oder von einem höherrangigen Bandenmitglied gegen ein niedriggestelltes verübt werden können. Solche „gewalttätigen Forderungshandlungen" sind zu verbieten, und die Sicherheitskommission darf die Einstellung der gesamten Forderungshandlung befehlen, wenn sie annimmt, daß das registrierte Mitglied eine der erwähnten gewalttätigen Forderungshandlung befehlen, wenn sie annimmt, daß das registrierte Mitglied eine der erwähnten gewalttätigen Forderungshandlung begeht und dadurch das friedliche Leben der Gegenseite verletzt wird (§ 11). Sie darf auch innerhalb eines Jahres alle erforderlichen Maßnahmen befehlen, wenn sie die Gefahr annimmt, daß das registrierte Mitglied wiederholt solche Handlungen begeht (§ 12).

c) Die Sicherheitskommission leistet an die Opfer einer gewalttätigen Forderunshandlung Unterstützung zur Wiedergutmachung des Schadens (§ 13) und an Unternehmer eine Unterstützung zur Verhütung des Schadens von gewalttätigen Forderungen (§ 14).

d) Die Sicherheitskommission darf im Falle eines Streites zwischen gewalttätigen Banden befehlen, daß diese für eine bestimmte Zeitdauer ihre Büros nicht mehr benützen dürfen.

e) Die Anwerbung für die Banden, die Behinderung beim Austritt aus einer Bande, und die Öffentlichkeit beängstigende Handlungen im Büro durch die registrierten Mitglieder werden reguliert (§ 18 ff, 29). Ein Beispiel: Eine sehr bekannte Sitte der Yakuza ist die des Fingerabschneidens, bei der sich jemand zur Entschuldigung für einen Fehler, oder zur Erlangung des Einverständnisses zum Austritt aus der Bande einen Finger ganz oder einen Teil davon abschneidet. Das Gesetz verbietet nun die Forderung oder Befürwortung des Fin-

gerabschneidens, die Hilfestellung dazu (§ 20) und den Befehl oder die Anweisung zu solcher Tat (§ 21). Die Sicherheitskommission darf weiterhin die Einstellung solcher Taten befehlen (§ 22).

f) Wenn ein registriertes Mitglied einem der oben genannten Befehle zuwiderhandelt, wird es mit Zuchthaus bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu einem bestimmten Betrag bestraft (§ 46, 47), auch wenn die Taten, die es begeht, selbst nicht strafbar sind.

g) Daneben wurde gemäß den §§ 31 ff. 1992 in allen 47 Präfekturen ein „Zentrum zur Förderung der Bewegung zur Verbannung der Gewalt" eingerichtet, das als Stützpunkt dieser Bewegung und als Schutzanstalt für die Bürger vor der Gewalt der Yakuza fungiert.

2) Außerdem wurden inzwischen einige Gesetze im Hinblick auf die Bekämpfung der organisierten Kriminalität teilweise reformiert:

a) Reform des Handelsgesetzes

Zu diesem Punkt muß ich etwas weiter ausholen und erklären, was ein "sókaiya" ist. Ein sókaiya ist eine Person, die Geld von einer Aktiengesellschaft erpreßt, indem sie androht, sonst die Schwäche des Unternehmens auf der Hauptversammlung (kabunushi-sókai) bekannt zu machen. Die Gesellschaft, die die Offenbarung ihrer Schwäche auf der Hauptversammlung fürchtet, zahlt in solchen Fällen häufig das geforderte Schweigegeld. Nicht alle sókaiya gehören einer Yakuza-Gruppe an, aber die Mehrzahl sind doch Yakuza-Mitglieder oder Quasi-Mitglieder, und derartige Aktivitäten stellen eine Geldquelle für die Yakuza dar.

Zur Bekämpfung der Yakuza war die der sókaiya erforderlich; dazu wurde nicht nur die Seite der sókaiya, sondern auch die Seite des Unternehmens gesetzlich kontrolliert: die Reform des § 497 Abs. 1 HGB von 1990 sieht vor, daß ein Vorstandsmitglied oder eine andere Führungsperson, die in bezug auf die Ausübung des Rechts der Aktionäre einer anderen Person auf Rechnung der AG einen Vermögensvorteil übergibt, mit Zuchthaus bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 300 000 Yen (etwa 7 200 Ż) bestraft wird (Abs.

1). Das gleich gilt auch für denjenigen, der in Kenntnis der Umstände dieses Übergabe annimmt, oder den Betrag einem Dritten übergeben läßt (Abs. 2).

b) Reform des Gesetzes zur Kontrolle des Besitzes usw. von Feuerwaffen und Schwertern

Da in den letzten Jahren die Fälle der Benutzung von Feuerwaffen durch Yakuza bemerkenswert angestiegen sind, und die Yakuza häufig aktiv am Schmuggel von Feuerwaffen beteiligt ist, wurde dieses Gesetz ausschließlich mit dem Ziel der Bekämpfung von Yakuza-Morden im Jahre 1991 teilweise reformiert:

In Japan ist zum Besitz von Feuerwaffen und Schwerten eine Erlaubnis erforderlich. Neu wurde nun die Vorschrift eingeführt, daß Personen keine solche Erlaubnis erteilt werden darf, bei denen der begründete Verdacht besteht, daß sie gefährlich sind, daß sie kollektiv oder gewohnheitsmäßig Gewalt ausüben oder die andern in den Vorschriften der Sicherheitskommission genannten rechtswidrigen Taten begehen (§ 5 Abs. 1 Z. 5b). Dies gilt unter bestimmten Voraussetzungen auch für ihre mit ihnen zusammen wohnenden Verwandten (§ 5 Abs. 3).

Weiterhin wurden Vorschriften eingefügt, nach denen die Vorbereitung (§ 31f) des Imports von Feuerwaffen, die Hilfeleistung dazu (§ 31 h), und auch der im Ausland begangene Versuch und die Vorbereitung zum Import von Feuerwaffen (§ 31g) unter Strafe gestellt werden.

c) Das Gesetz zur Ausnahmeregelung der Gesetze zur Kontrolle von Betäubungsmitteln und psychotropischen Substanzen usw. zur Verhütung von Handlungen unter internationaler Mitwirkung, die Rechtsverstöße in bezug auf die kontrollierten Mittel fördern.

Die wichtigste Funktion dieses Gesetzes, das 1991 veröffentlicht wurde und 1992 in Kraft trat, liegt in der Verhütung der Einfuhr solcher Substanzen und der Entziehung des durch Drogenkriminalität erwirtschafteten unrechtmäßigen Gewinns. Nach dem neuen Gesetz

wird zunächst die gewerbliche unrechtmäßige Einfuhr von narkotisierenden, stimulierenden und psychotropischen Mitteln unter den vorgeschriebenen Vorausstzungen schwerer als früher bestraft: und zwar mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit einer Geldstrafe bis zu 10 Millionen Yen (etwa 270 000 Ż; § 8).

Das weiteren wird der Tatbestand der Geldwäsche, also die Vortäuschung falscher Tatsachen in bezug auf die Herkunft des Gewinns, mit dem Ziel, diesen frei verfügbar zu machen, oder die Verheimlichung solcher Gewinne usw. mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 3 Mio. Yen (etwa 72 000 Ż) oder beidem bestraft (§ 9, Abs. 1). Versuch und Vorbereitung sind ebenfalls straftbar (Abs. 2, 3). Schließlich wird ebenfalls bestraft, wer in Kenntnis der Umstände den unrechtmäßigen Gewinn annimmt (§ 10).

Daran, daß die soeben erwähnten gesetzgeberischen Maßnahmen alle innerhalb von drei Jahren - zwischen 1990 und 1992 - verwirklicht wurden, kann man sowohl den herausragenden Eifer Japans bei der Bekämpfung der organisierten Kriminalität ablesen, als auch zugleich die Größe der Gefahr erkennen, die in den letzten Jahren von der japanischen Yakuza ausgeht.

Die positiven und negativen Wirkungen der gesetzgeberischen Maßnahmen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität

1) Ganz gewiß haben die Bestrebungen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, deren Kern die Verabschiedung des Gesetzes zur Verhütung usw. rechtswidriger Taten durch Mitglieder gewalttätiger Banden 1991 bildete, einen gewissen Erfolg hervorgerufen.

a) Die Zahl der von den Sicherheitskommissionen registrierten gewalttätigen Banden betrug bis 1994 25; ihre Mitglieder machen 87.7% der gesamten Mitgliederzahl aller gewalttätigen Banden aus.

b) Die Summe der Mitglieder gewalttätiger Banden in Japan hat nach dem Inkrafttreten des Gesetzes deutlich abgenommen; die Zah-

len der aufgelösten Banden und ihrer Mitglieder verhalten sich wie folgt:

Jahr, aufgelöste Banden, deren Mitglieder, Mitglieder von Banden insgesamt:

1963			184.091
1990	80	1.131	88.259
1991	131	1.430	63.800
1992	158	2.051	56.600
1993	222	2.604	52.900
1994	211	1.940	48.000
1995	234	1.400	46.600

Die meisten Mitglieder hat die Yamaguchi-gumi (23.100); danach kommen die Sumiyoshi-kai (8.000) und die Inagawa-kai (7.400). Die Mitgliederzahl dieser drei großen Banden ist von 1993 bis 1994 von 34.600 auf 31.100 gesunken - das bedeutet eine Abnahme um 3 500 Mitglieder oder 10%.

c) Befehle der Sicherheitskommissionen gemäß dem GVT sind bis Ende 1994 1.908 mal erteilt worden. Meist waren dies Befehle zur Einstellung von gewaltsamen Forderungshandlungen (613 mal = 58%). Danach kamen Befehle, die sich gegen die Behinderung des Austritts aus einer Bande oder gegen die Nötigung zum Eintritt richteten (405 mal = 38,3%).

d) Die Entschlossenheit der Kommunen, Unternehmen und der Bürgerinnen und Bürger bei der Bekämpfung der gewalttätigen Banden ist immer größer geworden. Immer häufiger haben die Parlamente von Städten und Präfekturen den Beschluß gefaßt, gewalttätige Banden zu verbannen, und die regionale Verwaltung hat die entsprechenden konkreten Maßnahmen ergriffen und z.B. die Errichtung eines Bandenbüros in der Stadtmitte verhindert, Frontunternehmen der Banden von kommunalen Bauaufträgen ausgeschlossen usw. Viele

Unternehmen haben mit Unterstützung der Polizei angefangen, die Bezahlung von Schutzgeldern abzulehnen.

2) Allgemein kann man sagen, daß die Bestrebungen zur Bekämpfung der Yakuza seit 1990 ziemlich gute Erfolge verzeichnen können. Andererseits zeichnet sich aber die besorgniserregende Aussicht ab, daß die völlige Auflösung der Yakuza unmöglich ist, solange die soziale Grundlage des Entstehens solcher asozialer Banden nicht beseitigt wird.

a) Sehr ernstzunehmen ist das Phänomen, daß die Angriffe mit Schußwaffen auf führende Personen in Unternehmen gerade in den letzten zwei bis drei Jahren zugenommen haben. Meist wurden solche Angriffe infolge der Verweigerung der Bezahlung großer Beträge aus irgendeinem Anlaß heraus begangen. Ob diese Erscheinung vorübergehend ist, oder als ein Vorzeichen des immer schwieriger werdenen Kampfes zwischen Strafjustiz und Yakuza betrachtet werden muß, läßt sich im Augenblick nicht leicht beurteilen; hier muß die Entwicklung in den nächsten fünf Jahren genau beobachtet werden.

b) Im Zuge des verstärkten Drucks auf sie in Japan haben die japanischen Yakuza naturgemäß angefangen, ihre Aktivitäten mehr ins Ausland zu verlagern. Sie finden ihre Ziele vorwiegend in Rußland, Südostasien und in den USA - dort vor allem auf Hawaii. Die Zusammenarbeit mit der außerjapanischen Mafie ist noch nicht genau erwiesen. Die Einfuhr von Drogen und Pistolen aus dem Ausland, oder die illegale Einschleusung von Chinesen per Schiff von Südchina aus, ist aber ohne eine solche Zusammenarbeit schwer denkbar.

c) Bemerkenswert ist, daß zwar die reformierten Gesetzesvorschriften zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität fast alle auch für die ausländische Mafia in Japan gelten, das GVT aber fast ausschließlich auf die Yakuza bezogen ist. Zugleich mit der Schwächung der japanischen Yakuza haben Mafiaorganisationen aus dem Ausland, vor allem taiwanesische, koreanische und kontinental-chinesische, ihre Kräfte in Japan verstärkt. Dies läßt sich zum Beispiel an-

hand der Veränderung der Situation in Kabuki-chó, einem sehr berühmten Vergnügungsviertel neben dem Shinjuku-Bahnhof in Tokio, beobachten. Mit großer Sorge haben wir in Japan die Zeitungsberichte über die plötzliche Zunahme an Mordfällen unter Chinesen im Kabuki-chó gelesen.

Die Internationalisierung der Aktivitäten der Yakuza und ihre Stellung in der asiatischen Mafia

Zum Abschluß möchte ich kurz meine Einschätzung der Stellung der Yakuza innerhalb des Gefüges der asiatischen Mafiaorganisationen darlegen.

Die geographische Lage Japans als Inselland hat zusammen mit seinem Klima seine Eigentümlichkeit sehr deutlich geprägt. Sie wissen wahrscheinlich, daß Japan, abgesehen von der prähistorischen Periode, bis zum zweiten Weltkrieg noch niemals vom Ausland kolonisiert wurde, daß es bis dahin niemals einen Krieg mit der Folge verlor, daß es von einer ausländischen Armee besetzt wurde. Von Europa aus, wo die Grenzen, die die Menschen verschiedener Nationen trennten, künstlich waren und immer wieder verändert wurden, andererseits der Verkehr mit anderen Völkern von Alters her, lebendig war, ist diese Situation Japans sicher schwer zu verstehen.

Die Japaner haben erst nach dem Zweiten Weltkrieg, also in der Tat erst vor vierzig Jahren, angefangen, überall in der Welt tätig zu sein - zum ersten Mal in ihrer Geschichte. Und dies geschah nicht absichtlich, sondern aus wirtschaftlicher Notwendigkeit heraus. Daher sind die Japaner im allgemeinen sehr ungeübt in Fragen der internationalen Beziehungen. Dies kann man ablesen an der ungeschickten Diplomatie der japanischen Regierung, oder an den für Außenstehende völlig unverständlichen Handelsgewohnheiten der Japaner. All dies ist keine Frage der Veranlagung des japanischen Volkes, sondern rührt von der geographischen und der damit zusammenhängenden historischen Eigenart Japans her.

Ich habe deswegen so ausführlich darüber gesprochen, weil ich ausdrücklich betonen möchte, daß die Yakuza eben auch Japaner sind und hier keine Ausnahme machen. Sie sind ebenfalls ungeschickt in der Frage internationaler Beziehungen. Außerdem ist ihre Mentalität feudalistischer und nationalistischer als die durchschnittlicher Japaner. Die Yakuza suchen im allgemeinen die Verbindung zur politischen Rechten, die sich stark auf das traditionelle Kaisertum bezieht.

Damit will ich jedoch nicht ableugnen, daß die Aktivitäten der japanischen Yakuza sich internationalisiert haben. Diese Erscheinung ist sicher als eine natürliche Folge der Internationalisierung der gesamten japanischen Gesellschaft und der Mafiaorganisationen in den anderen Ländern zu sehen. Und die Bestrebungen von Regierung und Polizei zur Bekämpfung der Yakuza in den letzten fünf Jahren haben diese Tendenz naturgemäß noch verstärk. Das Faktum, daß die Yakuza ins Ausland vorrück und mit der dortigen Mafia zusammenarbeitet, ist nicht mehr zu bezweifeln.

Hier möchte ich jedoch Ihre Aufmerksamkeit darauf lenken, daß die chinesische Mafia in dieser Hinsicht ganz anders ist als die Yakuza. Typisch ist die Hongkong-Mafia, die Triaden. Hongkong ist, wie Sie wissen, ein von England kolonisiertes chinesisches Land. Daher sprechen die Chinesen dort meistens Chinesisch und Englisch, und haben sich über hundertfünfzig Jahre lang an internationale Geschäfte gewöhnt - dies gilt auch für die Triaden. Dies ist in Japan völlig undenkbar, erst recht für die Yakuza.

Außerdem haben die Triaden eine weitere günstige Voraussetzung für ihre internationalen Aktivitäten. Sehr viele Chinesen haben über viele Jahrhunderte hinweg von Generation zu Generation im Ausland gewohnt und dort ihre wirtschaftlichen Aktivitäten entfaltet. Inzwischen arbeiten zwar viele Japaner überall in der Welt, aber dies ist neueres, in den letzten dreißig bis vierzig Jahren entstandenes Phänomen. Die meisten wohnen auch nicht ihr ganzes Leben im Aus-

land. So kommt es, daß das Gefühl in einem chinesischen Viertel in New York oder Los Angeles und in der sogenannten japanischen Kolonie in Düsseldorf ein ganz anderes ist. Das Vorhandensein eines solchen enormen Netzwerks von Chinesen in der ganzen Welt bietet für sich schon eine günstige Grundlage für die internationale Tätigkeit der chinesischen Mafia. Sie können sich viel leichter durch die bestehenden Strukturen in das Geschäftsleben im Ausland einschleichen. Dagegen können die Yakuza nur mit den Japanern oder japanischen Unternehmen im Ausland das tun, was sie auch im Inland tun.

Zusammenfassend kann man sagen, daß die Gefärdung durch die Yakuza im internationalen Kontext wesentlich anders als die durch die anderen asiatischen Mafiastrukturen ist; sie liegt vornehmlich in der Stellung von gewalttätigen Forderungen an japanische Unternehmen, an Vergnügungslokale oder Reisende, in der Teilnahme am Handel mit Drogen, Schußwaffen und Menschen zusammen mit der ausländischen Mafia und der Zusammenarbeit mit dieser innerhalb Japans.

Damit möchte ich die Yakuza weder in Schutz nehmen, noch ihre Gefährlichkeit herabsetzen. Ich wollte Sie abschließend nur auf die strukturelle Verschiedenheit zwischen der Yakuza und der anderen asiatischen Mafia aufmerksam machen, und damit der Gefahr, die von beiden Seiten ausgeht, aufmerksam machen.

*****

JAPOŃSKA YAKUZA - HISTORIA I OBECNY STAN PRZESTĘPCZOŚCI ZORGANIZOWANEJ W JAPONII

Streszczenie

Autor rozpoczyna swoje rozważania od krótkiego omówienia historii yakuza - będącej w Japonii synonimem przestępczości zorganizowanej. Określenie to jest jednocześnie nazwą japońskiego gangste-

ra, zaś jego etymologia pozostaje w bezpośrednim związku z tradycyjną japońską grą w kart zwaną hanafuda, w której wygrywa układ ósemki, dziewiątki i trójki, czyli po japońsku ya, ku i za. Stąd nazwa ta stała się również synonimem gangstera - hazardzisty.

W przeszłości największa liczba zorganizowanych grup przestępczych yakuza odnotowana została w 1960 r. Było ich wówczas 5119, zaś w ich działalności uczestniczyło w 1963 r. 184.091 członków. Kolejne wywody dotyczą tradycyjnych obszarów działania yakuza, tj. gier hazardowych, wymuszeń i gróźb stosowanych przy pobieraniu pieniędzy za tzw. ochronę, handlu narkotykami, stosowania przemocy, gróźb i przekupstwa przy wyścigach (konnych, rowerowych i motorowych) oraz kontroli tzw. życia nocnego (kabarety, kluby nocne, bary itp.). Autor wskazuje także na działalność gospodarczą yakuza, w zakresie której dokonywane są przestępstwa nie mające bynajmniej charakteru gospodarczego, tj. w szczególności uszkodzenia ciała i zabójstwa dokonywane w czasie prowadzenia walk o podział stref wpływów.

Nawiązując do najnowszych tendencji w zakresie działalności yakuza Autor sygnalizuje przede wszystkim tworzenie tzw. przedsiębiorstw fasadowych, skoncentrowanych na czterech obszarach, tj. interesach budowlanych, handlu gruntami, finansach oraz usługach. Tego rodzaju działalności towarzyszą takie przestępstwa, jak wymuszenia, oszustwa, nielegalne gry hazardowe, stosowanie przemocy, fałszowanie dokumentów oraz naruszające przepisy ustaw szczególnych (np. prawa budowlanego czy ustawy o zapobieganiu prostytucji). Ponad połowa tego rodzaju czynów została popełniona przez sprawców będących członkami największego spośród japońskich gangów w ramach yakuza - tj. Yamaguchi-gumi. Ponadto yakuza specjalizuje się także w dokonywaniu przestępstw skierowanych przeciwko dużym przedsiębiorstwom, zwłaszcza polegających na wymuszaniu pieniędzy za tzw. ochronę, jak również w bezprawnej ingerencji w spory o charakterze cywilnoprawnym, przemycie i handlu bronią, narkoty-

kami oraz w coraz szerszym zakresie podejmuje próby wywierania wpływu na politykę.

Wskazując na ustawodawstwo wypracowane dla zwalczania działalności yakuza Autor nawiązuje zwłaszcza do rozwiązań uchwalonej w 1991 r. ustawy o zapobieganiu bezprawnym czynom dokonywanym przez członków grup stosujących przemoc, która weszła w życie 1 III 1992 r. oraz innych regulacji prawnych, które zostały zmienione ze względu na zwalczanie przestępczości zorganizowanej (m.in. prawa handlowego, ustawy o kontroli posiadania broni palnej i mieczy oraz ustawy o kontroli środków odurzających i psychotropowych). Autor wskazuje przy tym, że od czasu uchwalenia zmian ustawowych w 1991 r. można zaobserwować wyraźny spadek liczby członków zorganizowanych grup przestępczych (np. w 1991 r. było ich 63.800, zaś w roku 1994 - 48.000).

Artykuł kończą wywody Autora na temat międzynarodowej działalności yakuza i jej pozycji w azjatyckiej przestępczości zorganizowanej. Jego zdaniem zdecydowanie wiodąca pozycja w tym zakresie przypada chińskim triadom, które skutecznie wykorzystują rozległą sieć powiązań Chińczyków na całym świecie. Międzynarodowa działalność yakuza jest zaś ograniczona wyłącznie do obywateli japońskich i japońskich przedsiębiorstw. Innymi słowy stanowi ona niejako odzwierciedlenie przestępczej działalności yakuza w kraju.

Emil W. Pływaczewski

GŁÓWNE PROBLEMY PRZESTĘPCZOŚCI W POLSCE

Do negatywnych następstw procesu transformacji ustrojowej, która zachodzi w Polsce od 1989 r., należy niewątpliwie zaliczyć wzrost dynamiki przestępczości oraz występowanie niekorzystnych zjawisk w jej strukturze[1]. Tendencja ta ma charakter ogólny, jako że obserwujemy ją we wszystkich krajach Europy Środkowo-Wschodniej. Rzecz jasna na wzrost przestępczości wpływa szereg czynników o charakterze wewnętrznym i zewnętrznym, toteż zjawisko wzrostu przestępczości nie stanowi prostej konsekwencji demokratyzacji stosunków społecznych.[2] Do przyczyn wzrostu zagrożenia przestępczością w Polsce, podobnie jak i w innych państwach będących w okresie transformacji, należy przede wszystkim zaliczyć dezorganizację społeczną, spadek standardów życia, bezrobocie oraz raptowną zmianę statusu niektórych grup społecznych.

Przypomnijmy, że w 1990 r. liczba stwierdzonych przestępstw wzrosła z 547.589 w roku poprzednim do 883.346, tj. o 61,3%.[3] W

1. Zob. zwłaszcza: H.J. Hirsch, P. Hofmański, E.W. Pływaczewski, C. Roxin (Hrsg.), Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung aus das Straf- und Strafprozeßrecht, Temida-2, Białystok 1996; G.W. Wittkämper, P. Krevert, A. Kohl, Europa und die innere Sicherheit, BKA-Forschungsreihe, Bundeskriminalamt Wiesbaden 1996.

2. Bliżej B. Hołyst, Kryminologia, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 175 i nast. oraz 201 i nast.; tenże, Die Kriminalität in Polen im Spiegel der politischen Veränderungen, Die Polizei 1992, nr 5.

3. Przykładowo liczba zabójstw wzrosła z 556 do 730, tj. o 31,3%, liczba rozbojów, kradzieży i wymuszeń rozbójniczych z 9.067 do 16.220, tj. o 78,9%, zaś liczba kradzieży z włamaniem z 218.581 do 431.056, tj. o 97,2%.

1995 odnotowano zaś 974.941 przestępstw, tj. o 78% więcej w stosunku do roku 1989 i o 7,6% więcej w porównaniu z rokiem 1994.[4]

Wzrostowi przestępczości towarzyszyły niekorzystne tendencje w strukturze przestępczości, co objawiało się występowaniem nowych bądź eskalacją tradycyjnych zjawisk w płaszczyźnie technik i form przestępczości. W tym względzie zwraca przede wszystkim uwagę wzrost zagrożenia przestępstwami przeciwko życiu i zdrowiu oraz mieniu w połączeniu z agresją, przemocą i bezwzględnością wobec ofiar.[5] Notuje się przy tym coraz częstsze używanie przez przestępców broni palnej w stosunku do pokrzywdzonych oraz interweniujących policjantów. Warto przy tym nadmienić, iż w przeszłości bronią palną posługiwało się wąskie grono przestępców, a jej użycie było wydarzeniem wyjątkowym. Jeszcze w 1983 r. stwierdzono tylko 11 zabójstw i 14 rozbojów z bronią, a użycia materiałów wybuchowych do celów przestępczych w ogóle nie odnotowano. Wzrost liczby tych przestępstw do 2-3 zdarzeń w ciągu doby spowodował, że przestały one być traktowane przez policję jako zdarzenia nadzwyczajne.[6]

Nasiliły się też przestępstwa porachunkowe - nowa, nie występująca w przeszłości w Polsce, kategoria przestępczości, która jest już stałym zjawiskiem towarzyszącym przestępczości zorganizowanej,

4. W pozostałych latach liczba stwierdzonych przestępstw, tj. zdarzeń, co do których w zakończonym postępowaniu przygotowawczym potwierdzono, że są przestępstwami przedstawiała się następująco: 1991 - 866.094, 1992 - 881.076, 1993 - 852.507, 1994 - 906.157, 1995 - 974.941, 1996 - 897.751. W 1995 r. współczynnik przestępstw stwierdzonych na 100 tys. ludności ukształtował się na poziomie 2.526, zaś w roku 1996 zmniejszył się do 2.325.

5. Znamienny jest zwłaszcza fakt, iż w ciągu ostatnich lat ponad dwukrotnie wzrosła liczba zabójstw (1988 - 530, 1990 - 730, 1991 - 971, 1992 - 989, 1993 - 1.106, 1994 - 1.160, 1995 - 1.134, 1996 - 1.134).

6. Zob. J. Gajerski, Przestępczość zorganizowana z użyciem przemocy w: Policja polska wobec przestępczości zorganizowanej (pod red. W. Pływaczewskiego i J. Świerczewskiego), Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji, Szczytno 1996, s. 177

głównie o charakterze kryminalnym.[7] Zapobieganie tego rodzaju czynom jest bardzo trudne, jako że wiąże się z potrzebą gruntownego rozpoznania operacyjnego zorganizowanych grup przestępczych działających na terytorium Polski.

Na tle tych porachunków pomiędzy grupami przestępczymi pojawił się w Polsce terroryzm kryminalny, objawiający się szczególnie zamachami bombowymi. W 1994 r. odnotowano 122 tego rodzaju zdarzenia, w 1995 r. - 117.[8] Najczęstszymi ich motywami były: porachunki (kolizje interesów, konflikty przywódców), demonstracja siły przy wymuszeniach haraczy, wywołanie psychozy strachu u określonych grup (np. policjantów, celników, prokuratorów), likwidowanie konkurencji lub świadków, chuligaństwo oraz występujące rzadko motywy polityczne.

Zwiększyła się liczba oraz pogłębiła profesjonalizacja grup przestępczych; więcej przestępstw, zarówno o charakterze kryminalnym, jak i gospodarczym jest dokonywanych grupowo w sposób zorganizowany i z góry zaplanowany.[9] Obserwuje się przy tym proces umiędzynarodowienia przestępczości zorganizowanej, czemu między inny-

7. Wśród przestępstw zakwalifikowanych do tej kategorii w 1995 r. znalazły się 54 zabójstwa, 38 napadów i egzekucji długów, 24 uprowadzenia i 6 ostrzelań obiektów (przeważnie restauracje i domy prywatne). Ofiarami tych czynów zabronionych padają zwykle przestępcy. Taktyka przestępcza - najczęściej rozstrzelanie lub wybuch - odczytywana jest w opinii publicznej jako przykad anarchizacji i aktywizacji środowisk przestępczych.

8. Jak wynika z Informacji rządu dotyczącej spraw związanych z bezpieczeństwem obywateli oraz przeciwdziałaniem przestępczości, zmniejszenie liczby aktów terroru kryminalnego osiągnięto dzięki podjęciu skoordynowanych działań na terenie całego kraju, uzyskując m.in. następujące efekty: ściganiem objęto 140 osób, spośród których 71 zostało aresztowanych, odzyskano 154 kg materiałów wybuchowych, 19 gotowych ładunków, 204 zapalniki, kilkadziesiąt kompletnych urządzeń do odpalania ładunków za pomocą fal radiowych, 25 granatów, 196 sztuk broni palnej, kilkaset broni gazowej oraz kilkadziesiąt tysięcy sztuk amunicji.

9. Według danych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Polsce działają 293 zorganizowane grupy przestępcze skupiające blisko 4.000 członków, w tym ponad 100 cudzoziemców, przeważnie z obszaru rosyjskojęzycznego. Por. J. Urwantowicz, Organizacja i funkcjonowanie grup przestępczych popełniających przestępstwa zorganizowane, Policyjny Biuletyn Szkoleniowy 1995, nr 1-2, s. 13. Zob. także U. Sieber, M. Bögel, Logistik der Organisierten Kriminalität,

mi sprzyjają takie czynniki, jak powszechny obrót gotówkowy w kraju, dozwolony transfer dewiz przez granicę, otwarcie granic przez które przenikają elementy rosyjskojęzycznej przestępczości zorganizowanej oraz niespójny jeszcze system ochrony porządku prawnego w Polsce.

Notuje się wzrost zagrożenia ze strony sprawców wymuszeń rozbójniczych od właścicieli i użytkowników obiektów usługowo-handlowych[10], jak również ze strony sprawców napadów na osoby podróżujące samochodami.[11] Zmniejszyła się natomiast liczba napadów dokonywanych na obiekty publiczne.[12]

W zakresie przestępstw przeciwko mieniu największym problemem pozostają nadal kradzieże samochodów (w Polsce kradnie się rocznie kilkadziesiąt tysięcy pojazdów), stanowiące jeden z głównych przejawów działalności zorganizowanych grup przestępczych.[13] Wy-

---

BKA-Forschungsreihe, Band 28, Bundeskriminalamt Wiesbaden 1993; E. Kube, Die Logistik als Präventionsansatz, Kriminalistik 1990, s. 629 i n.

10. W 1995 r. przeprowadzono w odniesieniu do sprawców tej kategorii czynów 9 działań operacyjnych, w ramach których rozpracowano 20 grup przestępczych, ustalono 84 osoby podejrzane o wymuszenie haraczu, z których 54 zostały tymczasowo aresztowane.

11. Na polskich drogach dokonano w 1995 r. 217 tego rodzaju napadów, wśród których m.in. było 101 napadów na samochody osobowe w celu ich zaboru, 44 napady na taksówkarzy, 69 na samochody dostawcze i ciężarowe oraz 3 na autokary celem rabunku przewożonych przez pasażerów pieniędzy. Jest to specjalizacja głównie przestępców pochodzących zza wschodniej granicy Polski.

12. Zob. B. Hołyst, Przestępczość zorganizowana z użyciem przemocy w: Przemoc w życiu codziennym (pod red. B. Hołysta), Polskie Towarzystwo Higieny Psychicznej, Warszawa 1996, s. 181 i nast. Wspomniany spadek liczby napadów dotyczy zwłaszcza banków (1993 - 13 wypadków, 1995 - 7), urzędów pocztowych (1994 - 29, 1995 - 6), stacji paliw płynnych (1994 - 79, 1995 - 36). W literaturze niemieckiej szeroko na temat przemocy zob. - H.J. Schneider, Kriminologie der Gewalt, S. Hircel Verlag Stuttgart, Leipzig 1994.

13. W 1995 r. skradziono w Polsce 50.684 samochody, tj. o 20,6% więcej niż w roku poprzednim. Zob. w tej kwestii - Kradzieże samochodów. Studia i materiały, (pod. red. W. Pływaczewskiego), Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji, Szczytno 1993; Kradzieże samochodów. Raport (pod red. W. Pływaczewskiego), Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz 1996. Por. także W. Flormann (Hrsg.) Internationale Kraftfahrzeugverschiebung (von P. Sehr), Schmidt-Römhild, Lübeck-Berlin-Essen-Wiesbaden 1995.

korzystują one ułomności polskiego systemu rejestracji i obrotu samochodami, łatwy dostęp do możliwości fałszowania dokumentów, praw jazdy, kart i dowodów rejestracyjnych oraz nieszczelność granic. Ten rodzaj przestępczości ściśle wiąże się również z utworzeniem szeregu ośrodków fałszowania praw jazdy, dowodów rejestracyjnych oraz innych dokumentów legalizujących skradzione pojazdy. Omawiany proceder ma ścisłe powiązania z nielegalnym transgranicznym obrotem skradzionymi samochodami w państwach Europy Zachodniej oraz Skandynawii. Z rozpoznania policyjnego wynika, że przez nasz kraj przebiegają tranzytowe szlaki międzynarodowych gangów zajmujących się przemytem samochodów. Są to: szlak północny z Niemiec przez Polskę na teren Litwy i do Obwodu Kaliningradzkiego Federacji Rosyjskiej, a następnie dalej do państw nadbałtyckich oraz szlak południowy z Niemiec przez południowe tereny Polski do Ukrainy i dalej na wschód do państw WNP. W międzynarodowych zorganizowanych grupach przestępczych znajdują się specjaliści od kradzieży samochodów, sprowadzania ich z zagranicy, przerabiania znaków identyfikacyjnych, produkcji fałszywych dokumentów, przeprowadzania czynności legalizacyjnych, a następnie przeprowadzania tych pojazdów zwłaszcza przez wschodnią granicę.

Coraz częściej ujawnia się udział obywateli państw obcych w grupach przestępczych działających na terenie Polski.[14] Do najbardziej charakterystycznych przestępstw dokonywanych przez cudzoziemców należą napady dokonywane na swoich współziomków. Ich sprawcami są głównie osoby posługujące się językiem rosyjskim.[15]

14. Zob. zwłaszcza Przestępczość cudzoziemców. Nowe wyzwanie dla teorii i praktyki (pod red. E. Pływaczewskiego), Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji, Szczytno 1995. Por. także - Ausländerkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, BKA-Fortragsreihe, Band 34, Bundeskriminalamt Wiesbaden 1989.

15. W 1995 r. obywatele rosyjscy dokonali na terytorium Polski około 700 przestępstw, obywatele Ukrainy - 1.300, zaś obywatele Białorusi - około 1.000. Zob. w tej kwestii J. Świeczyński, Przestępstwa popełniane w Polsce przez obywateli państw powstałych po upadku Związku Radzieckiego w: Policja polska wobec przestępczości..., s. 161 i nast.

Rzecz jasna procent przestępstw ujawnianych bądź zgłaszanych przez pokrzywdzonych nie odzwierciedla skali problemu, jako że bardzo często pokrzywdzeni nie składają zawiadomień o przestępstwie lub odwołują wcześniejsze zeznania i natychmiast wracają do WNP.

Niepokojąco nasila się demoralizacja nieletnich, której przejawem jest m.in. popełnianie przez nich przestępstw. Ich liczba wykazuje tendencję wzrostową. W 1975 roku odnotowano bowiem ponad 68 tysięcy przestępstw, to jest o 11,8% więcej niż w roku 1994. Wśród przyczyn eskalacji tej przestępczości występuje wiele zjawisk społecznych, które nie są wprawdzie niczym nowym, ale przejawiają się one w innym, charakterystycznym dla naszych czasów, wymiarze. Coraz częściej mamy bowiem do czynienia z patologiami, dotykającymi w poważnym stopniu również nieletnich. Przykładowo brutalizacja przestępczości ogólnej wywołuje podobne zachowanie w środowiskach nieletnich sprawców przestępstw. Kolejnych przyczyn należy szukać na płaszczyźnie socjologiczno-psychologicznej. W społeczności ludzi młodych dominuje wizerunek pieniądza i miraż szybkiego dorobienia się. Najłatwiejszą drogą, prowadzącą do tego celu jest droga przestępcza. Elementem sprzyjającym rozwojowi takiej mentalności jest brak zainteresowania młodzieżą ze strony szkoły, organizacji społecznych i władz lokalnych. Ograniczenie bowiem funduszy tych instytucji, z których wiele uprzednio było dotowanych przez państwo, doprowadziło w konsekwencji do zmniejszenia zakresu ich działalności.

Najwięcej przestępstw nieletni dokonują w wieku 15-16 lat, zaś obraz przestępczości nieletnich nie różni się - w zakresie przestępstw kryminalnych - od przestępczego rynku dorosłych. Różnice przejawiają się tylko w liczbach. Na pierwszym planie plasują się różne kategorie przestępstw przeciwko mieniu, głównie kradzieże. Mniej jest natomiast, pomimo wyraźnej tendencji wzrostowej, innych poważnych przestępstw kryminalnych. Na przykład 1983 roku popełniono w Polsce 487 zabójstw, z czego 2 dokonane zostały przez nieletnich. W roku 1994 popełniono już 1160 zabójstw, z czego sprawcami 33

byli nieletni. Należy przy tym zauważyć, że świat przestępczy dorosłych, coraz bardziej stapia się z otoczeniem, czego wyrazem jest zjawisko wciągania do przestępnego procederu nieletnich, którzy z premedytacją kierowani są na pierwszą linię. Wynika to z czystej kalkulacji, że w razie wpadki ryzyko surowej kary - z uwagi na łagodniejsze zasady odpowiedzialności karnej nieletnich - i tak jest mniejsze. Proces wchodzenia nieletniego w świat przestępczy jest oczywiście rozłożony w czasie. Stąd tak ważna jest rola zapobiegawcza a w szczególności kształtowanie właściwych postaw ze strony rodziny, szkoły, klubów i domów kultury.

Wyraźnie zaznaczył się wpływ tendencji światowych w zakresie przestępczości związanej z obrotem narkotykami.[16] Międzynarodowa Rada Kontroli Środków Odurzających jest zdania, że Polska jest obecnie jednym z głównych krajów tranzytowych dla światowego narkobiznesu. Tylko w 1995 r. do nas lub od nas usiłowano przemycić około 40 ton różnych narkotyków, czyli więcej niż poprzednie cztery lata. Z kolei UOP i Interpol stwierdzają, że międzynarodowe grupy przestępcze, kierowane z takich krajów jak Kolumbia, Turcja, Holandia, Niemcy czy kraje skandynawskie, mają powiązania z polskim podziemiem kryminalnym. Przez Polskę przemyca się też narkotyki z pominięciem rodzimych grup przestępczych. Czynią to gangi rosyjskojęzyczne, które sprowadzają transporty przez polskie porty morskie na obszar WNP, omijając porty Litwy, Łotwy, Estonii i Rosji. Specyfiką tranzytu narkotykowego jest jego etapowość. W celu zmylenia organów ścigania taki transport dociera do miejsca przeznaczenia drogą okrężną.

W ocenie zachodnich ekspertów kraj nasz umocnił swoją pozycję wśród czołowych producentów narkotyków syntetycznych, tj. amfetaminy i jej pochodnych. Zdaniem specjalistów z Komendy Głównej

16. Zob. B. Hołyst, Narkomania a przestępczość, Polskie Towarzystwo Higieny Psychicznej, Warszawa 1993, s. 51 i nast.

Policji za wytwarzaniem tego narkotyku stoją zazwyczaj przestępcy z ogromnymi pieniędzmi, którzy finansują laboratoria i odbierają gotowy produkt, a następnie organizują jego przemyt i dystrybucję. Powstają zorganizowane grupy przestępcze, dysponujące dużymi środkami i możliwościami korumpowania celników, władz lokalnych oraz organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. W 1995 r. polska policja zanotowała istotne sukcesy w walce z nielegalną produkcją amfetaminy. Między innymi wykryto wytwórnię amfetaminy ocenianą jako jedna z największych w Europie. Zorganizowały ją w Warszawie podwarszawskie gangi. Zabezpieczono gotowy narkotyk, wielkie ilości chemikaliów i półfabrykatów oraz profesjonalny sprzęt laboratoryjny. Produkowana u nas amfetamina przerzucana jest głównie do Niemiec i krajów skandynawskich.[17] Pomimo wzrostu zagrożeń przestępczością związaną z obrotem narkotykami służby zajmujące się jej ściganiem nadal borykają się z trudnymi do rozwiązania problemami. Chodzi tu przede wszystkim o zbyt późne uchwalenie ustawy o inspekcji celnej z 6 czerwca 1997 r. oraz brak uregulowania zasad współpracy organów zajmujących się zwalczaniem nielegalnego obrotu narkotykami.

Istotne zmiany w strukturze przestępczości dotyczą również przestępstw o charakterze gospodarczym, które jeszcze do niedawna odbierane były przede wszystkim jako zagrożenie dla mienia społecznego. Na ogólny obraz przestępczości gospodarczej w Polsce na współczesnym etapie przechodzenia do gospodarki rynkowej - zdaniem O. Górniok[18] - składają się:

17. Zob. J. Serdakowski, Zorganizowana przestępczość narkotykowa w Polsce w: Policja polska wobec przestępczości..., s. 195 i nast.

18. O. Górniok, Przestępczość gospodarcza w okresie przechodzenia do gospodarki rynkowej. Środki prawne zwalczania i zapobiegania jej, Polski Dom Wydawniczy Ławica, Katowice 1991. Zob. także H. Kołecki, Policyjno-kryminalistyczna problematyka współczesnej przestępczości ekonomiczno-finansowej w Polsce, Polski Dom Wydawniczy Ławica, Poznań 1992.

- przestępczość charakterystyczna dla systemów ekonomicznych, opartych głównie na własności społecznej (głównie kwalifikowane typy zagarnięć mienia społecznego),
- przejawy przestępczości wykształconej i funkcjonującej we wczesnych etapach przechodzenia do gospodarki rynkowej oraz
- występujące już postacie przestępczości specyficznej dla ustabilizowanych systemów wolnorynkowych.

W drugiej z wyżej wymienionych kategorii na czoło wysuwają się:

- przestępstwa popełniane w procesie przekształceń własnościowych (w szczególności zawieranie transakcji niekorzystnych dla majątku państwa a przynoszących znaczne korzyści innym osobom fizycznym i prawnym) oraz
- przestępstwa związane z przedsięwzięciami liberalizującymi działalność gospodarczą, jak również tworzeniem i uruchamianiem podstawowych instytucji systemu wolnorynkowego, bez jednoczesnego zabezpieczania odpowiednią regulacją prawną zagrożonych nadużyciami swobody gospodarowania odcinków (np. tzw. afera alkoholowa, czy lawinowe narastanie kradzieży metali kolorowych zagrażające bezpieczeństwu ruchu PKP, trwonienie funduszy przeznaczonych na realizację określonych celów społeczno-gospodarczych, kredyty preferencyjne.[19]

19. Na dotychczasowych etapach przechodzenia do gospodarki rynkowej obserwuje się również - co podkreśla O. Górniok - zachowania gospodarcze o cechach patologicznych, niekryminalizowane w ustawodawstwie polskim a nietypowe dla krajów o ustabilizowanej gospodarce rynkowej (np. zlecanie przez przedsiębiorstwa państwowe, dysponujące odpowiednią mocą produkcyjną, robót innym wykonawcom, co podnosi wprawdzie koszty wykonania tych prac, ale nie obciąża funduszu ich płac i stwarza duże możliwości wydatkowania posiadanych środków, czy też przedsiębiorstwo państwowe o pozycji monopolisty na danym odcinku, dokonuje obrotu wytwarzanymi środkami za pośrednictwem licznych spółek, pobierających z tego tytułu marże w wysokości 20-30%, co przysparza korzyści udziałowcom tych spółek, powiązanych bezpośrednio lub pośrednio z kierownictwem przedsiębiorstw a jednocześnie wpływa na wzrost ceny danego produktu). Można przypuszczać, że te kategorie patologicznych zachowań gospo-

Zarówno przestępczości wykształconej w okresie przechodzenia do gospodarki rynkowej, jak i typowej dla tej ostatniej gospodarki, towarzyszy nasilanie się korupcji. Dominuje tzw. korupcja w urzędzie. Pojawia się ona zazwyczaj tam, gdzie mamy do czynienia z państwowymi pieniędzmi lub innymi wartościami majątkowymi, których pozyskiwanie zależy od uznaniowych decyzji tych urzędów. Nasila się zaś szczególnie wówczas, gdy procedura pozyskiwania i przesłanki decyzji urzędowych nie są odpowiednio uregulowane przepisami prawa, tj. w sposób dostatecznie przejrzysty i umożliwiający kontrolę podstaw przed i po wydaniu decyzji. Obok tej, stosunkowo upowszechnionej postaci korupcji, zdaje się już funkcjonować tzw. korupcja gospodarcza. Polega ona na wykorzystywaniu przez sprawcę dysponującego odpowiedzialną funkcją, czy stanowiskiem tej sytuacji dla uzyskania lub utrwalania nienależnej mu, wysoce korzystnej pozycji w konkurencji gospodarczej.[20]

Według badań Centralnego Ośrodka Badania Opinii Publicznej (CBOS) z czerwca 1994 roku prawie połowa Polaków uważa, że łapownictwo w Polsce powszednieje. Hierarchia dziedzin, w których łapówki występują najczęściej, jest od wielu lat względnie stała. Porównując badania CBOS z lat 1988 i 1992 z wynikami ankiety przeprowadzone we wrześniu 1994 roku przez redakcję czasopisma Prawo i Życie[21] wśród jego czytelników, zdumiewa zgodność otrzymywanych wyników badań. Polacy bowiem od siedmiu lat uważają, że czołówkę przekupnych instytucji w Polsce stanowią: służba zdrowia (38,1%), wyższe uczelnie (12,9%), policja (8,6%), sądy i prokuratura (7,9%), administracja (6,9%), kościół (5,6%) oraz spółdzielczość

darczych będą w miarę narastania konkurencji w produkcji i w obrocie zanikały. Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 115-116

20. Tamże, s. 116

21. Zob. - Nie daje, kto nie musi, Prawo i Życie 1995, nr 44 str 4-5. Por. także W. Vahlenkamp, I. Knauß, Korruption - hinmehmen oder handeln? Ergebnisse eines Forschungsprojektes, BKA - Forschungsreihe, Bundeskkriminalamt Wiesbaden 1995.

mieszkaniowa. Jak z tego wynika, nieuczciwość i przekupstwo nie omijają również instytucji organów ścigania. Polacy - jak wykazują wyniki badań - uważają, że łapownictwo występuje w sądach i prokuraturach tak samo jak i w innych dziedzinach życia. Dla 20% ankietowanych osób źródłem wiedzy o tym procederze w sądach i prokuraturze są doświadczenia własne lub osób bliskich. W przeliczeniu na liczby bezwzględne odpowiada to 3 milionom ludzi, z czego 800 tysięcy - jak wynika z badań CBOS - zetknęło się z łapownictwem w wymiarze sprawiedliwości osobiście. Należy jednak zastrzec, iż badania nie ustaliły czy respondenci zetknęli się bezpośrednio z przekupnym sędzią lub prokuratorem czy też z inną osobą występującą rzeczywiście lub rzekomo w ich imieniu. Badania porównawcze opinii o sędziach, prokuratorach i policjantach wykazały, że nie są oni ani bardziej ani mniej skorumpowani niż przedstawiciele innych zawodów. Policjanci są postrzegani jako mniej odporni na nieuczciwe postępowanie. Jednak różnice w tym względzie nie są duże. Tak czy inaczej przedstawione wyżej wyniki badań nie mogą napawać optymizmem.

Jedną z zasadniczych kwestii jest problem oceny rozmiarów i dynamiki przestępczości gospodarczej. Jednakże wiarygodny szacunek liczbowy utrudniają zwłaszcza takie czynniki, jak sporny zakres pojęcia przestępczości gospodarczej oraz nieadekwatność samych danych statystycznych. Wykrywalność bowiem przestępstw gospodarczych oraz ich udowodnienia są na ogół bardzo niskie, m.in. z uwagi na zakamuflowany ich charakter, występujący często wysoki stopień zorganizowania grup zaangażowanych w tego typu działalność oraz solidarność w ich ukrywaniu wynikająca ze wspólnoty interesów.

Według statystyki przestępczości, które tylko w części odzwierciedla rozmiary zjawiska, liczba stwierdzonych przestępstw gospodarczych zwiększyła się z 71.239 w 1989 r. do 108.051 w 1992 r. W 1993 r. według statystyki nastąpiło znaczne zmniejszenie rozmiarów przestępczości gospodarczej - w zakończonych postępowaniach stwierdzono bowiem 64.055 tego rodzaju czynów. Natomiast w

1995 r. w porównaniu z rokiem 1994 nastąpił wzrost liczby stwierdzonych przestępstw gospodarczych o 11,9%. Ze względu na zaniechanie od 1 stycznia 1993 r. rejestracji w statystyce policyjno-prokuratorskiej niektórych przestępstw celnych i podatkowych (stanowiących dotychczas istotne kategorie przestępstw gospodarczych) dane te są, rzecz jasna, niepełne.

W grupie omawianych przestępstw najliczniejszą kategorię stanowią zagarnięcia mienia społecznego (tendencję wzrostową wykazują jedynie zagarnięcia mienia znacznej wartości). Najwięcej jednak postępowań karnych o poważne przestępstwa gospodarcze prowadzonych w ostatnich 2-3 latach dotyczyło obrotu bankowego. Były to głównie oszustwa związane z uzyskaniem kredytów bankowych bez zamiaru ich spłaty. Wielomiliardowe kredyty były udzielane bez dostatecznego sprawdzenia sytuacji finansowej kredytobiorcy i bez należytego zabezpieczenia pożyczanych kwot, na podstawie nieprawdziwych, często nieudolnie podrobionych dokumentów, bez zbadania ich rzetelności i wiarygodności. Szkody powstałe w następstwie przestępstw bankowych sięgają ogromnych sum. Udział strat łącznych w kapitale banków wynosił 53%, co wskazuje na zagrożenie kryzysowe systemu bankowego.[22]

W sferze przekształceń własnościowych najczęściej postać karalnej niegospodarności miały niektóre działania związane z tworzeniem spółek, polegające na: zaniżaniu wartości aportów rzeczowych wnoszonych przez przedsiębiorstwa państwowe, zawyżaniu wartości aportów inwestorów prywatnych, także zagranicznych, kredytowaniu działalności spółek przez państwowe jednostki gospodarcze (np. w formie nieuzasadnionego poręczenia kredytu bankowego), czy nieprawidłowym likwidowaniu przedsiębiorstw państwowych.

22. Zob. O. Górniok, Przestępczość przedsiębiorstw i karanie jej sprawców, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 1995, s. 19-20. W aspekcie prawnoporównawczym zob. Przestępczość gospodarcza. Doświadczenia europejskie i amerykańskie (pod. red. A. Siemaszki), Oficyna Naukowa, Warszawa 1995.

Poważne przestępstwa gospodarcze - celne i podatkowe wystąpiły w dziedzinie obrotu z zagranicą, zarówno towarowego, jak i pieniężnego. Niekontrolowany napływ z zagranicy dużej ilości towarów charakteryzujących się wysokim stopniem akumulacji zysku, a głównie alkoholu i tytoniu, wyrządził budżetowi i polskim podmiotom gospodarczym wielkie szkody.[23]

Tradycyjnie najczęstsze i najgroźniejsze finansowo przestępstwa - będące z reguły udziałem zorganizowanych grup przestępczych - dotyczą ukrywania rzeczywistych rozmiarów importu i eksportu, a przez to unikania lub zaniżania opłat celnych oraz ukrywania obrotów i dochodów przed opodatkowaniem - zarówno przez osoby fizyczne, jak i prawne. Często powstają firmy dla przeprowadzenia jednej lub kilku transakcji, likwidowane wkrótce po zainkasowaniu wpływów, na ogół bez pozostawienia śladów swojej działalności gospodarczej. Istnieją też fikcyjne spółki, działające na podstawie sfałszowanych dokumentów, które sprawnie poruszają się we wszystkich właściwie płaszczyznach - od wyłudzenia kredytów, poprzez fikcyjne odprawy celne (przekazowe i tranzytowe), do nadużyć podatkowych.

Na podstawie danych szacunkowych stwierdza się, że rozmiary tej przestępczości są ogromne. Działalność grup przestępczych obejmuje zorganizowany przemyt papierosów, alkoholu, elektroniki, kradzież i przemyt samochodów, produkcję, przemyt i handel narkotykami, oszustwa na szkodę banków i innych podmiotów gospodarczych, fałszerstwa dokumentów wykorzystywanych do popełniania wymienionych przestępstw, przemyt broni i materiałów radioaktywnych, a także wymuszanie opłat za ochronę prywatnych obiektów, służących do magazynowania i przetwarzania towarów.[24] Wymienione przestępstwa mają bezpośredni lub pośredni związek z przemie-

23. Zob. opracowanie Rady Ministrów nt. Bezpieczeństwo obywateli i porządek publiczny w Państwie (Stan i program strategiczny), Warszawa, czerwiec 1994.

24. Na temat przemytu - zob. B. Hołyst, Kryminalistyka, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1996, s. 224 i nast. Por. też H. Kołecki, op. cit., s. 21 i nast.

szczaniem osób i towarów przez granicę, a więc z naruszaniem prawa celnego i przepisów o ruchu granicznym. Przykładowo w 1995 r. nastąpiła eskalacja przywozu do Polski samochodów przez osoby przesiedlające się do kraju. Zjawisko to łączy się przede wszystkim z naszymi rodakami zamieszkującymi od kilku lat w Kanadzie, USA i Niemczech. Osoby te w polskich konsulatach wyraziły oficjalną wolę powrotu do Polski, konsularne zaświadczenie potwierdziło zaś fakt przesiedlania się do Polski na stałe. Z ustaleń służb operacyjnych administracji celnej wynika zaś, że był to w 80% fikcyjny ruch przesiedleńczy, motywowany możliwością uzyskania dodatkowych dochodów poza wiedzą służb podatkowych kraju faktycznego zamieszkania, czyli USA, Kanady i Niemiec. Operacje te były inicjowane, finansowane i nadzorowane przez zorganizowane grupy kapitałowo-przestępcze.

Z innych ustaleń funkcjonariuszy operacyjnych wspomnianych służb wynika natomiast, że w Polsce istnieje jedna wiodąca (lub kilka regionalnych) dobrze zorganizowana grupa przestępcza trudniąca się przemytem na dużą skalę podzespołów elektronicznych wykorzystywanych do nielegalnego montowania sprzętu komputerowego (mikroprocesory, układy scalone, płytki pamięci itp.). Grupa ta ma powiązania międzynarodowe. Przemyt realizowany jest z dwóch zasadniczych kierunków: z Europy Zachodniej (państwa Unii) oraz z Dalekiego Wschodu (Singapur, Malezja, Tajwan, Chiny). W charakterze kurierów wykorzystuje się osoby rekrutujące się ze środowisk hobbystów komputerowych (studenci, młodzież), które przewożą towary w podręcznych bagażach, skrytkach samochodowych itp. Taką technikę stosuje się przy nielegalnym wywozie z państw Unii Europejskiej. Z kierunku wschodniego towar jedzie natomiast pociągiem lub jest przerzucany drogą lotniczą. Dotychczasowe ustalenia administracji celnej wskazują również na funkcjonowanie szlaku przemytniczego francuskiego spirytusu do polskich nielegalnych rozlewni alkoholu. Ze względu na wysoki stopień wyspecjalizowania grupy przestępczej zajmującej się nielegalnymi przerzutami alkoholu z pominię-

ciem właściwej procedury kontrolnej na przejściach granicznych w sprawie tej koordynowane są działania administracji celnej, Komendy Głównej Policji i Urzędu Ochrony Państwa.[25]

Nieuniknioną konsekwencją sygnalizowanych wyżej kategorii patologicznych zachowań gospodarczych jest wzrastający w gospodarce zakres tzw. szarej strefy - czyli rozwój nieewidencjonowanych form. Przybierają one postać obrotu z tytułu nie zarejestrowanej produkcji i świadczenia usług przez legalne bądź nie zarejestrowane podmioty gospodarcze (prawne bądź fizyczne), obrotu towarami i usługami koncesjonowanymi bądź zabronionymi, transakcji na styku gospodarki prywatnej i uspołecznionej, transakcji w sferze kontaktów z zagranicą, pracy na czarno, itp., skutkują zaś istnieniem drugiego obiegu gospodarczego - także o kryminogennym charakterze. Według szacunków Zakładu Badań Statystyczno-Ekonomicznych Głównego Urzędu Statystycznego i Polskiej Akademii Nauk rozmiary szarej strefy gospodarki w 1992 r. kształtowały się na poziomie 20% produktu krajowego brutto, a w 1993 r. - już ponad 30%.

Do walki z niektórymi zajwiskami w ramach szarej strefy powołano ustawą z dnia 14 grudnia 1994 roku o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu służby kontroli legalności zatrudnienia, które funkcjonują od lipca 1995 r. W trakcie 4 miesięcy 1996 roku inspektorzy pracy przeprowadzili 9.147 kontroli, czyli prawie tyle samo co w drugim półroczu 1995 roku. Po tegorocznych kontrolach inspektorzy pracy skierowali do kolegiów ds. wykroczeń 1.017 wniosków o ukaranie. Głównie dotyczą one pracodawców, którzy zatrudniają ludzi bez umowy, by w ten sposób uniknąć płacenia podatków oraz składek na ZUS i Fundusz Pracy.

25. Bliżej w tej kwestii Informacja nt. zorganizowanej przestępczości celnej i granicznej dewizowej oraz głównych kierunków działań podejmowanych przez administrację celną w zakresie jej zwalczania, Główny Urząd Ceł, Warszawa, maj 1996.

W szerszym niż dotąd zakresie ujawnianiem niezgłoszonej do podatkowania działalności gospodarczej oraz tych przychodów, które nie znajdują pokrycia w pełnej wysokości w ujawnionych źródłach przychodów będzie się zajmować kontrola skarbowa. Zgodnie bowiem z przygotowywanym projektem ustawy o kontroli skarbowej, urząd ten będzie też badał źródła pochodzenia kapitału i otrzyma większy dostęp do informacji stanowiących tajemnicę bankową. Na banki zostanie więc nałożony obowiązek udzielania informacji na żądanie dyrektora urzędu kontroli skarbowej, w związku z toczącym się postępowanie karnym, karnym skarbowym a nawet kontroli. Aktualnie bowiem banki udzielają takich informacji tylko na żądanie Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej. Obowiązek udostępniania posiadanych informacji organom kontroli skarbowej zostanie też nałożony na organy administracji państwowej, samorządowej, a także na inne państwowe jednostki organizacyjne. Planuje się również skrócić i uprości procedury kontrolne i dochodzeniowe. Dodajmy, że projektowane rozwiązania w zakresie kontroli skarbowej zostały narzucone dwoma programami: Strategia dla Polski oraz Bezpieczeństwo obrotu gospodarczego i absorpcja szarej strefy.

Sygnalizując aktualne tendencje przestępczości nie sposób byłoby pominąć zjawiska prania brudnych pieniędzy - jednej z najtrudniejszych do wykrycia kategorii przestępczości w sferze finansowo-gospodarczej.[26] W jej zakresie mieszczą się wszelkiego rodzaju operacje podejmowane w celu legalizacji uzyskanych w sposób bezprawny

26. Szerzej na ten temat - E. Pływaczewski, Pranie brudnych pieniędzy. Możliwości przeciwdziałania z uwzględnieniem roli systemu bankowego., Wydawnictwo TNOiK, Toruń 1993; tenże, Proceder prania brudnych pieniędzy. Studia i materiały (pod red. E. Pływaczewskiego), Wydawnictwo TNOiK, Toruń 1993. Zob. także: G. Arzt, Das scheizerische Geldwäschereverbot im Lichte amerikanischer Erfahrungen, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1989, Band 106, Heft 2; P. Bernasconi, Finanzuntewelt. Gegen Wirtschaftskriminalität und organisierstes Verbrechen, Zürich-Wiesbaden 1989; M. Pieth (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?, Stuttgart 1992; J.-B. Ackermann, Geldwäschrei - Money Laundering, Zürich 1992.

środków finansowych. Niepodważalny jest fakt, że Polska pod koniec lat osiemdziesiątych stała się atrakcyjnym obszarem dla osób dysponujących brudnymi pieniędzmi. Przesądziły o tym takie czynniki, jak liberalizacja przepisów dewizowych, która w 1989 r. doprowadziła do powstania kantorów wymiany walut, swoboda obrotu gospodarczego z nieograniczonymi praktycznie możliwościami działania, a także luki w systemie finansowo-podatkowym. Realizując bowiem hasło szybkiej przebudowy systemu prawnego Rzeczypospolitej, prawodawcy nie ustrzegli się błędów legislacyjnych powodowanych pośpiechem, presją polityczną, niedoświadczeniem lub brakiem wyobraźni. Przyniosły one wiele strat jednym, zwłaszcza państwu, łatwych zaś korzyści innym, zwłaszcza uczestnikom zarówno rodzimej jak i międzynarodowej przestępczości, nierzadko zorganizowanej, wykorzystującym możliwości zdobycia fortun, które nadzwyczaj łatwo było zalegalizować.

Na tym tle pojawiły się opinie o Polsce jako raju podatkowym czy bezpiecznej przystani dla międzynarodowej przestępczości zorganizowanej i związanych z tym brudnych pieniędzy. W obliczu tego rodzaju uwarunkowań nie powinny być zaskoczeniem doniesienia, iż w Polsce - zdaniem naszych bankowców i policjantów - pierze się rocznie od 2 do 3 mld USD, głównie w kasynach, prywatnych bankach i przy prywatyzacji. Narzuca to oczywistą potrzebę wypracacowania szerszej strategii zwalczania tego procederu w formie uzgodnień pomiędzy prezesem NBP, ministrem sprawiedliwości, ministrem spraw wewnętrznych, komendantem głównym Policji i prezesem Głównego Urzędu Ceł. W katalogu zaś najpilniejszych postulatów pozostaje zwłaszcza kwestia utworzenia wspólnego zespołu lub organu do gromadzenia, wymiany i wykorzystywania informacji nadsyłanych z banków oraz do decydowania o przekazywaniu ich do organów prokuratorskich, jak również potrzeba rozluźnienia rygorów tajemnicy bankowej, co znacznie zbliżyłoby nasz system prawny do standardów europejskich.

Przedstawione wyżej główne tendencje przestępczości w Polsce, a w szczególności niepokojące zmiany w zakresie dynamiki i struktury, są w zasadniczych kierunkach niejako odzwierciedleniem współczesnych trendów przestępczości na świecie. Systematyczny wzrost przestępczości skłania do poszukiwania skuteczniejszych środków jej przeciwdziałania. Poszukując tych środków nieuchronnie popada się w konflikt między prawami człowieka i gwarancjami procesowymi a skutecznością organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, która czasem wymaga ograniczenia tych praw.[27] Rzecz jasna, poczucie bezpieczeństwa obywateli nie zależy tylko od sprawnych działań tych organów. Ma na nie wpływ wiele czynników, poczynając od dobrego prawa a kończąc na egzekucji wyroków sądowych.

Polityka tworzenia prawa wymaga nie tylko ścisłego przestrzegania zasad techniki i procedury legislacyjnej, ale i szerokich działań mających na celu zapewnienie skuteczności prawa. Obowiązywać powinna znana zasada: jak najwięcej skuteczności przy jak najmniejszej represyjności prawa. Tymczasem pośpiech, zbyt mała liczba prawników w organach ustawodawczych oraz stałe nowelizacje powodują, że wspomniane zasady techniki i procedury legislacyjnej są naruszane. Powoduje to liczne wątpliwości interpretacyjnej oraz powstawanie - pozornych lub prawdziwych - luk w niechlujnie tworzonych przepisach.

Wielką dolegliwościa dla obywateli, którzy mają do czynienia z wymiarem sprawiedliwości jest przewlekłość postępowań sądowych, a ostatnio także prokuratorskich. Wystąpiła bowiem sprzeczność pomiędzy rozszerzanym przez nowe ustawy prawem obywateli do sądów a ich niewydolnością, wręcz zapaścią. Demokratyczne reformy

27. Zob. P. Hofmański, Konwencja Europejska a prawo karne, Wyd. TNOiK, Toruń 1995; Standardy praw człowieka a prawo karne (pod. red. J. Skupińskiego), Wyd. Naukowe Scholar, Warszawa 1995. Por. także E. Pływaczewski, Przestępczość zorganizowana i jej zwalczanie w Europie Zachodniej (ze szczególnym uwzględnieniem Republiki Federalnej Niemiec). Wyd. Prawnicze, Warszawa 1992, str. 94 i n. i 170 i n.

nie spowodowały, niestety, znacząco większych nakładów na wymiar sprawiedliwości w rezultacie dostęp do sądów (mierzony zwłaszcza długością oczekiwania na rozpoznanie sprawy i wysokością opłat sądowych) stał się iluzoryczny[28].

Nie ulega wątpliwości, że praworządność kosztuje i na ten cel w Polsce powinny znaleźć się środki finansowe. W przeciwnym razie akty prawa międzynarodowego ratyfikowane dotychczas przez Polskę, warunkujące uzyskanie statusu państwa prawa, będą zawieszone w przysłowiowej próżni wobec konieczności wyboru między prawami obywateli a tzw. realiami.

*****

MAIN PROBLEMS OF CRIME IN POLAND
Summary

Discussing the main problems of crime in Poland, the author, among others, points out that the criminal groups have increased in number and their professionalism has deepened; more crimes, both of criminal and economic nature, are committed in groups in an organized and preplanned way. At the same time the process of internationalization of organized crime is being observed, which, among others, is facilitated by such factors as universal cash transactions in the country, allowable transfer of foreign currency across borders, opened borders which are penetrated by organized crime groups speaking Russian and the system of protection of legal order which still is not uniform in Poland.

The main trends of crime in Poland, and in particular the alarming changes in the level of crime and in the picture of the different

28. Szerzej na ten temat - zob. Quo Vadis Justitia. Stan i perspektywy wymiaru sprawiedliwości w Polsce (pod red. A. Siemaszki), Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 1996.

crime types, are - in the author's opinion - basically a reflection of modern trends in crime all over the world.

Continuously rising crime rates create the need to look for more effective methods of counteracting crime. In the process of looking for such new methods, one always comes across the conflict between human rights and procedural guarantees on one hand, and the effectiveness of prosecuting agencies and the administration of justice on the other. Interests of the administration of justice sometimes require that human rights and procedural protections be restricted. It is obvious that citizens' feeling of security does not depend only on effective actions of these agencies. It is determined by many factors, beginning with good laws and ending with the execution of court judgements.

Law-making policies demand not only strict obedience to the principles of legislative techniques and procedures but also intensive efforts aimed at making law more affective. The following well-known rule should be mandatory: the most effectiveness with the least represiveness of law. In reality however, not enough lawyers sitting in legislative bodies and overly frequent amendments to various laws, result in violations of the above-mentioned techniques and legislative procedures. This creates many interpretation doubts and causes real or apparent gaps in the deficient legal regulations.

In conclusion the author also stresses that delays in judicial proceedings (and lately also in proceedings in Public Prosecutors Offices) have become a great inconvenience for those citizens who have to deal with the administration of justice, since there is a conflict between citizen right to access the administration of justice (granted by some new laws) and the inefficiency or even failure of courts. Unfortunately, democratic reforms have not resulted in substantially higher expenditures on the administration of justice. Consequently, citizen access to courts (measured by the time needed to wait for a case to be examined, and by the amounts of court fees) has become highly problematic.

There is no doubt that financial resources should be found for this goal in Poland. Otherwise, some documents of international law which Poland has already ratified (which is a condition of obtaining the status of a „rule-of-law state") will be left hanging in a vacuum, while the choice will continuously have to be made between citizen rights and the so-called reality.

Sławomir Redo*

A THIN BLUE LINE: BRINGING ALLEGED OFFENDERS TO JUSTICE IN THE UNITED NATIONS LAW AND PRACTICE OF PROSECUTION

The problem

„To colleagues working in the adjoining prison complex, guards at a new Dutch jail appear to have an easy life. They are watching over a unit that is missing one essential element: prisoners. Instead of overseeing the detention of murders and rapists, staff play basketball and keep fit by jogging. This is the UN jail for convicted war criminals from the former Yugoslavia situated in the seaside town of Scheveningen, near the Hague... One of the staff of 12 guards became so bored recently that he begged for a transfer back to the regular prison service. Other warders, according to the Dutch news agency report, are simply growing frustrated... A blue line divides the UN compound from the rest of the prison, with no contact permitted between its staff and the rest of the jail. However, certain facilities have to be shared because there is neither the room nor the finances to duplicate them..."In time, we will be looking for more prison staff," sa-

*. Master of Law (1972), Nicholas Copernicus University, Toruń, Poland (1972); Doctor of Law (1976), Nicholas Copernicus University. The views expressed herein are those of the author. They do not necessarily represent the position of the United Nations secretariat. The paper reflects the legal status of the subjects as the subject as of 1 January 1996. Address of the author: Crime Prevention and Criminal Justice Branch, United Nations Office at Vienna, P.O. Box 600, A-1400 Vienna, Austria; e-mail address: sredo@opcj.un.or.at (internet).

id War Crimes Tribunal spokesman..."Everybody is impatient to get things moving."[1]

Background

The above press account of idle prison guards awaiting delivery of foreign war offenders, however surrealistic it appeared at the time of its publishing, illustrates the crux of what is currently regarded as „transnationalization of crime" and „globalization of criminal justice".

Transnational crime is not a new concept, though. It has existed since political boundaries were first drawn and political units took actions to defend their borders. Ancient Mesopotamia had laws and agreements related to the extradition of criminals, and so did other states, but, by and large, such legal arrangements were bilateral[2]. In fact, prosecution had remained a domestic and bilateral matter until the time of the Nüremberg trials. Since then, however, there has been a basic change in the nature of the international legal order. That change has opened avenues for bringing to justice for individual breaches of international crimes, in fulfillment of multilateral norms and standards.

Post Nüremberg, the processes of transnationalization of crime and globalization of justice have been very complex. But it is clear that there will be more foreign offenders who will enjoy freedom of movement than before and take the opportunities abroad by exploiting evident weaknesses in existing legal controls, including those of criminal justice administration. Recent upheavals in the former Yugoslavia and Rwanda add another dimension to transnationalization

1. Isabel Conway, The European, 24, March 1995.

2. William F. McDonald, The Globalization of Criminology: The New Frontier is the Frontier, Transnational Organized Crime, vol.1, No.1 Spring 1995, p. 15; Israel Drapkin, Thorsten Sellin (foreword), Crime and Punishment in the Ancient World, Lexington Books, D.C. Heath and Company, Lexington, Massachussets/Toronto 1989, pp. 15 et. seq..; Herbert A. Johnson, History of Criminal Justice, Anderson Publishing Co., Cincinnati, Ohio, 1988.

of crime in the context of global change. Inevitably also, there will be more attention paid to accountability and transparency of criminal justice operations, whereby actions of prosecutors, at the domestic and international levels, will have to be reviewed in line with the United Nations norms and standards in this area.

An independent review of compliance with such instruments carried out in 1991 among 103 Member States (and in one territory) of the United Nations, suggested that there were five basic human rights principles, observance of which was or should be entrusted to a prosecutor, if not a judge. The first was conceptualized as freedom from arbitrary arrest or detention, and was least frequently observed.[3] Four others, in a descending order of observance, were: freedom from censorship of mail or telephone wiretapping, the right to be brought promptly before a judge, the right not to be subjected to police searches of home without a warrant, and the right to be considered innocent until proved guilty[4]. With exceptions of Botswana, former Czechoslovakia, Germany, Irish Republic, the Netherlands, New Zealand, Norway and Sweden, in all other countries there were viola-

3. Any estimate of the rate of observance of human rights is fraught with methodological difficulties, known well in criminology, as „under-" and „overreporting". It is worthwhile to note, however, that despite these obvious difficulties, there is a steady increase of interest in and refinement of this area. See, e.g., Paul Streeten, Human development: the debate about the index, International Social Science Journal, No. 2 (1995), pp. 25-37.

4. These principles are, respectively, provided in art. 9 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights, art. 12 of the Universal Declaration of Human Rights, art. 9(3) of the Covenant, art.17 (1) of the Covenant, and art.11 (1) of the Declaration. See further: Charles Humana (comp. and ed.), World Human Rights Guide, Third Edition, Oxford University Press, New York-Oxford 1992. The conclusion if a country respected above provision is drawn on the basis of analysis of a number of reports, published by inter-governmental and non-governmental organizations and press information. Some thirty such reports form a basis for human rights rating in the entire „Guide". The following 103 countries and 1 territory were covered by the survey of the human rights records: Afghanistan, Algeria, Angola, Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Belgium, Benin, Bolivia, Botswana, Brazil, Bulgaria, Burma (Myanmar), Cambodia, Cameroon, Canada, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Cuba, Czechoslovakia (former), Denmark, Dominican Republic, Ecuador, Egypt, EI Salvador, Finland,

tions claimed of either one or more than one of the above human rights principles, alleged to the arbitrary uses of executive powers.

The functions of a prosecutor are, though, much more complex than the arbitrary performance of his duties. Domestically and internationally, there are differences in legal scope of prosecution (extent of discretion, including possibility of non-prosecution). There are also national differences between „private" and „public" prosecution in common and civil law tradition countries, and differences between inquisitorial and/or accusatorial systems of prosecution. Such differences have a bearing on the domestic and comparative assessment of the institution of prosecution and its legitimacy of using executive powers.[5]

France, Germany, Ghana, Greece, Guatemala, Honduras, Hong-Kong, Hungary, India, Indonesia, Iran, Iraq, Irish Republic, Israel, Italy, Ivory Coast, Jamaica, Japan, Jordan, Kenya, Korea, Democratic Republic of, Korea, Republic of, Kuwait, Libya, Malawi, Malaysia, Mexico, Morocco, Mozambique, Nepal, the Netherlands, New Zealand, Nicaragua, Nigeria, Norway, Oman, Pakistan, Panama, Papua New Guinea, Paraguay, Peru, Philippines, Poland, Portugal, Romania, Rwanda, Saudi Arabia, Senegal, Sierra Leone, Singapore, Spain, Sri Lanka, Sudan, Sweden, Switzerland, Syria, Tanzania, Thailand, Togo, Trinidad and Tobago, Tunisia, Turkey, Uganda, USSR (former), United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States, Uruguay, Venezuela, Vietnam, Yemen, Yugoslavia (former), Zaire, Zambia, Zimbabwe. The ratings of observance consisted of unqualified „yes", qualified „yes", qualified „no" and unqualified „no". Correspondingly, and additionally, for the purpose of this paper, the ratings received „1" (unqualified „yes") through „4" (unqualified „no"), and were summed-up and valued in a descending order (257, 248, 245, 241, and 213).

5. For a comparative overview of these issues see: doc. A/ CONF. 169/6, Ninth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Criminal Justice and Police Systems: Management and Improvement of Police and Other Law Enforcement Agencies, Prosecution, Courts and Corrections; and the Role of Lawyers, Working paper prepared by the Secretariat; doc. A/CONF.169/NGO.2, Statement by Asia Crime Prevention Foundation, Ensuring Justice under the Rule of Law in a Changing World: The Public Prosecutor's Role; Final report (in:) International Association of Penal Law, International Society of Criminology, International Society of Social Defence, International Penal and Penitentiary Foundation, Contribution to the Ninth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Cairo, Egypt, 29 April - 8 May 1995, Criminal Justice and Police Systems: Management and Improvement of Police and other Law Enforcement Agencies, Prosecution, Courts and Corrections; and the Role of Lawyers (Topic 3 on the provisional Agenda of the Ninth

Against the above background, this paper reviews United Nations norms and standards for bringing individual perpetrators to justice (foreign and others) through the use of supranational principles of prosecution and for prosecution. In drawing on those principles, and in line with its title, the paper seeks to show how they interrelate to national legal systems.

United Nations norms and standards on prosecution

Basic norms on prosecution are contained in the International Covenant on Civil and Political Rights ("Covenant").[6] There are, however, also other conventional and customary international law instruments, relevant to the question of prosecution, which will here be interlinked with the Covenant.[7] The task of reviewing compliance with

---

United Nations Congress) Report on the Eighth Joint Colloquium (Courmayeur, Mont Blanc, Italy,15-17, 1994), pp. 23-25. See also: Peter J. P. Tak, The Legal Scope of Non-Prosecution, Helsinki Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations (HEUNI), Series No. 8 (Helsinki 1986); and: Non-Prosecution in Europe: Report of the European Seminar held in Helsinki, Finland, 22-24 March 1986, HEUNI, Publication Series No. 9, Helsinki 1986; Philip L. Reichel, Comparative Criminal Justice Systems. A Topical Approach, Prentice Hall Career & Technology, Englewood Cliffs, New Jersey, pp. 215-218; George F. Cole, Stanislaw J. Frankowski, Marc G. Gertz (eds), Gerhard O.W. Mueller (foreword), Major Criminal Justice Systems, A Sage Focus Edition, Newbury Park-Beverly Hills-London-New Delhi 1987; Richard J. Terrill, World Criminal Justice Systems. A Survey, Criminal Justice Studies, Anderson Publishing Co., Cincinnati, Ohio, 1984; Mirjam Damaska, Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure, Yale Law Review, vol. 480 (1975), pp. 503, et. seq.

6. International Covenant on Criminal and Political Rights, General Assembly resolution 2200 A (XXI) of 16 December 1966, reprinted in „Compendium of United Nations Standards and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice", United Nations, New York 1992, United Nations publication, Sales No. E.92.IV.1, pp. 249-256.

7. Their legal status was reviewed in: Slawomir Redo, United Nations criminal justice norms and standards and customary law, (in:) M. Cherif Bassiouni (ed.), The Contributions of Specialized Institutes and Non-Governmental Organizations to the United Nations Criminal Justice Proaramme in Honour of Adolfo Beria de Argentine, Kluwer Law International, Martinis Nijhoff Publishers, The Hague-Boston-London, 1995, pp. 109-136. See also Roger S. Clark, The United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme: Formulation of Standards and Efforts at Their Implementation, Procedural Law Series, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1994, pp. 141-144.

the Covenant's norms by Member States -- parties to it, rests with the Human Rights Committee (HRC), an important contributor to globalization of criminal justice.[8]

The following sections will review United Nations legal regulations governing the actions of a prosecutor, starting, when applicable, with the normative views of the HRC expressed in relation to the provisions of the Covenant. These actions are relevant to: investigation, indictment and issuance of an arrest warrant[9].

Investigation

At first glance, there seems to be no specific provision of the Covenant which would deal with criminal „investigation" or „interrogation".[10] However, there are provisions which stipulate prohibition of

8. For a record of the decisions of the Human Rights Committee see: International Covenant on Civil and Political Riahts, Selected Decisions under the Optional Protocol, vol. I and II, United Nations 1985 and 1990, Sales Publications No. E.84.XIV.2 and E.89. XIV. 1, respectively. There are a number of other books reviewing generally the work of the United Nations human rights bodies, including the Human Rights Committee, See, for instance, M. Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, N.P. Engel, Publisher, Kehl am Rhein - Straßburg Arlington 1993; D. McGoldric, The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights, Clarendon Press, Oxford 1991, and P. Alston (ed.), The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal, Clarendon Press, Oxford 1992; Anna Michalska, Komitet Praw Człowieka. Kompetencje, funkcionowanie, orzecznictwo (Human Rights Committee. Competence, functioning, decisions), Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 1994.

9. As these actions do not aim at extradition (the surrender or the transfer) of the accused, this paper contributes only to the *"judicare"* part of the alternative *"aut dedere aut* judicare".

10. The term „investigation" appears, e.g., in art. 19 of the Convention on the Rights of the Child, where the Convention obliges the States Parties to „take all appropriate legislative, administrative...measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse..." (General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, reprinted (in:) Compendium..., op. cit., pp. 271-278). This term appears also in para. 1 of the „Principles of international co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity" (General Assembly resolution 3074 (XXVIII) of 3 December 1973, A Compilation of International Instruments, United Nations, New York 1993, Sales No. E.93.XIV.1, vol. I (Second Part), pp. 678-679), and in principles 16 para. 4 and 36

„cruel, inhuman or degrading" treatment of [alleged - SR] offenders (art. 7). Further, although the Covenant's text does not make any contextual references to an „investigating judge", „prosecutor" and/or „police", it does speak of the presumption of innocence of everyone charged with a criminal offense (art. 14 (2))[11], the prohibition of compelled testimony and self-incrimination (art. 14 (3 g)), and the right to be informed promptly and in detail of the nature and cause of the charge (art. 14 (3) (a)).[12]

These provisions are binding on parties to the Covenant, and, respectively, on prosecution services involved in criminal investigations, even though unspecified.[13]

By avoiding explicit references to „prosecution" and related authorities, the drafters of the Covenant went around the problem of diversity of legal arrangements for prosecution, and addressed the core principles underlying actions of prosecutors.

---

para. 2 of the „Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment" ("Body of Principles for the Protection...", General Assembly resolution 43/173 of 9 December 1988, reprinted (in:) Compendium ..., op. *cit.*, pp. 267-270). In the latter instrument there is also a reference to „interrogation" (principle 21).

11. In accordance with general opinion, the presumption of innocence, as well as most of the other rights in art. 14, are available not only to the defendant in the strictest sense of the word „but also to an accused person prior to the filing of a criminal charge" (Nowak, op. *cit.*, p. 254).

12. In its General Comment 13/21 of 12 April 1984, the HRC refers to a „charge [...] made by a competent authority", and „a court or an authority of the prosecution" as those deciding to „take procedural steps against a person suspected of a crime...". Report of the Human Rights Committee, General Assembly, Official Records: Thirty Ninth Session, Supplement No. 40 {A/39/40), Annex VI, pp. 143-147, para. 8.

13. Parties to the Covenant make, however, reservations to its provisions. In time of public emergency (art. 4), the above provisions, except art. 7 (prohibition of torture), are also derogable. Both, derogations and reservations, may release those parties from its legal obligation to observe specific provisions of the Covenant. There are also provisions of the Covenant binding States which are not parties (e.g., prohibition of torture) to the Covenant, because of its „erga omnes" customary international law nature. See further: S. Redo, op. cit..

As noted above, **the presumption of innocence** appears to be one of those principles, most widely observed in the world. Based, both, on the review of State reports on implementation of the Covenant and a small number of individual complaints submitted under the Optional Protocol to it, the HRC expressed its views concerning that principle.[14] These views add to its importance, but, paradoxically, may cast doubt, if indeed presumption of innocence is so widely observed as it may be assumed.

In the General Comment 13/21 of 12 April 1984, the HRC complained that Member States provided it with information on this fundamental principle, which suggested that it seemed „very ambiguous or entails conditions which render it ineffective".[15] In reasserting its importance the HRC went on to state that:

[b]y reason of the presumption of innocence, the burden of proof of the charge is on the prosecution and the accused has the benefit of doubt. No guilt can be presumed until the charge has been proved beyond reasonable doubt. Further, the presumption of innocence implies a right to be treated in accordance with this principle. It is therefore a duty of all public authorities to refrain from prejudging the outcome of a trial".[16]

There are several issues here which are important, but there have only been a few cases dealing directly with such violation in criminal investigation.

In two cases, both against Uruguay,[17] in which the HRC pronounced violation of art. 14 (2) of the Covenant, the merits, in fact, do

14. For an update on the work of HRC, see e.g., Manfred Nowak, The Activities of the UN-Human Rights Committee Developments from 1 August 1985 through 31 July 1992, Human Rights Law Journal (HRLJ), vol. 14, No. 1-2/1993, pp. 9-19.

15. General Comment 13/21, op. cit.., para. 8.

16. *Ibidem*

17. Luis Maria Bazzano Ambrosini, Martha Valentini de Massera and Jose Luis Massera *versus* Uruguay, Communication 5/1977, Selected Decisions..., vol. I, op. cit., 40-43; Beatriz We-

not refer to non-observance of the presumption of innocence, but only to infringement of „safeguards of a fair trial". It may only be inferred from description of the „cruel, inhuman or degrading treatment", to which the complaints were subjected, that before their conviction, they were already regarded as guilty of a crime (of „assisting a subversive association").

These two cases demonstrate exactly the difficulty in proving that art. 14 (2) was violated, difficulty which otherwise noted by the HRC in its General Comment. The law enforcement authorities (police, prison guards), and the prosecutor especially, must have acted in unison, so that the latter did not exercise impartiality, let alone respected the presumption of innocence.[18]

However, and perhaps because of such violation, impartiality is now a requisite element of prosecutor's action which should corroborate observance of the presumption of innocence. According to the United Nations „Guidelines on the Role of Prosecutors", prosecutors shall not only „at all times maintain the honour and dignity of their profession" (para. 3), but also „[c]arry out their functions impartially" (art. 13 a).[19] „Impartiality" of „competent authorities" to examine alleged cases of torture, and impartial investigations in case of alleged

ismann and Alcides Lanza Perdomo *versus* Uruguay, Communication 811977, Selected Decisions ..., vol. I, op. cit., pp. 45-49.

18. This is also probably why this seemingly too obvious to be ignored principle was incorporated in the „Body of Principles for the Protection...". Its principle 36 stipulates that „[a] detained person suspected of or charged with a criminal offense shall be presumed innocent and shall be treated as such until proved guilty..."

19. „Guidelines on the Role of Prosecutors", adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990", reprinted in Compendium ..., op. cit., pp. 162-168. The text of the „Guidelines" may also be found in the electronic database of the United Nations Crime and Justice Information Network (http: www.ifs.unvie.ac.at/~uncjin/uncjin.html).

extra-legal, summary and arbitrary executions, have been stipulated separately in two other international instruments.[20]

There is no internationally recognized definition of „impartiality of a prosecutor", even though „impartiality" is also a prerequisite of prosecutor's function in international investigations, as specified in art. 16 of the Statute of the Ad-hoc International Tribunal for the Prosecution of Serious Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia ("International Tribunal").[21] However, it may be understood, that its lack could be attributed to personal and/or political bias of a prosecutor, either one of which, or both, render the prosecutor's functions in a given case as arbitrary rather than fair.[22] While, in such context, the separation of powers between functions

20. Art. 12, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ("Convention against Torture"), General Assembly resolution 39/46 of 10 December 1984, reprinted in Compendium ..., op. cit., pp. 261-264. See also art. 8 of the Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, General Assembly resolution 3452 (XXX) of 9 December 1975 (*ibidem*, pp. 226-227), Guidelines on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions (Economic and Social Council resolution 1984/48 of 25 April 1984, *ibidem,* pp. 228-229)

21. „The Prosecutor (...) shall not seek or receive instructions from any Government or from any other source". Moreover, „[t)he Prosecutor shall act independently as a separate organ of the International Tribunal" (art. 16, para. 2, second and first sentence, respectively, doc. No 5I25704 & Add.1, Statute of the International Tribunal). On a related note, the International Criminal Tribunal for Rwanda has institutional ties to the International Tribunal for the Former Yugoslavia. The regulations applying for the latter serve here as an example of the legal arrangements agreed and being implemented internationally. An account of the creation of the Tribunal for Rwanda may be found in Lyal S. Lunga, The Commission of Experts on Rwanda and the Creation of the International Criminal Tribunal for Rwanda/ A note, H R LJ, vol. 16, no. 1-3, 1995, pp. 21-24.

22. The Covenant deals only with impartiality of a tribunal (art. 14 (1)). In this context „[i)mpartiality is the core concept. It is primarily personal, but operational when it runs into and coalesces with the concept of independence" See: doc. E/CN.4/Sub.2/1985I18/Add.1, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, The Administration of Justice and the Human Rihts of Detainees: Studv on the Independence and ImpartialitV of the Judiciarv, Jurors and Assessors and the Independence of Lawvers, Final report by the Special Rapporteur, Mr. L. M. Singhvi, para. 80.

of a prosecutor and that of a judge should be clearly observed, separation of powers between a prosecutor and other law enforcement agents should likewise be respected.[23]

Speaking of criminal investigation at the international level, the Prosecutor, who is a functionally independent organ of the International Tribunal, must observe the rights of the accused, including the presumption of innocence (art. 21 para. 3 of the Statute of the International Tribunal („Statute")). As emphasized in the first annual report of the President of the International Tribunal, such rights are

23. The HRC consistently raised in this context the question of the procedural role of Official Public Prosecutor, Procurator, People's Advocate, as was the case with, periodical reports of, respectively, Bulgaria, USSR, and Spain (see further, McGoldrick, op. cit., p. 401). Obligation to be impartial raises, though, the question, if a prosecutor, in addition to respecting the presumption of innocence, is bound to observe other rules involved in impartial) evaluation of evidence, especially meeting the principle of *„in dubio pro reo"*. At a first glance, logical and functional interpretation of his responsibility ("to prosecute") would clearly suggest that observing impartiality does not entail applying that principle. However, in the legal systems of States-parties to the Covenant, the obligations bestowed on the office of a procurator (a legal but not fully functional equivalent of a prosecutor) did include the so called „procuratorial control of law". Under that institution the complaints could report to the procurator cases of legal violations, also of non-criminal nature. For example, in the territory of the former USSR, in the absence of well established role of attorneys, procuracy complemented that role and represented complaints in defense of their rights. Against this background, application of *„in dubio pro reo"* principle in all such cases, even if elsewhere paradoxical and non-pragmatic, was stipulated as one of the criterion of „objectivity" in a criminal investigation and beyond (arts. 14 and 17 of the Fundamentals of Criminal Procedure of the USSR and the Union Republics, Legislative Acts of the USSR. Book Three, Progress Publishers, Moscow 1983, pp. 221-222); „All doubts must be resolved in favor of the accused unless the doubts can be eliminated", explanation of the Supreme Court of the USSR of June 16, 1978, quoted after: Valery M. Savitsky, Victor M. Kogan, The Union of Soviet Socialist Republics (in:) George F. Cole; Stanislaw J. Frankowski, Marc G. Gertz, op. cit., p. 208. See also Gordon B. Smith, Perestroika and the Procuracy. The Changing Role of the Prosecutor's Office in the former USSR. A BJS Discussion Paper, February 1992, and V.V. Klochkov, General Questions of Legality and Procuracy Activity, Russian Federation General Prosecutor's Offce, Research Institute of Problems of Legality Strengthening and Law Order, Research Findinqis 1994, pp. 9-12; Michael Burrage, Russian Advocates: Before, during, and after Perestroika, Law and Social Inquiry, Journal of the American Bar Foundation, vol. 18, no. 3, Summer 1993, pp. 574-592.

„enshrined in international instruments for the protection of human rights, and, more specifically, in article 14 of the...Covenant".[24]

Consequently, at the stage of investigation, the Statute reiterates that such rights extend to **prohibition of compelled testimony and self-incrimination of the accused** (art. 21 (g)).

It may be helpful in this context to note, that the HRC reviewed several cases of alleged violations by investigative authorities of these two interrelated prohibitions at the national level. It found out that illegal State practices aiming at obtaining confessions ranged from very brutal forms of „torture" to very subtle and diversified psychological influence which, depending on the case, could meet the criteria of either „cruel" and/or „inhuman or degrading treatment" (art. art. 7 and 10 para. 1 of the Covenant).[25] Thus, it may be even more helpful to note that, unlike art. 15 of the Convention against Torture[26], article 14 of the Covenant does not expressly prohibit forced confessions or statements by the accused from being admissible as evidence in criminal trials. However, in the aforementioned General Comment 13/21, the HRC observed that:

24. Doc. A/49/342, Note by the Secretary-General transmitting Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, para. 58.

25. See further: Slawomir Redo, Policja a prawa człowieka w systemie Organizacji Narodów Zjednoczonych (Police and human rights in the United Nations System), (in:) Prawa Człowieka a Policja Problemy Teorii Praktyki, Centrum Szkolenia Policji, Legionowo, Poland, 1994, pp. 201-203. In the light of such cases, it must have been imperative on the General Assembly to regulate the prohibition of self-incrimination in more detail than it was the case for the Covenant. In the „Body of Principles for Protection...", therefore, in addition to reiterating that prohibition, there is also another one: „No detained person while being interrogated shall be subject to violence, threats or methods of interrogation which impair his capacity of decision or his judgement" (principle 21 para. 2).

26. „Each State Party shall ensure that any statement which is established to have been made as a result of torture shall not be invoked as evidence in any proceedings, except against a person accused of torture as evidence that the statement was made" (art. 15).

„in order to compel the accused to confess or to testify against himself frequently methods which violate these provisions are used. The law should require that evidence provided by means of such methods or any other form of compulsion is wholly unacceptable" (para. 14).[27]

In light of the above comment and additional provisions of international instruments other than the Covenant, there is little doubt that the conduct of international criminal investigation is to be governed by the principal rules of procedure and evidence which guarantee the strictest possible level of human rights observance. Nonetheless, there is also little doubt that those few international norms and standards would have been clearly insufficient in dealing with a practical conduct of investigation by the Prosecutor of the International Tribunal. Therefore, the International Tribunal specified in its own „Rules of Procedure and Evidence" („Rules"). The new rules cover more precisely entire criminal proceedings. As noted by one commentator, in doing so the International Tribunal "is attempting to practice what the United Nations preaches and thereby to create a model of fair criminal proceedings that may be emulated by member states".[28]

For example, in safeguarding inadmissibility of accepting compelled self-incrimination by a suspect[29], the Rules provide that the

27. In addition to the absolute prohibition of forced self-incrimination, stipulated in art. 15 of the Convention against Torture, such prohibition is stipulated in „Body of Principles for the Protection..." in principle 27. However, and surprisingly, that the principle states that „[n]on compliance with these principles in obtaining evidence [only - SR] shall be taken into account in determining the admissibility of such evidence against a detained or imprisoned person" [emphasis added].

28. Daniel D. Ntanda Nseeko, Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, Criminal Law Forum, vol. 5 Nos. 2-3 (1994), pp. 509-510. First text of the Rules was adopted by the International Tribunal in U.N. Doc. IT/32 (1994) and amended by U.N. Doc. IT/I32/Rev. 1 and 2 (1994), and Rev. 3 (1995).

29. „No evidence shall be admissible if obtained by methods which east doubt on its realibility or if its admission is anthitetical to, and would seriously damage, The intergrity of the proceedings"(rule 95 of the Rules). This rule should be read in the context of art. 21 (g) of

suspect must be informed in a language he speaks and understands and that his questioning is either tape-recorded or video-recorded. Furthermore, in the event of a break in the course of questioning, both the fact and the time of a break shall be recorded before, after, and at the time of resumption of recording (rule 43 (i) and (ii)). Such rules may restrain the investigator from coercing confessions, and from tampering the evidence.[30] Needles to say, the investigator cannot oblige a suspect to make any statements: a suspect, unlike a witness, has the right to remain silent (rule 42 A (iii)).

The authority of the Prosecutor to question the suspect extends, however, onto the suspect's initial appearance as an accused before the Trial Chamber of the International Tribunal (rule 63). Whether such a procedural arrangement is fair in comparison with the status of the defense that has no similar right to question prosecution witnesses (in contravention of the principle of equality of arms), and thus could be a model to follow, is now debated.[31] One thing seems to be certain though: the Tribunal sat its own rules of evidence and determined that the trial chambers „shall not be bound by national

---

the Statute which refers to confession. As rightly noted by Nseeko (op. cit., pp. 543-544), „confession" is a term narrower than „any statement" (art. 15 of the Convention Against Torture). Therefore, any statement, be it a confession or an admission and by whomsoever made, induced by torture, will be inadmissible under both the Convention, the Statute and the Rules. It should also be mentioned in the context of requirements of the rule 95, that, according to press accounts, the Prosecutor requested the Government of the United States to make available to him intelligence data containing transcript of a telephone conversation between Gen. Ratko Mladić, the Bosnian Serb Military Commander, and Yugoslav Generals in Serbia detailing activities in July 1995 conquest of the United Nations „safe area" of Srebrenica. The Prosecutor obtained from that Government spy satellite photos showing a place of massive extra-legal executions around Srebrenica ("U.S. Promises Compliance with Tribunal", Terra Viva, IPS Daily Journal, 8 November 1995). The question may arise, if such operational information may be admitted as evidence in compliance with rule 95.

30. Nseeko, op. cit., p. 526.

31. *Ibidem,* p. 531.

rules of evidence" (rule 89 (A)). Consequently, a debate concerning more than typical adversarial model of prosecution favoured, by the Statute and the Rules, which both give the Prosecutor the competitive advantage to continue to question a suspect as an accused at the trial stage, will remain unresolved.

As mentioned, a witness is obliged to testify before the Prosecutor. But the Statute does not provide for any sanction in case a witness fails to do so.[32] It is now up to the practice of investigative assistance, which according to the Statute (art. 29) and the Rules (rules 39 and 40), is binding on all States, to fill the lacunae created by the above *legem imperfectam*. In the absence of an international criminal sanction to ascertain witness' presence and testimony before the Prosecutor, States may have to create mutual assistance laws which provide that violation of an obligation to comply with the request or order of the Prosecutor (and/or the International Tribunal), will result in punishment of a witness under such request or order.[33]

In practical terms, this means that all States will have to render assistance in the gathering of evidence, hearing of witnesses, suspects and experts, identification and location of persons and service of documents.[34] This will be in line with the Security Council resolution 827 (1993) which gave an operational effect to the Statute earlier adopted by the Council in its resolution 808 (1993). In that later reso-

32. However, before the trial chambers, a witness is obliged to make a solemn declaration before testifying. He may, though, object to making any statement which might tend to incriminate him. The Chamber may compel the witness to answer the question. Testimony compelled in this way shall not be used as evidence in a subsequent prosecution against the witness for any offence other than perjury (rule 90 (E)). The maximum penalty for false testimony under solemn declaration shall be a fine of US$ 10 000, or a term of imprisonment of twelve months, or both (rule 91 (E)).

33. Nseeko, op. cit., p. 522; Kenneth S. Gallant, Securing the Presence of Defendants before the International Tribunal for the Former Yugoslavia: Breaking with Extradition, Criminal Law Forum, vol. 5, Nos. 2-3 (1994), p. 574.

34. Doc. S/25704 & Add.1, op. cit., para. 125.

lution, the Council decided that the States should take measures necessary under their domestic law to implement this obligation to cooperate with requests for assistance or orders issued by a trial chamber.[35]

While both the Statute and the Rules may be regarded in some instances as a model for national legislation on how to deal with taking of evidence, especially of a personal nature, from suspects and witnesses, there is also a ground to note that the provisions governing the material evidence at the investigation stage taking deserve further refinement in the light of upholding the presumption of innocence.

This observation is addressed specifically to the issue of suspect's **freedom from censorship of mail or telephone wiretapping; and the right not to be subjected to police searches of his home without a warrant.** Both rights are principally guaranteed in art. 17 of the Covenant, but they also relate to other United Nations legal instruments. Nowadays, these two belong to the most critical rights in criminal justice administration in general, and in upholding the pre-

35. Doc. S/RES/827 (1993), Security Council resolution 827, United Nations Security Council, 48th Year, 3217th Meeting. The resolution of the Security Council (as well as of the General Assembly and Economic and Social Council) are available electronically in the United Nations Gopher: gopher://gopher.undp.org: 70/11/undocs. The Netherlands, the host country of the International Tribunal, enacted its own law, as per Security Council resolution 827. See further, Julian J.E. Schutte, Legal and Practical Implications, from the Perspective of the Host Country, Relating to the Establishment of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, Criminal Law Forum, vol. 5, Nos. 2-3 (1994), pp. 437 et seq.. Consequently, the witness who fails to testify before the Prosecutor will be liable to punishment in accordance with the Dutch law. The witness who testifies before the Trial Chamber may be liable to a punishment under the Statute (note 32). The phrase „trial chamber", used in the Security Council resolution 827, may mean, though, that the request submitted by the Prosecutor alone („in urgent cases", rule 40) may be difficult to execute in another country because it was not forwarded via the trial chamber. On an unrelated note, such authority of the Prosecutor, who without judicial oversight may contact States for legal assistance, confirms the preference for an adversarial rather than inquisitorial model of prosecution.

sumption of innocence, in particular, whether in the context of the Statute and Rules or any other broader criminal justice context.

In its General Comment 16/32 of 23 March 1988 on privacy, the HRC pointed out that in the reports of States parties to the Covenant

„the necessary attention is not being given to information concerning the manner in which respect for this right is guaranteed by legislative, administrative or judicial authorities, and in general by the competent organs established in the State. In particular, insufficient attention is paid to the fact that article 17 of the Covenant deals with protection against both unlawful and arbitrary interference [...].The term „unlawful" means that no interference can take place except in cases envisaged by the law. Interference authorized by States can only take place on the basis of law, which itself must comply with the provisions, aims and objectives of the Covenant.

The expression „arbitrary interference" is also relevant to the protection of the right provided in article 17. In the Committee's view, the expression „arbitrary interference" can also extend to „interference provided for under the law". The introduction of the concept of arbitrariness is intended to guarantee that even interference provided for by law should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances".

In this context, the HRC concluded that:

„[a] decision to make use of such authorized interference must be made only by the authority designated under the law, and on a case-by-case basis. Compliance with article 17 requires that the integrity and confidentiality of correspondence should be guaranteed *de jure* and *de facto*. Correspondence should be delivered to the addressee without interception and without being opened or otherwise read. Surveillance, whether electronic or otherwise, interceptions of telephonic, telegraphic and other forms of communication should be prohibited. Searches of a person's home should be restricted to a search

for necessary evidence and should not be allowed to amount to harassment [...]. The gathering and holding of personal information on computers, databanks and other devices, whether by public authorities or private individuals and bodies, must be regulated by law [...]. In order to have the most effective protection of his private life, every individual should have the right to ascertain in an intelligible form, whether, and if so, what personal data is stored in automatic data files, and for what purpose. Every individual should also be able to ascertain which public authorities or private individuals or bodies control or may control their files. If such files contain incorrect personal data or have been collected or processed contrary to the provisions of the law, every individual should have the right to request rectification or elimination".[36]

Although art. 17 does not say which organ should be designated to authorize mail or telephone wiretapping and police search, in an expert opinion on this article it is noted that in either case such specific decision should be made by a State authority expressly empowered by law to do so, usually a court.[37] There seems to be, however, no wide enough comparative review which could show, if indeed it is a judge or, rather, a prosecutor who „controls the controllers".

On an even wider scale, and as noted by the HRC, it is difficult to obtain a global picture of observance of art. 17, based on reports of the States parties to the Covenant. Nor were there many individual communications before the HRC alleging violations related to an unauthorized mail or telephone wiretapping and police search.[38] This, however, is not surprising. Neither the Covenant nor some national

36. Quoted after Nowak, op. cit., p. 865.

37. *Ibidem*, pp. 303-304.

38. See, however, Luyeye Magana ex-Philibert *versus* Zaire, Communication 90/1981, Selected Decisions..., vol. II, pp. 124-126.

laws forbid that evidence illegally obtained in those ways could not be admitted into criminal proceedings (which weakens the presumption of innocence). Indeed, in many common law jurisdictions, except for Canada and the United States, illegally obtained evidence is admissible, provided that is relevant.[39] It is, therefore, not surprising at all that independent reports allege violations of „freedom from censorship of mail or telephone wiretapping" in many countries, including those with very well established principles of the „rule of law" (for example, United Kingdom and the United States), which is attributed, to the newly emerging problem of control of computer „hacking".[40]

In addition to this very dangerous practice of obtaining evidence in alleged violation of art. 17, in other countries, especially with newly introduced institution of a „crown witness", information acquired from such a witness at the investigation stage and later may not be legally and operationally adequately protected.[41] Moreover, such in-

39. See further: Nserko, op. cit, p. 545.

40. Humana, op. *cif.,* p. 347 and 351. Basically, there may be two types of such control: individual and collective. Individual electronic control may be exercised in case of suspicion of commission of a particular crime. Collective control enables obtaining aggregate statistical data on criminal activity among the „suspect population". It appears that Covenant covers only the first type of control. See further Jon Bing, Data Protection in a Time of Changes, (in:) Willem F. Korthals Altes, Egbert J. Dommering, P. Bernt Hugenholtz, Jan J.C. Kabel (eds), Information Law. Towards the 21st Century, Information Law Series-2, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston 1992, pp. 247-259.

41. Both developments, that is illegally obtained evidence by computer „hacking" and in exchange for a lenient treatment or impunity of a „crown witness" weaken the principle of presumption of innocence, even though the latter one is in certain cases permitted under international criminal law (see art. 7.18 of the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Druas and Psychotropic Substances 1988, doc. E/CONF.82/15, Corr. 1 and 2, United Nations, reprinted in International Legal Materials, vol. 493 (1989)). On the balance, there seems to be a qualitative change emerging at the investigative and later stages of criminal process to the disadvantage of the suspect, as aptly formulated in the following quotation: „It is certainly true that much information on 'suspected' criminals has always been available in the informal sense, either in the head of an officer or in their notebooks. However, it is the formalization

formation may be easily accessed even by relatively simple methods. Regrettably, any such infringement of privacy, prohibited in art. 17 of the Covenant, is only weakly safeguarded by a little known United Nations „Guidelines for the regulation of computerized personal data files",[42] (applicable also to manual files), which leave to Member States the operationalization of the „right to know" at the domestic level.[43]

Following-up on the General Comment of the HRC of 1988, those Guidelines contain eight principles on handling such files. These are: principle of lawfulness and fairness, principle of accuracy, principle of purpose-specification, principle of interested-person access, principle of non-discrimination, principle of security, and two principles on sanctions and supervision of observance of the above principles, and one on transborder data flows.[44]

In case of a criminal investigation, there may be departures from first four principles based, *inter-alia*, on the grounds of national security, and public order. However, such departures should be expres-

---

and centralization of information over the past decade which has marked a qualitative change in [...j policing. Furthermore, the assumption of guilt which underlies these changes clearly offends against the traditional rule of law that presupposes innocence until guilt is proven", (Tony Bunyan, Police and National Security Records. A summary of Developments, in: Computers, Records and the Right to Privacy. The record of a Conference held on 24 and 25 January 1979, organized by the Institute of Data Processing Management, the National Computing Centre, Ltd. and the National Council for Civil Liberties. Edited by Patricia Hewitt, Input Two-Nine, Ltd., no other data).

42. Guidelines on regulation of computerized personal files, General Assembly resolution 45I95 (Annex), reprinted in A Compilation ... op. cit., vol. I (First Part), pp. 536-539.

43. See further Guy Braibant, Droit d' acces et droit a „ I' information", (in:) Melanges Charlier: Service public et libertes, Editions Emile-Paul, Paris 1981, p. 703, and Ton A.L. Beers, Public Access to Government Information towards the 21st Century, (in:) Willem F. Korthals Altes, Egbert J. Dommering, P. Bernt Hugenholtz, Jan J.C. Kabel (eds), Information Law, op. cit., pp. 181-182.

44. This principle is applicable to, both, transfer of individual and aggregate data (see note 40).

sly regulated in accordance with the internal legal system. In any case, though, files should be appropriately protected against both "natural dangers, such as accidental loss or destruction and human dangers such as unauthorized access, fraudulent misuse of data or contamination by computer viruses" (principle of security).

Such precautions must have been considered in drafting the Rules of Procedure and Evidence of the Tribunal. In rule 41 the Prosecutor was made responsible „for the retention, storage and security of information and physical evidence obtained in the course of his investigations". Moreover, a copy of the transcript with a recorded questioning of the suspect, the original recorded tape or one of the original tapes „shall be sealed in the presence of the suspect under the signature of the Prosecutor and the suspect" (rule 43 (v)).

Despite these important legal and technical safeguards, which apply differently to witnesses and suspects, it seems that the Rules are not careful enough with the procedural handling of non-disclosed evidence. It is controversial, for example, that the International Tribunal may accept originally non-disclosed personal evidence by a witness, provided by the Prosecutor, if it deems later that identity of a witness may be disclosed after he is „brought under the protection of the Tribunal" (rule 69). No consent of witness is required here. It would rather be more opportune to seek that consent. Another approach would be to reveal the evidence, before he obtains the protection of the Tribunal or, at least, to hear such witness testimony anew, based on general rules of evidence, that is without revealing the role of that person at the stage of investigation. In any case, though, without adopting in the revised Rules either of these two possibilities, it may be questionable now to use that kind of evidence.[45]

45. See note 29.

Indictment

Of course, international legislation only broadly regulates investigative functions of a prosecutor, and there are differences in those functions when various United Nations instruments are compared. This is especially important, if investigation yields evidence warranting an indictment. In this context, one of the crucial issues is admissibility of discretion (opportunity *versus* legality principle) and resulting (non)indictment.

The Statute is clearly based on legality principle, because upon „a determination that a *prima facie* case exists, the Prosecutor **shall** prepare an indictment" (art.18(4), emphasis added).[46] Such interpretation is consistent with *ratione materiae* of the Tribunal which deals with „serious" violations of international humanitarian law. However, only the Prosecutor may determine, if available evidence is sufficient for a resultant mandatory indictment. In this sense, and unlike in the common law system, the Prosecutor has no choice, but to indict.[47] If there is no *prima faciae* evidence against the suspect, there is no obligation to prosecute.

The Statute may be one of the best examples of strict adherence to the legality principle.[48] In other instances, United Nations conven-

46. And see Rule 47 (A). The Geneva Conventions of 1949 also seem to follow the legality principle.

47. See further Nseeko, op. cit, p. 518.

48. Two drug control United Nations conventions stipulate that related „serious" offences „shall be prosecuted" by the Party in whose territory the offence was committed (art. 36 (2) (iv) of the Single Convention on Narcotic Drugs, United Nations Treaty Series (UNTS), vol. 204, pos. 520; art. 22 (2) (iv) of the Convention on Psychotropic Substances, 1971, UNTS, vol. 1019, pos. 175). However, both conventions qualify this obligation „[s]ubject to the constitutional limitations of a Party, its legal system and domestic law" (art. 36(2), and art. 22 (2), respectively, which leave to the State party if it prosecutes the offence in pursuance relevant principle). The 1988 Convention states that „[t]he Parties shall endeavour to ensure that any discretionary legal powers...relating to prosecution [...] are exercised to maximize the effectiveness of law enforcement measures" (art. 3 (6)). However, in article 4 (2) the Convention

tions mostly favour the opportunity principle. This can be exemplified by the recently adopted International Convention Dealing with the Safety and Security of United Nations and Associated Personnel which stipulates that:

„[W]here the circumstances so warrant, the State party...shall take appropriate measures...for the purpose of prosecution..." (Art. 14, para. 1); "The State Party...shall...submit...the case to its competent authorities for the purpose of prosecution... Those authorities shall take their decision in the same manner as in the case of an ordinary offence of a grave nature under the law of that State" (art. 15).[49]

Similar formulations may be found in several other conventions.[50] All these conventions build up on the legal views of States expressed at the stage of *travaux préparatoires* on those conventions that owing to differences in domestic legal systems, it is up to the authorities of the State concerned to decide whether to prosecute or not, subject to the normal requirement of treaty law that the decision be taken in good faith in the light of all the circumstances involved. The obligation of the State party in such case will be fulfilled even if the decision

---

requires „establishment of jurisdiction" only on two grounds: for refusal to extradite, and when the offence had been committed in the territory of the requested State (or one of its flagships or planes) or by one of its nationals. It appears that there is no absolute legal obligation to prosecute, for prosecution on either of those two grounds may still remain discretionary, as per art. 3(6), (United Nations Convention..., op. cit.).

49. Doc. E/CONF.82/15, Corr. 1 and 2. op. cit.; doc. A/49/22 (1994), Supplement No. 22, Report of the Ad-Hoc Committee on the Elaboration of an International Convention Dealing with the Safety and Security of United Nations and Associated Personnel.

50. See further, e.g., art. 7 of the Convention Against Torture; art. 8 of the International Convention Against the Taking of the Hostages, General Assembly resolution 34/146 of 17 December 1979, doc. A/RES/36/146, also art. 7 of the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (UNTS vol. 860, pos. 73); and art. 7 of the Convention on the Prevention and Punishment of Crimes Against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents (doc. A/9030 (1974), General Assembly resolution 3166 (XXVIII) of 14 December 1973).

which those authorities may take is not to commence criminal proceedings.[51]

It is precisely this legal context in which the "Guidelines on the Role of Prosecutors" provide that "[i]n countries where prosecutors are vested with discretionary functions, the law or published rules or regulations shall provide guidelines to enhance fairness and consistency of approach in taking decisions in the prosecution process, including institution or waiver of prosecution" (art.17), and discontinuation of proceedings, or diversion of a criminal case from the formal justice system, with full respect for the suspect(s) and victim(s) rights (art.18).

In case of a particular category of suspects and/or accused (juvenile delinquents), the international instruments, including the Guidelines (art.19), the Convention on the Rights of the Child (art. 40.1 and 2 (a)), and the Covenant (art. 14 (4)), provide for a special consideration before prosecuting juvenile delinquents. Such action is even more in line with the principle of opportunity than for other suspects or accused. This possibility, though, is not foreseen by the Statute, in case the International Tribunal will have dealt with juvenile suspects of serious violations of international humanitarian law (*sic*).

Save situations when discretionary power not to indict is used by a prosecutor, **everyone charged with a criminal offence is entitled to be promptly informed and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him**, in accordance with art. 14 (3) (a) of the Covenant.

The HRC considered, however, individual communication in which it was alleged that the accused was not directly informed about

51. See further, Joseph, J. Lambert, Terrorism and Hostaaes in International Law. A Commentary on the Hostages Convention 1979. A publication of the Research Centre for International Law, University of Cambridge, Grotius Publication Limited, Cambridge 1990, pp. 198-200.

him being indicted. Instead, the indictment was forwarded to the address of a party organization he belonged to.[52] In another situation, likewise unlawful, the accused, living abroad, learned about his indictment from the press, even though the State party was under obligation to make sufficient efforts with a view to informing the accused about the impending court proceedings.[53]

In any domestic system, the law stipulates many specific requirements for preparing and serving the indictment, and all those requirements are far more extensive than those from art. 14 (3) (a) of the Covenant, including the two whose absence was noted before the HRC. In its General Comment 13/21, the HRC added that the specific requirements of that article also „may be met by stating the charge orally or in writing, provided that the information indicates both the law and the alleged facts on which it is based".[54]

In contrast with the Covenant, and understandably, the Rules elaborate in great detail the requirements for preparing and serving the indictment on the accused before the International Tribunal. Only as a last resort, when other means of serving the indictment fail, the Prosecutor transmits through the Registrar a request to the national authorities of any State or States in whose the Prosecutor has reason to believe that the accused may be found, for publication in newspapers having wide circulation in that territory, intimating to the accused that service of an indictment against him is sought (rule 60).

First, however, the indictment must fulfill several requirements, starting with the requirement that the Prosecutor is satisfied that there is sufficient evidence to provide reasonable grounds for believing that

52. Csaba Parkanyi *versus* Hungary, Communication 410I1992, published in: HRLJ, vol. 13, No. 9-10, pp. 345-355.

53. Daniel Monguya Mbenge *versus* Zaire, Communication 16/1977, Selected Decisions..., vol. 2, op. cit., pp. 76-79.

54. General Comment 13/21, op. cit., para. 8.

a suspect has committed a crime. In addition to the name and other particulars of the suspect, and in line with the General Comment 13/21 of the HRC, the indictment must also contain a concise statement of the facts of the case and of the crime with which the suspect is charged. The indictment shall be forwarded through the Registrar to a Judge, together with supporting material. The Judge confirms an indictment and informs the Prosecutor of the date fixed for its review. On reviewing the indictment, the Judge shall hear the Prosecutor, who may present additional supporting material concerning any count. The Judge may confirm or dismiss each count or may adjourn the review. The dismissal of a count does not preclude the Prosecutor from presenting a new indictment, where the Prosecutor may substantiate that count by providing additional evidence (rule 47).

Interestingly, the position of the Prosecutor *vis a vis* the Judge is equivocal. On the one hand, it appears that the power of the Prosecutor is more strictly controlled than that of the Judge, since the former must meet an explicit evidentiary standard for bringing the indictment, but the latter, in confirming the indictment, does not have to meet such standard. On the other hand, dismissal by the Judge of a count at the stage of preliminary inquiry, cannot be regarded as acquittal of a count in question (rule 47). This rule is in line with the practice of several jurisdictions not to treat such count as *rem iudicatum*.[55]

Issuance of an arrest warrant

The right to liberty and security of one's person (art. 9 of the Covenant) is a basic human right. The legal instrument which in this context is most important, if not also threatening, is an arrest warrant which sets out the conditions under which liberty of a person is taken away by the power of a State.

55. See further, Nseeko, op. cit., p. 528, and Gallant, op. cit., p. 578.

Art. 9 (2) of the Covenant stipulates that „**anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him**".

In comparison with art. 14 (3), the Covenant does not require communication of the charge(s) in a language which the person understands, nor must they be given in detail. In addition, there are no other formal requirements, that the above information should be provided in writing.

While there exist conflicting interpretations, if indeed „at the time of arrest" the language requirement has to be observed[56], clearly, any further relevant communication with the detainee, that is **after** „the time of arrest", is mandatory in the language the person understands (art. 14 (3) (a)).

As far as **formal requirements for an arrest warrant** are concerned, in reading art. 9 (2) one might be struck by its very skeleton structure. However, this impression vanishes when its provision is read in the context of the legal views of the HRC, and art. 9 (1) prohibiting arbitrary arrest or detention.

The HRC noted in a number of cases the absence of any (oral or written) arrest warrant, and declared this to be an arbitrary arrest.[57] Likewise, the HRC did so when only oral warrant was served[58], and when the warrant, even if written, was not delivered "prompt-

56. Art. 2 (1) on prohibition of discrimination obliges State party to respect and to ensure any individual within its territory, inter-alia, as far as his language is concerned (see further Nowak, op. cit., p.174).

57. E.g., Monja Joana *versus* Madagascar, Communication 132l1982, Selected Decisions..., vol. II, op. cit., pp. 161-164; Etienne Tshisikedi *versus* Zaire, HRLJ, vol. 14, No. 1-2, p. 15.

58. See e.g., Luyeye Magana ex-Philibert *versus* Zaire, Communication 90/1981, Selected Decisions..., vol. II, pp. 124-126; Ramón B. Martinez Portorreal *versus* Uruguay, *ibidem*, pp. 214-216.

ly".[59] Still in another case, the HRC added that, if the reasons for arrest were legally vague ("prompt security measures"), the arrest was arbitrary.[60]

As could be seen from the General Comment of the HRC on art. 17, „arbitrariness" is not a concept easy to describe. As a matter of fact, the meaning of arbitrary decisions by a prosecutor acting under art. 17 and art. 9 (1) differs. While in art. 17 there is a prohibition of, both, „arbitrary or unlawful" interference, the *travaux préparatoires* on art. 9 document that „arbitrariness" is to be understood broadly as „unlawful", but also „unjust", „capricious", „uncontrolled" and „illegal", among the list of its other features.[61]

In line with this broad interpretation, the HRC declared in a case against the Netherlands, that detention of a solicitor who refused to surrender to the authorities evidence, which could be used in criminal investigations against his clients, was arbitrary, although his arrest was not. The HRC observed that even if all the **substantive criteria for a lawful arrest** (i.e., prevention of interference with evidence, of recurrence of crime or flight) are met, this may not legalize subsequent detention. Detention must not only be lawful but also reasonable and necessary in all the circumstances, and in the case in question, it was not.[62]

---

59. Hiber Conteris versus Uruguay, Communication 139/1983, Selected Decisions..., vol. II, op. cit., p. 168.

60. Adolfo Drescher Caldas *versus* Uruguay, Communication 43I1979, Selected Decisions..., vol. II, op. cit., pp. 80-82.

61. Doc. AI4045, General Assembly, Thirteenth Session, Annexes, Report of the Third Committee, para. 49; doc. E/CN.4I1993I24, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Question of the Human Rights of All Persons Subjected to any Form of Detention or Imprisonment. Report of the Working Group in Arbitrary Detentions, pp. 19-20; Nowak, op. cit., p. 172-173, and Fernando Volio, Legal personality, privacy, and the family (in:) Louis Henkin (ed.), The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights, Columbia University Press, New York 1981, p. 191.

62. Hugo van Alphen *versus* the Netherlands, Communication 305/1988, HRLJ, vol. 11, No. 4, p. 238.

Assuming that formal and substantive criteria for an arrest warrant are fully met, and that the alleged offender has to be brought to justice from abroad, the Prosecutor of the International Tribunal issues an arrest warrant which has to be signed by a Judge and shall bear the seal of the Tribunal. Such warrant, addressed to a single State in whose territory or under whose jurisdiction the accused resides, is transmitted by the Registrar to the national authorities of that State (rule 55 (a) of the Rules). States are under direct international obligation to comply without undue delay and arrest or detain the accused (art. 29 of the Statute). Unlike in art. 9 (2), but in line with art. 14 (3) of the Covenant, at the time of the execution of the arrest warrant, the State authorities are under the obligation to communicate to the accused the indictment and inform him of his rights in a language he understands. Moreover, he has also to be cautioned in that language (rule 55 (B)).

There are no provisions for arresting the accused by an international police for its surrogate INTERPOL (International Criminal Police Organization), may play a role in a pre-indictment stage of criminal investigation (rule 39 (iii)). From the time of arrest, there is, however, a possibility of presence of another international agent - member of the Prosecutor's office (rule 55 (c)).

Quite clearly and understandably, the enforcement of the arrest warrant is one of the weakest points in this international procedure, and gets even weaker when the State in question refuses to cooperate with the Tribunal or when the location of the accused is not known at all. Therefore, and as noted already in another context, the Prosecutor is authorized to publish an indictment in newspapers of wide circulation in any territory the accused may be found. Moreover, the Trial Chamber, after finding that there are reasonable grounds for believing that the accused has committed all or any of the crimes he was charged with, may issue an international arrest warrant transmitted to all States (rule 61 (C), (D)). Further, if the Tribunal determines that the State in question further fails or refuses to cooperate in ar-

resting the accused, the President of the Tribunal may refer the matter to the Security Council (rule 59). Finally, the Security Council may apply sanctions against the State.[63]

Because of the public nature of this procedure, length and complexity, its successful result is doubtful. Therefore, as already noted, the Prosecutor, in urgent cases, without a judicial review by the Tribunal, may issue a pre-indictment arrest warrant.[64] In that warrant, the Prosecutor requests the State to arrest a suspect provisionally in order to prevent his escape, destruction of evidence or intimidation of a victim or witness (rule 40 (i) and (iii)).[65] This regulation provides, in fact, for such expeditious procedure that because of avoiding a judicial review by the Tribunal, it may be found arbitrary. This procedure may also be interpreted as unreasonable and unnecessary in light of all the circumstances, including legal national protection concerning arrest and detention in the requested State which nevertheless is bound to meet the Prosecutor's request.[66]

Conclusion

The last paragraph captures the gist of the interfaces potential and real between the United Nations and domestic laws governing the prosecution of alleged offenders. This paper has attempted to review several interrelated legal and practical aspects of prosecution under United Nations criminal justice instruments, and under domestic legal systems. There is, using a known phrase, a thin blue line between these instruments and domestic laws and policies. This line is also

63. See further: R. Wedgewood, War Crimes in the Former Yugoslavia: Comments on the International War Crimes Tribunal, Virginia Journal of International Law, vol. 84, No. 267 (1994), pp. 269-270.

64. See note 35.

65. The rule speaks about „a suspect or an accused" which may suggest that a similar procedure may be applied to an accused *i.e.*, after his indictment.

66. See further: Gallant, op. cit., p. 584.

permeable, for both legal systems are and will remain interdependent. In this context, the description of a United Nations Detention Unit within the Dutch prison complex can indeed be here symbolic for the entire relationship between the United Nations criminal justice law and national systems.

Presently, and, probably, in the many years to come, the United Nations criminal justice administration does and will not operate as criminal justice agencies at the national level. Although the United Nations system has semi-judicial and judicial institutions, some of which are new, and has a limited capacity to prosecute and sanction non-compliance with its requests, in principle, the United Nations criminal justice administration on its own can hardly „bring to justice" any alleged offender. It is obvious that the Security Council cannot respond to international emergencies like „justice of peace", let alone a police force, even though Government organizations, and individuals may increasingly see it as the ultimate source of justice in the world.

Further development of the United Nations law on prosecution depends on a number of factors. Perhaps most important must be a strong political commitment of Member States to expand and strengthen the international criminal justice system.[67] This need, however,

67. Especially by creating an International Criminal Justice Tribunal. At its fiftieth session in 1995, the General Assembly decided to establish a preparatory committee with a view to drafting a widely acceptable consolidated text of a convention for an international court of justice, as a next step towards its consideration of a conference of plenepontiaries. See also, e.g., Szczęsny T. Szymański, Temida bez Miecza. Rzecz o Międzynarodowym Trybunale Karnym (Themis without a Sword. About the International Criminal Tribunal), (in:) Piotr Hofmański (ed.), Z Problematvki Prawa Karnego, Temida 2, Białystok 1994; Gilbert Guillaume, The Future of International Judicial Institutions, International and Comparative Law Quarterly, vol. 44, October 1995, part. 4, pp. 848-862; doc. A/CONF.169/NG0 6, Gerhard O. W. Mueller, A System-wide Approach to Criminal Justice Management (in:) Report on the Eighth Joint Colloquium op. cit., pp. 78-79 and 82-85; Oscar Schachter and Christopher C. Joyner (eds), United Nations Legal Order, vols. I and II, American Society of International Law, Grotius Publications, Cambridge University Press, Cambridge 1995.

should be put in a general context of globalization of economic, social, political and legal issues. Only in such context, whether dealing, *e.g.*, with environmental control, maritime transportation or transboundary information transfer, ensuing international legal arrangements may lead to further refinement of the United Nations criminal justice, including its law and practice of prosecution and *vice versa*. This will make a blue line thicker than it is now, but nevertheless still permeable and, hopefully, continuously responsive to evolving national and international needs for more effective and efficient cooperation.

*****

„CIENKA NIEBIESKA LINIA": POCIĄGNIĘCIE PODEJRZANYCH DO ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ W PRAWIE I PRAKTYCE ORGANÓW ŚCIGANIA NARODÓW ZJEDNOCZONYCH

Streszczenie

Niniejszy artykuł omawia teoretyczne i praktyczne aspekty roli prokuratury w ściganiu przestępstw w świetle prawa Organizacji Narodów Zjednoczonych (ONZ) na tle wzrastającej walki z przestępczością międzynarodową oraz globalizacji potrzeb wymiaru sprawiedliwości. Analizujac trzy wybrane stadia postępowania przygotowawczego (śledztwo, akt oskarzenia i postanowienie o tymczasowym aresztowaniu), autor przedstawia na ich tle przepisy prawa traktatowego oraz zwyczajowego, w oparciu o które realizowana jest zasada domniemania niewinnosci, zakaz wymuszania wyjaśnień oskarżonego i jego samoinkryminacji, zasada tajemnicy korespondencji oraz rozmów telefonicznych, zakaz przeszukiwania mieszkania bez nakazu odpowiedniej władzy i, w końcu, obowiazek przedstawienia zarzutu oraz podstaw tymczasowego aresztowania. W powyższym świetle w artykule poświęcono miejsce kwestii dopuszczalności dowodów w

procesie karnym przez pryzmat danych i informacji porównawczych oraz poglądów ONZ-owskiego Komitetu Praw Człowieka. Artykuł przedstawia w sposób systemowy obowiązujące i splatające się ze sobą przepisy ONZ w zakresie przestrzegania praw człowieka, międzynarodowego prawa humanitarnego i międzynarodowego prawa karnego w kontekście ich związków z prawem wewnętrznym państw członkowskich ONZ.

Barry A.K. Rider

INTERNATIONAL MONEY LAUNDERING

Developments in the Role of the Civil Law in Money Laundering Control

The Profits of Crime

The acquisition of and control over wealth is the motivation for most serious crimes involving premeditation. This is all the more so when the criminal activity resembles an enterprise which inevitably requires capital to operate and lubricate its aspirations. Money or rather wealth, it is disposable form, is therefore not only the goal of criminal enterprises but the life blood of the enterprise. Therefore until the profits of crime are taken away from subversive and criminal factions, we stand little chance of effectively discouraging criminal and abusive conduct which produces great wealth or, through its profits, allows power and prestige to be acquired. As soon as the state devises methods for the tracing and seizure of such funds, there is an obvious and compelling incentive for the criminal to hide the source of his ill-gotten gains - in other words to engage in money laundering.

Like most social, let alone economic, evils, money laundering is nothing new, it is as old as is the need to hide one's wealth from prying eyes and jealous hands, and concern about the uses and misuses of hidden money is not just an issue in our century.[1] Of course, the

1. For example, Minister Yao Ku'ei complained in 1471, that the practice of ensnaring young and rising officials by providing 'secret loans' which would ensure the lender great influence

modern money launder will no doubt adopt rather more sophisticated techniques than the gem carriers of India or the Knights Templar,[2] but his objectives and essential *modus operandi* will be the same. The objectives will be to obscure the source and, thus, the nature of the wealth in question and the *modus operandi* will inevitably involve resort to transactions, real or imagined, which will be designed to confuse the onlooker and confound the inquirer.

It is not surprising that those who are tasked to follow the wealth in question, whether for the purpose of taxation, restitution or confiscature, will require the assistance of those who knowingly or otherwise facilitate the processes of laundering. Therefore, in recent years an increasing burden has been placed on those who handle other peoples' money and wealth to record transactions and even in some measure inquire into the providence of funds and even the nature and integrity of a specific transfer. The legal and administrative burdens that have been cast upon bankers and other intermediaries are onerous and may well involve serious legal and other liabilities for non or deficient compliance. The growth of this particular form of facilitator' liability, has to be viewed in the wider context of policing objectionably financial transactions, whether such are merely designed to obscure the source of wealth or are fraudulent and abusive in themselves. This paper seeks to do this, by placing these new legal and other obligations on financial intermediaries and often their own professional advisers in the wider context.

---

in the future, had become a scandal and called for the reporting of such advances, MS 92/968; MSL Tai-tsu Shih-lu 1441, 1526; see also B. Rider, *The Perception of Corruption in Developing Nations*, Third Int'l Anti Corruption Conference (1987) Hong Kong. By the same token the debate on confiscating drug dealers profits is not new, see The Illustrated London News, February 1, 1930.

2. See generally J. Robinson, Born in Blood (1989) Arrow.

Hot Money

The reasons why an individual, not to mention an organisation, would wish to hide the source of money, or transmit it in a manner which obscures its ownership or character are legion.[3] Whilst a great deal of attention has been given to the vast profits that are being generated by the illicit trade in narcotics, it is dangerously misconceived to assume that the processes involved in money laundering cannot be, and are not, deployed just as effectively to wash and covertly transfer funds produced by other types of crime, or even activities which would not be generally considered criminal, but to which a certain amount of opprobrium might attach.[4] There are pressing needs for „secret money" not only in the underworld of organised and syndicated crime, but to service intelligence and security networks and to facilitate if not „ordinary" commercial and banking transactions, at least activities which are not necessarily abusive. There are needs for „unaccountable funds" in many situations and the processes which are involved in washing money can and are efficiently employed to create hidden reserves or secret money, and are then utilised to service and transmit such according to the requirements of those who desire them.[5] As more and more information surfaces in regard to the „special services" provided by the Bank of Credit and Commerce Inter-

3. For a general discussion of the need for secret money see I. Walter, Secret Money (rev. ed) (1989) Unwin Chs. 1 and 2; and V. Tanzi, The Underground Economy in the United States and Abroad (1990) Lexington.

4. See B. Rider, The Promotion and Development of International Co-operation to Combat Commercial and Economic Crime (1980) Commonwealth Secretariat; B. Rider, Combating International Commercial Crime, 2 LMCLQ 217 (1985); and, the Memorandum submitted by the Government of Zambia to the Commonwealth Law Ministers' Meeting in Harare 1986; B. Rider, Memoranda (1987) Commonwealth Secretariat.

5. See generally B. Rider, Combating Organised Crime (1986) Commonwealth Secretariat; B. Rider, Organised Crime and Money Laundering (1991) MJIB; Rowan Bosworth-Davies, Euro-Finance - The Influence of Organised Crime (1980) Richards Butler and J. Robinson, The Laundrymen (1994) Simon & Schuster.

national it becomes increasingly obvious that the demand for such funds is as pressing today as it ever has been.[6]

It must also be remembered that the purposes for which money is required, will also influence, if not dictate, the transactions which are used to hide its true character and the way in which it is permitted to move. For example, those involved in facilitating the flow of capital from developing nations, in violation of currency and fiscal controls, may be able to operate with impunity and no embarrassment in other jurisdictions - especially those receiving the money in question. Therefore, there will be little need to ensure that the money surfaces covertly and there will be no requirement that the money should appear to have a legitimate origin. Indeed, when the money is escaping from a country which is seeking to expropriate wealth, whether pursuant to a programme of so called indiginisation or otherwise, those involved in such financial operations may even be held, by those whom they service and those outside the country in question, in high esteem. On the other hand, where the funds are the result of criminal activity it will be necessary to ensure that each element in the laundering process is covert and the money must appear, when it finally emerges from the pipeline, seemingly clear. The purpose to which such funds is to be applied will also, to some degree, influence the processes involved. If money is to be reinvested in other criminal or subversive operations it will be important that the transactions which establish it, are not referable to other risk activity, but the money need not appear to those who receive it to be from a legitimate source. Where, however, the money is being used to penetrate an institution or organisation,[7] then it will have to not only

6. See N. Kochan and B. Whittington, The Financial Scandal of the Century - The BCCI Fraud (1991) Victor Gollancz; J. Adams and D. Frantz, A Full Service Bank, How BCCI Stole Billions Around the World (1992) Simon & Schuster; and J. Beaty and S. Gwynne, *The Dirtiest Bank of All*, Time 29 July 1991.

7. General reference should be made to *Organised Crime and Money Laundering* (1984) US President's Commission on Organised Crime and Domestic Money Laundering; *The First Na-*

be unconnected to the activity which generated it, but also be apparently acceptable to those in control of the relevant body. It should be obvious that the somewhat simplistic notions of money laundering that have been preferred in a number of recent reports and publications pre-suppose a clarity and simplicity of purpose that rarely exist.

It is not uncommon to find indictments by politicians, law enforcement officers and the media, of those who are thought to be involved in money laundering. The term money launderer is pejorative and the practice of money laundering conjures up a shady world of men in wide-striped suits claiming to be „bankers" and acting for ill-defined customers and vague offshore enterprises.[8] The fact that many of the cases that have come to light involve exactly such scenarios has tended to reinforce such perceptions.[9] It is perhaps a useful device, for those engaged in fighting serious crime, to persuade, at least those whose job it is to handle other people's wealth, that those who are prepared to assist criminals and terrorists to retain their ill-gotten gains and further their illicit enterprises, are no better than the crooks they serve. Of course, when the money is the product of drug trafficking or even a bank robbery then the opprobrium that can attach to those who assist in the laundering process is justly deserved. However, it is very important to remember that those most actively involved in providing such services may never transgress the law and in many cases the laundering may well involve funds that are not re-

tional Bank of Boston Report of Hearing (1985) before the US Senate Permanent Sub-Committee on Investigations, 1st Sess. 99 Congress; and B. Rider, *Recycling Dirty Money* (1988) The White House Conference for a Drug Free America.

8. See generally J. Carr, How to Recognise a Money Launderer (1989) I.F.L.R.I.O; R. Naylor, Bankers, Bagman, and Bandits (1989) Black Rose; R. Franklin, Profits of Deceit (1990) Heinemann; and D. Francis, Entrepreneurs (1988) Macmillan.

9. Rowan Bosworth-Davies, Money Laundering - The Use of the Financial Services Market to Disguise the Proceeds of Funny Money (1992) Richards Butler; R. Lacey, Little Man - Meyer Lansky and the Gangster Life (1991) Century; and D. Henry, *America's Hottest Export - Funny Money Stocks*, Forbes 23 Sept 1985 at 38.

ferable to a crime or other form of misconduct. The popular press have been wont to ignore this when criticising the apparent failure of regulatory authorities to take effective steps to interdict what are assumed to be money laundering operations. Whether it was appreciated that the Bank of Credit and Commerce International and its various offshoots were engaged in laundering moneys which were not necessarily the proceeds of serious criminal offences or not, will in all probability remain a matter of debate for many years yet to come. However, it is often forgotten that the relevant authorities, even if they had such information in a reliable form, would have been hard pressed to have curtailed such operations through legal and coercive processes. Laundering the proceeds of drug trafficking is one thing, but merely assisting a leader of a developing country to retain his wealth on a confidential basis outside his country, may be a very different issue.[10] To say that even the knowing facilitation of such an individual's acquisition of wealth, by covert movements of substantial amounts of wealth, where no specific crime is involved, is an unsound banking practice is a statement that few central bankers, let alone others, would be prepared to support. Responsible banking is a vague concept, even in a wholly domestic environment. In an international context it is nebulous and is an entirely different issue than that of soundness.[11]

Washing for a Price

Some countries have courted money and wealth on the basis that their legal systems will throw over its owners and their transaction a

10. L. Welt, Blocked Funds (1990), Euromoney, is a first rate account of how to unblock funds! There are other publications specifically marketed as providing expert advice on how to launder and hide money. The author has decided not to give them further publicity!

11. It has been claimed that certain banking an other interests went to considerable efforts to close down criticism of the BCCI's activities during 1988 and 1989. Indeed it has been alleged that a smear campaign against the present author was sponsored on this basis, G. Modolo, La Republica, 28 July 1991.

cloak of secrecy thicker and rather more impenetrable than the traditional rules relating to professional confidentiality. In some instances an assurance of absolute secrecy has been marketed as a privilege which can be bought for either a relatively small registration fee or for the cost of opening a deposit.[12] The original justifications for laws which extend the more traditional privilege between a banker and his customer, were no doubt acceptable. It is hard to find fault with any attempt to protect those who are being slaughtered by an oppressive and evil regime. However, other countries have not been slow to perceive the benefits of becoming a depository for not only fugitive and flight capital, but also dirty money. Countries in and around Africa, Latin America and increasingly South East Asia and the Pacific have been prepared to extend the privilege of secrecy not only to their oppressed, but also to their very rich neighbours. It is easy to criticise the naivety and worse of such countries, but prostitution says rather more about the state of society and its values, than the individual morality of the prostitute. There are countries which have become so isolated from conventional sources of development finance that their leaders, even assuming them to be men of honour, have but little alternative to seeking funds from those who require discretion. The laundering of money, of varying states of cleanliness, through national treasuries and government sponsored projects in nothing new. At perhaps a slightly less egregious level, the same pragmatic arguments can be made in support of raising revenue and expanding the economy, by offering the legal and other inducements to attract uncensored offshore business. Of course, some countries which have attracted perhaps rather more than their fair share of criticism and have got

12. Some countries have been prepared to allow others to market their willingness to facilitate „secret" transactions to an extent which has raised issues of national integrity. See *"Banks" Listed in Grenada Cause Alarm*, Time 26 August 1991. See also G. DeGeorge, *„Psst, wanna buy a bank? How about a few dozen?"* Business Week, 23 September 1991; and A. Shipman and B. Rider, Organised Crime International (1987) Security and Defence Reference Book, Cornhill.

relatively fat on servicing secret accounts and the like, have in recent years shown signs of contrition. A cynic might well observe that the catalyst in the conversion, if not the reason, was the extent to which the bankers were themselves being exposed to frauds both as the victim and increasingly, in foreign jurisdictions, as the more or less innocent abettor.[13]

This is not the place to enter upon a discussion of the economics, let alone the morality, of secret money in all its manifestations. Such may, with confidence be left to the economists and theologians. I have attempted to discuss only dirty money where the issues are relatively clear, although far from settled. Dirty money is money, or some other form of wealth, that is derived from a crime or other wrong. Of course, even such a simple and unlawyerly definition opens a Pandora's box. Firstly, even if we can determine a reasonably clear definition of money it is not difficult to perceive the ramifications of a concept of wealth, broad and ingenious enough to encompass the various products and derivations which may in a certain place at a particular time have a peculiar value of their own, or at least signify such a value to specific individuals. For example, there have been cases where inside information was used as a valuable commodity, within what was in essence a money laundering operation, to purchase cocaine. Those who have encountered the various underground banking systems, which will be referred to later, will be aware that tokens, ranging from coloured sugar lumps to mere pass words, will be used to facilitate the transfer of money. Such tokens, at the relevant time, within the processes of the particular „banking" systems will often represent and for all intents and purposes be, great wealth.

13. See S. Froomkin, *Money Laundering - An International Perspective* (1988) Meeting of Law Officers of Small Commonwealth Jurisdictions.

Perhaps from a lawyer's, not to mention a policemen's standpoint an even more vexing issue is when an item of wealth, presupposing that it is capable of being satisfactorily itemised or appropriated to a particular transaction, is the product of an act or series of acts, or even, in the case of some generous legal systems, a continuing enterprise? To some degree the issue is not just one of tracing, but rather referencing. The wealth in question may not necessarily be produced by the relevant conduct or crime, it may be sufficient that it is associated with such conduct to acquire a sufficient degree of taint. The legal process will generally require a much higher standard of relationship than might be acceptable at the level of, for example, an intelligence operation. Even if we pass over this very difficult matter of relationship and causation, we must enter into an even more controversial area. That of determining what sort of conduct will be sufficient to justify describing the money as „dirty."

It is not always acceptable to simply have regard to the criminal law of the country in which the funds originated. If the matter is a wholly domestic one, then no doubt the local law and system of values will satisfactorily determine the issue. However, most cases will involve two or more jurisdictions. It might well be that although the conduct giving rise to the funds is regarded as a criminal offence in the country concerned, the same conduct would not be regarded as even improper elsewhere, and certainly not in the country where the money comes to rest. It is hardly necessary to descend into examples, as a moment's thought will throw up scenarios involving religious and racial activities which whilst amounting to criminal offences in a particular state, would not generally be considered improper.

The importance of this issue should be obvious when one considers the vast amounts of money that were made by the Cosa Nostra during Prohibition in the United States. If such laws existed today in the US, and such funds were transferred to foreign banks would this amount to laundering dirty money? Perhaps viewed from the perspective of the US legal system the answer would be yes, but a dif-

ferent view would surely be taken in most other countries. Even when the wealth in question is the proceeds of what might be considered an ordinary criminal offence, is it appropriate to designate it as dirty in all cases, and if so, for how long and to what state of derivation? Commonsense, no matter what the economists let alone the moralists, might argue, indicates there must come a point in time when the taint that attaches to the money loses its relevance.

Even when those responsible for the crime that created the profits or those who are charged with laundering it, are unsuccessful in giving it an aura of legitimacy, there must come a time when longevity or complexity of its history, accords de facto legitimacy. Indeed, given the vast sums of money that we are told are at any point in time passing through the laundering pipeline, it is perhaps good for society that most criminals and certainly those with greater sophistication, evidently yearn to become, or at least appear to be, legitimate and thus, support our own value system and financial structures. While wealth can to some extent assure respectability, there is an obvious incentive for those desiring such status, to bring „dirty money" back into the conventional and lawful economy. Therefore, it can be argued that procedures and laws which serve it inhibit this repatriation of wealth to the lawful economy, by perpetuating the taint that attaches to the proceeds of crime, are disadvantageous. These are pragmatic arguments, but it would be misconceived to assume that such views have always been rejected by governments, particularly those with significant underground economies and financial difficulties of their own.[14]

The simplest definition, which I have adopted, for dirty money is broad enough to encompass money that is in some way referable to a civil wrong. It is true that the proceeds of every imaginable civil

14. See *Drug Money Fears Halt of State Bond Sale*, Time 23 March 1992. The State Bank of Pakistan had advertised the sale of bonds on the basis of „no questions about the source of funds" and „no identity to be disclosed."

wrong could not be considered to be „dirty." Such money may, to use another epitaph, be „hot" but it will not be considered dirty. There are, however, situations where the proceeds of a civil wrong can, and should be regarded as dirty. Whilst it is difficult to be specific in the present author's view it is appropriate to regard funds that are the proceeds of a civil wrong involving a degree of dishonesty as worthy of attracting the designation „dirty." It is not in every such case the conduct would amount to a criminal offence. However, where the funds have been created by conduct lacking probity, it would not seem unjustified to regard them as dirty. Although perhaps little other than institutional and individual attitudes are influenced by such designations, there are practical considerations in not distinguishing too sharply between the proceeds of a specific crime and something which may only give rise to a claim in the civil courts.[15]

Modus Operandi

So far we have avoided attempting to set out what money laundering involves.[16] I have spoken often in the same breath of money laundering, secret money and dirty money, without attempting to establish the interface between the process and the product. Definitions of money laundering range from authoritative language of statutes to the punchy comments of judges.[17] For our present purposes, and at

15. For example, see *Maritime Fraud* (1985) Report by the UNCTAD Secretariat in regard to the definition of fraud, and also on this point, B. Rider, Fraud in the Financial Markets: The Regulation of Financial and Capital Markets (1991) Singapore Academy of Law Press.

16. For an excellent discussion of the topic, see D. Chaikin, *Money laundering: An investigatory perspective* (1991) 2 Criminal Law Forum 467; J. Koers, *Current Methods and Techniques of Money Laundering* (1992) Fifth Int'l Anti-Corruption Conference (Amsterdam); *The Cash Connection; Organised Crime, Financial Institutions, and Money Laundering* (1984) US President's Commission on Organised Crime; and, S. Alexander, The Pizza Connection (1989) W. H. Allen.

17. A „prince" among money launderers, Michele Sindona, observed, „Laundering money is to switch black money or dirty money . . . into clean money." L. Di Fonzo, St Peter's Banker - Michele Sindona (1983) Franklin Watts.

the risk of adding yet another to the lists, it amounts to a process which obscures the origin of money and its source. Of course, this is a wide approach which would encompass transactions designed to hide money as well as wash dirty money into clean. It is the processes of transfer and misrepresentation which constitutes the *modus operandi* of washing and secreting money. Unfortunately, because of the attention that has been given, understandably, to the fight against drug cartels, the topic of money laundering has become linked if not captured by the debate on tracing and confiscature of the profits from the illicit narcotics trade. Consequently, most discussions of money laundering focus almost exclusively on this, and ignore the wider issues. The author has deliberately attempted to avoid placing emphasis on the drug related aspects of the subject, although from the standpoint of statutory law and in particular systems for international co-operation,[18] it is in this area that most, if not all, significant steps have been taken.

Discussion of the processes involved in money laundering has been limited and derivative, outside the US.[19] Few have recognised that even the now traditional process of laundering involves a series of actions and not a seamless process. Perhaps this is understandable given our experience in Britain in regard to other areas of asset recovery and tracing. Whilst establishing the derivation of property pursuant to a tracing claim is nothing exceptional, such cases rarely in-

18. B. Zagaris, *Dollar Diplomacy; International Enforcement of Money Movement and Related Matters A United States Perspective*, 22 Geo Wash J Int'l L & Econ 465 (1989) and Basic Documents on International Efforts to Combat Money Laundering (1991) Commonwealth Secretariat. It is a matter of regret that the Commonwealth initiative to combat money laundering has been narrowed for political reasons to the war against drugs, when many developing countries have other priorities, such as the control of corruption and economic crime. See generally Y.B. Dato Seri Anwa Imrahim, Minister of Finance, Malaysia *Opening Address: Commercial Crime*, CIDOEC Kuala Lumpur, May 1992.

19. See generally Asset Forfeiture, Law, Practice and Policy (2 vols.) US Department of Justice and a host of publications by the Drug Enforcement Administration, US Customs, and the Internal Revenue Service.

volve the structuring of transactions solely for the purpose of avoiding investigation. Obviously, there are cases in which considerable care has been taken to frustrate inquiry, particularly where the funds in question have been created or diverted by a systematic fraud. However, in Britain at least, until comparatively recently the need to examine deliberate and sophisticated attempts to obscure ownership and control were rarely encountered, at least by lawyers and for that matter policemen. Thus, we still tend to a somewhat simplistic notion of the laundering process, even in the case of narcotics trafficking. Laundering will involve a series of stages and different legal and enforcement considerations will naturally be applicable to each.

Many forms of crime and misappropriation, will produce quantities of cash in relatively low denominations. This will need to be consolidated into a form of wealth which can be more easily transported, particularly out of jurisdiction. The methods of achieving this are limited only by the ingenuity of the launderer. Of course, high turnover and relatively low investment enterprises which can be used to facilitate such a process will be especially attractive, particularly if they are outside the conventional banking system.[20] Those involved in consolidating cash at this stage of the laundering cycle will be most concerned to avoid the creation of any external record which could be used to initiate an audit or paper trail leading to subsequent stages or layers of the operation.

Once the money has been converted into a form which can be transferred or smuggled, it will often be moved offshore. This has a number of practical advantages. Firstly, it will often place the funds

20. *Typology of Money Laundering, Non-Traditional Financial Institutions* (1991) Financial Action Task Force II, submitted to the US Department of the Treasury; *Use of Casinos to Launder Proceeds of Drug Trafficking and Organised Crime*, Report of Hearings by Sub-Committee on Crime, US House of Representatives, 2nd Sess 98 Congress (1984); see also L. Richardson, *The Urgency of Detergency (Or how Money Laundering is Carried Out)*, TVI Journal (Hong Kong) (1986) at 12.

beyond the legal reach of the authorities in the jurisdiction where the activity giving rise to the profits occurred. Even if the relevant laws are capable of application on an extra-territorial basis, and very few are, by involving another jurisdiction significant practical barriers are placed in the path of investigators in obtaining and securing evidence which would be admissible before a court. As has already been mentioned, certain jurisdictions are willing to offer banking and other facilities on the basis that secrecy will be assured. Sadly, there are countries which have been prepared to facilitate the receipt of money no matter what its source. Once the money has been taken offshore it can then enter either directly, or more likely, indirectly into the conventional banking system. Obviously, the more discreet this process is the better for the launderer. Hence the attraction of jurisdictions that either offer secrecy or in which the level of corruption is sufficient to ensure effective non-co-operation with foreign inquires.[21]

Once the money has entered the conventional banking system it can move through usual channels. The launderer's objective will be to create a complex web of transactions, often involving a multitude of parties, with various legal statuses in as many different jurisdictions as possible, through which the money will be washed on a wave of spurious or misleading transactions. The purpose of this is to confuse even the most dedicated and well resourced investigator and to defeat any attempt to reconstruct a money trail. Given the ease with which companies and other legal entities may be created in virtually any country in the world, the launderer's only constraint is li-

21. For a critical, albeit somewhat dated and now possibly inaccurate, survey of „responsiveness" see *Crime and Secrecy: The Use of Offshore Banks and Companies* (1983) US Permanent Sub-Committee on Investigations, US Senate, and R. Blum, Offshore Haven Banks, Trusts, and Companies (1984) Praeger. Of course, there have been many instances where developed countries have been far too eager to shift responsibility for their own failures on to a defenceless neighbour, see comments of the author in The New Caymanian 10 April 1992 ("should banks mind their own business?").

kely to be financial or the time at his disposal. The laundering of money is a cost and both he and his principals will only wish to expend what is necessary and prudent to ensure the relevant funds remain beyond the reach of law enforcement agencies or others interested in locating them.[22]

Obviously, the amount of effort and expense that will be required for laundering, for example the profits of a major drugs operation, would be rather more than that required for frustrating a regulatory authority, investigating a case of suspected insider dealing. It must also be remembered that whilst the money is in the pipeline it is unlikely to be fully usable. Consequently, most launderers are not only mindful of the costs involved in the actual process, but the length of time that will be involved in washing the money. Obviously, there are situations where the needs of the organisation are such that money can remain in the laundering process for only relatively short periods. Thus, the circumstances will to some extent influence the extent of the laundering process and its sophistication. Laundering operations will range from the most simple manipulation of accounts to structures involving hundreds of companies, with thousands of bank accounts. However, it must always be remembered that the larger the organisation that is employed to launder the money the greater the costs and the higher the risk of detection or of something going wrong.

The transactions which are used to obscure the source of the relevant funds will be structured in such a manner as to render it almost impossible for evidence to be obtained which would allow a court to establish the derivation of the money. Law enforcement agencies of-

22. See generally *Money Laundering - Guidance Notes for Banks and Building Societies* (1990) and subsequent revisions, issued by the relevant associations with the support of the Bank of England, also Money Laundering and the Illicit Drug Trade (1989) DEA and RCMP and in particular R. Bosworth-Davies and Graham Saltmarsh, Money Laundering (1994) Chapman & Hall.

ten refer to this process as layering, but this rather implies that with diligence the true facts may be uncovered through a progressive investigation. Whilst there have been cases where dedicated, extremely lucky, and well resourced investigators have been able to peel-off a series of layers to reveal what in fact took place, in the case of the more sophisticated structures, the concept of layering is too simplistic. Certain operations are structured in a manner which resembles a mosaic or kaleidoscope rather than a layer cake. Transactions will not be progressive but parallel, establishing mutual obligations which can be married or crossed, often on a contingent basis, and which would not be substantiated to the satisfaction of a court applying conventional legal rules. It is, however, true, that in so far as the notion of layering is often used to conjure up a picture of a stone gradually dropping to the bottom of a pond, the longer money remains in the system the more difficult it is to follow and identify it. Furthermore such an analogy makes the important point that the money in flight will be most noticeable when it „splashes" first into the pool. It is at this point of entry into the conventional banking system that regulations designed to create an „audit trail" are likely to be most effective.[23]

Once the money has been agitated, to the satisfaction of the launderer, it will be necessary to place it in an „end deposit." Of course, the nature of this „end deposit" will depend upon a variety of factors. However, in most cases it will be desirable to return the money to the jurisdiction in which it was first generated. Those responsible

23. Many jurisdictions impose reporting obligations in regard to transfers of cash or valuable securities above a certain value. See generally US Currency and Foreign Transaction Reporting Act (31 USC 5212 et seq) and section 60501 of the US Internal Revenue Code; The [Australian] Cash Transactions Reports Act of 1988. At the international level, attention is being given to record keeping and monitoring of cash transactions by non-financial institutions pursuant to Recommendation 11 of the Financial Action Task Force on Money Laundering (G-7 Summit Group).

for making such profits will often wish to enjoy at least part of the fruits of their endeavour and where there is a continuing enterprise to fund the washed funds will become crucial. Therefore, the launderer may well be required to ensure that at least a proportion of the money is repatriated back to the country of origin. Thus, it will be necessary for him to create a transaction, or more likely a series of transactions, which will bring the „clean" money back home. This can be achieved in a number of ways, but it will be desirable to achieve the repatriation in a manner which can be explained and which will justify the surfacing of the wealth in the hands, or under the control, of the relevant principal.

A technique which has been employed to some effect is the incorporation of essentially shell companies which can then „sell" their securities to „overseas investors." The „overseas investors" will be the money launderer' puppets. The purchase of such securities, which will be properly documented, will provide a vehicle through which the cleansed money can flow back into the control of those who established the issue. It is important to recognise the use that such companies may be put to in the context of money laundering operations. There have been cases where the existence of operations such as this have been mistaken for high pressure selling frauds or „boiler room" scams. Although the *modus operandi* may be somewhat similar, especially at the early stages, the purpose and implications of the operation are very different.

It must be appreciated that money laundering involves a series of stages and each stage will have its own characteristics. Those charged with the detection and investigation of such matters need to be alerted to the implications of a process which will have been carefully designed and structured with the objective of minimizing exposure and, thus, the risk of interference. Sadly, legislators have often failed to appreciate the complexity of money laundering both in terms of its character and objectives. They have taken for granted a somewhat stylised model which rarely conforms to reality. Indeed, given the na-

ture and expertise, not to mention resources, of those involved in this industry, there is every incentive for their services to be adapted to take full account of any new threat - including legislation. Their culture is one of evasion and adaption.

Although the authorities in the US woke up to the reality of organised crime rather late, it is true that the Americans have had far more experience in attempting to deal with such problems as racketeering and money laundering than any one else. Whilst it is also true that in some respect this experience has not always been impressive in terms of the results that it has achieved, it is not surprising that other countries have turned to the US for advice. Whilst this is wise, some countries have followed US precedents in a rather unthinking fashion, forgetting the deficiencies of the American legislation and in particular the very special situations that it was designed to confront. The US law has been more or less expertly crafted to address specific crime problems which exist or did exist in the US. The laws therefore reflect the social, political, and constitutional circumstances of the US. Such laws and their derivative enforcement policies are not always obviously applicable to different societies. Laws which contemplate the structure and operations of the Cosa Nostra may have little practical relevance to the triads or yakuza organisations in the Far East.[24] Nonetheless, many countries have simply ignored this and enacted laws modelled on only a partial perception of the reality in the US. The inappropriateness of essentially Western laws which presuppose Western structures and financial systems is clearly shown in regard to underground banking systems.

Underground banking systems have existed and developed to a level in some societies where they rival in terms of efficiency and ca-

24. *Japan - Dope Dealers Delight*, Far Eastern Economic Review, 15 March 1990 at 12. See in particular B. Rider, Organised Crime, memorandum submitted to The Home Affairs Select Committee (1994) HMSO.

pability the conventional banking system.[25] Whilst many underground banking systems developed within ethnic societies because of a natural distrust of the host country's institutions, many have a history that is rather more complex and reflects rather indigenous social and cultural factors. The importance of underground banking systems on money laundering operations has become more widely appreciated in recent years and, given the dispersal of certain ethnic communities, there is today little doubt that such systems exist on an international basis.[26] Given the possible involvement of certain ethnic groups in highly profitable crimes, such as drug trafficking, the significance of these traditional banking systems and more recent adaptions and imitations, cannot be underestimated.[27] Furthermore, given the distorting effect that the underground banking system can have on money flows it cannot be ignored by those who operate wholly within the conventional banking system.[28]

Most underground systems will also, at some stage, have to interface with conventional financial or banking institutions. There are innumerable types of underground banking ranging from highly sophisticated structures operated by overseas Chinese groups to relatively informal barter and smuggling based operations in Africa. Most systems do not involve the movement of cash and depend for their efficacy on tokens. The Chinese „Chit" or „Chop" system and the In-

25. B.V. Kumar, Flight Capital Operations and the Developing World: Underground Financial Systems and Drugs and Dirty Money (1992) CIDOEC; W. Cassidy Fei-Ch'lien, *Flying Money: A Study of Chinese Underground Banking* (1990) 12th Annual International Asian Organised Crime Conference and M. Duckworth, *Money Laundering Looms Large in Asia*, The Asian Wall Street Journal, 6 December 1991.

26. C.Blackhurst, Underworld Hijacks Underhand Banking, BUSINESS, June 1988 at 86.

27. The General Secretariat of ICPO-Interpol convened a special meeting to discuss the underground banking in August 1991.

28. Hawalah bankers have significantly featured in the investigations into the collapses of both the Johnson Matthey Bank and the BCCI.

dian Hawalah operate primarily within defined racial groups often with some additional bond of a tribunal or geographic nature. They rarely involve the physical movement of cash, or for that matter anything other than tokens which are regarded within the special structure of the system as the equivalent in value to the relevant cash sums. The Hawalah system is rather more a system of compensation through related transactions, but given the facility for aggregation, actual payments between those „funding" the systems are kept to the minimum. The efficiency of a paperless and practically recordless banking system which is capable of transferring substantial amounts of wealth is obviously an attraction for those involved in money laundering. Money launderers have emulated the underground systems to some extent, and have shown an increasing willingness to make use of existing systems on a commercial basis. Laws and enforcement policies which have been fashioned to address money laundering through conventional banking systems are of little practical relevance in the case of such underground systems.

If the picture that many have of money laundering is a little misconceived, it is probable that so is the general conception of the type of individual engaged in money laundering. Since the days of Meyer Lansky there have been individuals who are prepared, for a fee or part of the action, to provide their services to whoever may wish to have their money hidden or laundered. Recent investigations have identified individuals who have been prepared to service the financial interests of terrorists[29] in Northern Ireland, bank robbers in England, drug dealers in Miami and fraudsters in Hong Kong, through the same offshore bank in the Caribbean. One such person at the material

29. It is comparatively recent that the financial aspect to terrorist organisations has attracted the attention of ordinary law enforcement agencies. See generally J. Adams, The Financing of Terror, (1986) New English Library; R. Clutterbuck, Terrorism, Drugs & Crime in Europe after 1992 (1990) Routledge; and, P. Clare, Racketeering in Northern-Ireland (1989) UIC Office of Int'l Crim. Justice.

time had diplomatic status. Many of these individuals are experts in financial and corporate matters and have created a network of corporate and other entities in jurisdictions not known for their willingness or ability to promote financial integrity. In a number of investigations, such individuals have shown not just a willingness to become involved in laundering hot and dirty money, but also to facilitate other dubious financial and commercial transactions. In particular, they have been prepared to utilise their corporate entities and offshore banking facilities to front or give credibility to those engaged in advance fee frauds and the like. Thus, the modern money launderer is unlikely to be involved as a member of a criminal organisation, he is much more likely to be on the periphery of the financial services or banking industry, or a professional adviser, such as a lawyer or accountant, who is prepared to make his services available to whoever is willing to pay.

The Criminal Law

It is the view of the present author that it is virtually impossible to have a clear understanding of the purpose of a law or regulatory policy, without some appreciation of the environment within which it has been cultured and is expected to operate. This is particularly true of rules which operate within the financial sector, given the fact that most financial institutions reflect to a significant extent the societies and social value which they have been created or permitted to come into existence to serve. In the area of regulation, as opposed to prescription, it is also my view, that far too little attention is given to the institutional aspects of compliance and enforcement. Therefore, in an area of concern such as money laundering, it is vital to look at the nature of the practice and to have at least some regard for reality than the somewhat simplistic notions that have become vogue.

It has been said, that before we had in Britain laws relating to the seizure and confiscature of the proceeds of certain crimes - such as those relating to illicit trafficking in drugs - there was relatively

little incentive for those engaged in such activities to go to the trouble and expense of laundering their money.[30] As we have already seen, the processes involved in laundering are not always cheap or risk free; therefore, why should one go to the trouble of laundering proceeds which were practically safe from confiscature? On this argument, now that in Britain the courts do have the power to confiscate the proceeds of so called profitable crimes, we have tipped the economic balance firmly in favour of cautious criminals engaging in money laundering. As until very recently we had no general offence in Britain of laundering the proceeds of a serious crime, this could have been undertaken with impunity, prior to the court making an order against specific property or funds. Thus, somewhat paradoxically, we gave organised criminals the incentive to launder their ill-gotten gains without addressing the problems that this gave rise to.

Before the enactment of the Drug Trafficking Offences Act of 1986, there was not a great deal of discussion in Britain concerning money laundering. Such debate as there was, often centred on the need to reinforce provisions for confiscature and forfeiture of the proceeds of crime.[31] Of course, historically it has long been recognised in English law that it is appropriate to deprive a convicted felon of the instruments of crime. During the 1970's and early 1980's it became increasingly accepted that it was desirable to take the profit out of those crimes which were motivated by financial gain and which required a substantial degree of re-investment in a continuing enterprise. Various international meetings accepted this approach as necessary in combating organised crime, which itself was increasingly recognised as a reality worthy of serious attention.[32] In Britain, as in

30. I. Crampton, The Laundering of Criminal Assets and Associated Problems (1984) Wolfson Paper.

31. See generally The Profits of Crime and their Recovery: The Report of a Committee Chaired by Sir Derek Hodgson (1984) Heinemann.

32. Commonwealth Law Ministers meeting in Barbados in 1980, Columbo in 1983, and Harare in 1986, recognised that organised crime was a major menace and should be attacked thro-

virtually every other country, the debate was dominated if not captured by those concerned with the control and suppression of illicit trafficking in drugs. Within the various agencies of the United Nations, a similar debate was taking place and the upshot was that, both at the domestic and international level, attention was focused exclusively on confiscature of the proceeds of drug trafficking and the related issue of money laundering. Of course, the need to apply such principles to other areas of criminal activity were voiced, particularly by Commonwealth Governments, most of which did not give control of narcotics the same degree of priority as certain rather more developed and dominant states. This, obviously, is not the place to enter into a discussion of the various international and regional initiatives,[33] or for that matter English law other than in outline.[34]

In Britain, the laundering of the proceeds of drug related crimes was made an offence by the Drug Trafficking Offences Act of 1986, and the Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act of 1989 also made it an offence to launder the funds of terrorist organisations. However, now that the European Community's Directive on Money Laundering has been adopted and brought into law, by the Criminal Justice of Act 1993, laundering of the proceeds of all serious offences is now a specific criminal offence under English law.

---

ugh inter alia asset removal programmes. Various General Assemblies of OCPO-Interpol and UN Crime Prevention Congresses similarly recognised the importance of attacking serious crime through its assets. See generally, B. Rider, *Report to Commonwealth Law Ministers Meeting in Barbados 1980, on ICPO Interpol*; B. Rider, *Commercial Crime Co-operation with the Commonwealth*, Published Papers of the 7th Commonwealth Law Conference (1983), Hong Kong; and, M. Fooner, Interpol (1991) Planum Press.

33. See generally, F. Baldwin and R. Munro, Money Laundering, Asset Forfeiture and International Financial Crimes (3 vols, Oceana; R. Parlour (Ed.), Butterworths International Guide to Money Laundering Law and Practice (1995) Butterworths and Money Laundering, Hume Papers on Pubic Policy, Vol. 1 No. 2 (1993) Edinburgh University Press.

34. See R. Bosworth-Davies and G. Saltmarsh, Money Laundering - A Practical Guide to the New Legislation (1994) Chapman & Hall, and L. Jason-Lloyd, *Money Laundering - the Complete Guide* (1995) NLJ 149; 183; 219 and 278.

The provisions relating to the laundering of the proceeds of drug trafficking have been consolidated and re-enacted in the Drug Trafficking Act 1994. Section 50 of the 1994 Act provides that it is an offence for anyone to assist a drug trafficker to launder money by assisting them to retain or control the benefits of their criminal activity, even if this merely amounts to providing advice. It is necessary for the prosecution to prove that the accused knew or suspected that the other person is, or was engaged in drug trafficking, or has benefited from the drug trafficking activities of another person. The accused is entitled to a defence if he can prove that he did not know or suspect that this was the case, or that he would have informed the authorities, but for a factor which reasonably prevented him from so doing. If a person does make disclosure of his suspicions to the proper authorities, which include in the case of employees of banks and financial intermediaries, the relevant compliance officer, he does not commit an offence even if he subsequently, at the request of the authorities provides assistance which would otherwise be within the scope of the offence. Section 52 in an attempt to further encourage reporting of suspicious transactions, provides that it is an offence to fail to disclose knowledge or suspicion of money laundering activity to the authorities provided this is acquired in the course of certain professional duties or certain types of employment.[35] It is a defence, however, to prove that the person concerned had a reasonable excuse for not passing on the information in question, or that it was passed to a designated compliance officer within the relevant business or organisation. In regard to disclosure under both sections 50 and 52 there is immunity from the consequences of what might amount to a

35. For a comprehensive discussion of „whistle blowing" see S. Froomkin, The Reluctant Policemen (1991) and The Regulation of Financial and Capital Markets (1991) Singapore Academy of Law Press; B. Rider, *Memorandum* submitted to the Select Committee on Trade and Industry, the Third Report, Company Investigations, HC 36 (1990); and A. Samuels *Dirty Drugs Money*, Business Law Review (1986).

breach of contract or confidence. However, this does not extend to, for example, liability for defamation, although there is likely to be a defence of qualified privilege.

Section 53 of the 1994 Act renders it an offence to „tip-off" another person that an investigation into money laundering is in progress or is about to be commenced, which is likely to be prejudicial to the investigation. This is a widely drawn provision, although the accused is entitled to a defence if he can prove that he did not know or suspect that the disclosure was likely to prejudice a money laundering investigation. Legal advisors are given specific protection from this offence, but on condition that the information in question is not communicated in the furtherance of a criminal offence. In regard to the proceeds of drug trafficking it should be noted that the offences relate to the proceeds of such activity wherever it takes place. It is not necessary that the proceeds in question have to be a result of activity which is an offence under United Kingdom law, although it must be such as would have been an offence had it occurred within jurisdiction.

The provisions in the Drug Trafficking Offences Act 1986 relating to money laundering were extended by the Criminal Justice (International Cooperation) Act 1990. These additional and important provisions have been codified in the Drug Trafficking Act 1994. Section 49(1) of the 1994 Act provides that it is an offence for a person to conceal or disguise any property which wholly or partly, directly or indirectly, represents his own proceeds of drug trafficking. It is also an offence if the trafficker converts or transfers the property or removes it from the jurisdiction of the courts. This provision is aimed at the drug trafficker himself attempting to launder the proceeds of his crime, whereas section 49(2) renders it a crime for another person to engage in such acts for the purpose of assisting any person to avoid prosecution for a drug trafficking offence or the making of a confiscation order, knowing or having reasonable grounds to suspect that the property in question is derived from the proceeds of drug traf-

ficking. Obviously there is some overlap with section 50 which as we have seen, renders it an offence to assist another to retain the benefits of his illicit trafficking.

Section 51 is a particularly significant provision as it renders it an offence to acquire, possess or use property, knowing that it directly or indirectly represents another person's proceeds of drug trafficking. It is important to note that before the offence can be committed the person concerned must actually know that the property in question is derived from drug trafficking, mere suspicion is not sufficient.Whilst the section will not apply to property transferred under a legitimate contract, where the consideration is unreal, wholly inadequate or illegal there may well be an offence under this provision provided there is the requisite degree of knowledge. Statutory protection is afforded to those who legitimately provide goods and services provided that this does not assist in the drug trafficking activities of the recipient, even if the provided of the relevant services is aware that payment is from the proceeds of a drug related offence. Thus, a lawyer receiving payment for defending a drug trafficker would not commit an offence under this provision. It is also a defence to a charge under this section that proper disclosure has been made to the authorities, or where appropriate to a compliance officer, or that the person concerned would have made due disclosure but delayed in so doing for a reasonable cause.

The provisions relating to the laundering of terrorist funds remain in the Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989 and are in some respects more draconian than those relating to the laundering of the proceeds of drug trafficking. Under section 9 of the 1989 Act it is an offence for a person to engage in certain conduct with the intention that or having reasonable cause to suspect, that the funds in question will be used to commit or further acts of terrorism in Britain or elsewhere. The conduct in question includes, soliciting or inviting another person to give, lend or otherwise make available any money or other property, receiving or accepting from any other

person any money or property or using or having possession of any money or other property whether for consideration or not. It is also an offence if a person, knowing or having reasonable cause to suspect that the money or other property will be used to commit or further acts of terrorism, gives, lends or otherwise makes available to any other person such property or is concerned in an arrangement whereby money or other property is to be made available to another person either immediately or at some time in the future. Section 10 provides that it is an offence for a person to solicit or invite any person to give, lend or otherwise make available any money or other property, whether for consideration or not, or himself lends or otherwise makes available such property, or receives or accepts or uses or has possession of any money or property, or is concerned in an arrangement whereby money or other property is to be made available, for the benefit of a proscribed terrorist organisation. Except where the offence involves solicitation, it is a defence for the accused to establish that he did not know or have reasonable cause to suspect, that the money or property in question was for the benefit of a proscribed organisation or related to such.

Section 11 of the 1989 Act is similar to section 50 of the Drug trafficking Act 1994 in so far as it renders it an offence for a person to enter into or be otherwise concerned in an arrangement which facilitates the retention or control of terrorist funds by or on behalf of another person. However, there is an important difference in terms of the statutory defence to such a charge. In the case of section 11 the accused must establish that he did not know or have reasonable cause to suspect that the relevant arrangement related to terrorist funds. The test being objective rather than subjective. As in the case of the other provisions, section 11, applies to acts done or intended outside the United Kingdom provided they constitute offences triable in the United Kingdom.

Section 12 provides immunity to those who might otherwise be in breach of contract or the law of confidence in reporting their su-

spicions to the authorities, and provides a defence for those who engage in activity which would otherwise constitute a crime, provided they have made proper disclosure to the authorities and have been permitted to proceed, or who can establish that he informed the authorities as soon as is reasonable after engaging in the relevant activity. It is also a defence, as in the case of the drug trafficking provisions, that the accused had a reasonable excuse for not informing the authorities, or that he informed an appropriate person according to the terms of a compliance procedure within the relevant organisation.

The Criminal Justice Act 1993 added to the 1989 Act a further provision to bring the law relating to terrorist funds in line with that relating to the laundering of drug related funds. Section 18A makes it an offence to fail to disclose knowledge or suspicion that financial assistance is being given to promote terrorism. The obligation to report knowledge or suspicion is imposed on those who in the course of their trade, profession, business or employment learn of the relevant facts. They will be guilty of an offence if they do not „blow the whistle" to the authorities unless they prove that they have a reasonable excuse or that an appropriate person, such as a compliance officer, has been notified. As in the case of the other provisions relating to the reporting of suspicions a defence is provided in regard to allegations of breach of contract and confidentiality.

Section 17 of the Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989 as amended by the Criminal Justice Act 1993 broadens the offence of „tipping off" along the same lines as section 58 of the Drug Trafficking Act 1994. It is now an offence for anyone to disclose information relating to an investigation, actual or contemplated, in regard to the relevant offences with the intention of prejudicing the inquiry.

The Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1991 also contains provisions relevant to the funds of terrorist organisations. Sec-

tion 53 renders it an offence to assist another person to retain the proceeds of terrorist related activities, knowing or suspecting that the person is or has been engaged in such activities or has benefited by virtue of such conduct. It is a defence for the accused to prove that what is done has been done with the prior consent of the authorities after proper disclosure to them, or that there has been disclosure as soon as is reasonable after the assistance in question has occurred. Furthermore, it is also open to the accused to establish that he is not guilty because he did not know or suspect that the arrangements related to the proceeds of terrorist related activity or that he intended to inform the authorities and had a reasonable excuse for delaying. As in the case of the provisions relating to drug trafficking there is immunity from the civil law for proper disclosures where the liability would be based on breach of contract or an obligation of confidentiality.

It is an offence under section 54 of the 1991 Act to conceal, disguise, convert or transfer property which in whole or part, directly or indirectly, represents the proceeds of terrorist related activity, or to remove it from the jurisdiction of the courts. Section 54(1) is directed at the terrorist racketeer who seeks to avoid confiscature of the proceeds of his crimes, whereas section 54(2) is aimed at those who assist such persons in „laundering" the proceeds of terrorist related activity, knowing or having reasonable cause to suspect its source. It is also an offence for a person to acquire, use or possess property which they know or have reasonable cause to suspect represents, in whole or in part, directly or indirectly, another person's proceeds of terrorist related activity. However, to such a charge, since the 1993 Act, it is a defence if proper consideration, other than in services, was given, or that the person concerned intended to report his suspicions, but had a reasonable excuse for delaying. It is also a defence, as in the other provisions, that what has been done, was done after proper disclosure to the authorities with their consent. There are also

the usual provisions protecting against liability for breach of contract and the law of confidence.

Section 54A of the 1991 Act, which was added by the Criminal Justice Act 1993, makes it an offence to fail to disclose knowledge or suspicion of an offence under both sections 53 and 54 of the 1991 Act. As in the case of the provisions relating to drug trafficking this obligation to „blow the whistle" applies where the facts were learnt in the course of a trade, business, profession, business or employment. The usual protections are provided in regard to civil liability, or where the disclosure was to an appropriate person pursuant to a compliance procedure. Furthermore, legal advisors are given protection provided they are acting within the confines of accepted legal privilege.

It has already been pointed out that prior to the Criminal Justice Act 1993 attempts to launder the proceeds of crimes other than those relating to drug trafficking and terrorism did not amount to a specific criminal offence. Where a freezing or confiscation order had been made under the Criminal Justice Act 1988 an attempt to evade it might constitute contempt of court. There are also a variety of disparate provisions such as those in the Companies Act 1985 relating to the freezing of rights attaching to shares in certain circumstances which in particular circumstances might have relevance in preventing activity which resembles laundering. Furthermore, the handling of the proceeds of a theft or deception is a specific offence under section 22 of the Theft Act 1968. The Criminal Justice Act 1993 extends most of the provisions relating to money laundering to property derived from such criminal activity as is susceptible to the making of a confiscature order, after conviction, under the 1988 Act. Thus, the proceeds from all offences that are triable on indictment and certain summary offences, which have the smell of organised crime about them, such as those relating to sex establishments, supplying video recordings of unclassified work, possessing unclassified videos for the purposes of supply and the use of unlicensed premises for the ex-

hibition of videos are within the reach of the new anti-money laundering provisions.

Section 93A, which has been added to the 1988 Act, makes it an offence for a person knowing or suspecting that another is, or has been engaged in, or has benefited from criminal conduct, to enter into an arrangement, or be otherwise concerned, in facilitating the retention or control by or on behalf of another's proceeds of criminal conduct, whether by concealment, removal from the jurisdiction of the courts or transfer to nominees or otherwise. It is also an offence to enter into an arrangement or be otherwise concerned, whereby the proceeds of a person's criminal conduct are used to secure that funds are placed at his disposal or are used to acquire property by way of investment for that person's benefit. As in the case of the drug related offences, an accused is entitled to a defence if he proves that what he did was done after proper disclosure to the authorities and with their approval, or that he reported what had happened as soon as reasonable. Protection is also provided for those who disclose in breach of contract or an obligation of confidentiality. An accused will also be entitled to a defence if he can prove that he neither knew or suspected that any arrangement related to the proceeds of criminal conduct or that the arrangement involved facilitating the laundering of such proceeds. Section 93B mirrors section 51 of the Drug Trafficking Act 1994 in that it makes it an offence to acquire, use or possess property, knowing that it is in whole or part directly or indirectly derived from the proceeds of criminal conduct. As in the case of section 51, it is necessary that the prosecution establishes actual knowledge, mere suspicion not being sufficient for liability. The same defences are also available, namely the payment of adequate consideration, provision of goods and services in the ordinary course of business and „whistle blowing". By section 93C(1) it is an offence to conceal, disguise, convert, transfer or remove from the jurisdiction of the courts, any property which is directly or indirectly, in whole or part the proceeds of criminal conduct. Section 93C(2) renders it a crime for

anyone else to assist another to do this, provided they have knowledge or reasonable grounds to suspect that any of the property represents directly or indirectly the proceeds of criminal conduct. The objective element should be noted. Finally, section 93D makes it an offence for a person knowing or suspecting that a money laundering investigation is in progress or is about to be initiated, discloses this knowledge or suspicion to another if such is likely to prejudice the inquiry.

In addition to the substantive offences regard must be had to the Money Laundering Regulations (1993 No. 1933) which came into force 1st April 1994. These are concerned with putting into place within financial and other institutions mechanisms to ensure due compliance with the substantive provisions, to deter money laundering and to facilitate effective and efficient detection and investigation. Financial institutions which come within the scope of the Regulations are required to create, implement and operate internal procedures. Failure to do this is a criminal offence, although it is a defence for the institution to show that it took all reasonable steps and exercised proper due diligence in seeking to comply with the requirements of the Regulations.

There was considerable debate prior to the enactment of the 1986 Act as to whether it would be appropriate to follow the practice in the US and now in a number of other countries, of requiring by law the reporting, to an official agency, of all cash and certain other financial transactions in excess of a specific amount. This was opposed by the British banking community on the basis that it would be unworkable. The Government accepted this and the legislation introduced a suspicion based reporting system which, as we have seen, has been strengthened by the 1993 Act. Where an individual is aware or suspects that he is dealing with a person who has funds by virtue of a drug offence then he will be entitled to a defence on a charge of laundering, if he reports his suspicions to the authorities. The authorities are empowered to authorise that person to continue to provide

the service in question to enable further information to be obtained. The person who does report his suspicions is relieved from the prospect of civil liability for breach of contract, but possibly not other forms of civil liability.

Before leaving the criminal law, it must be remembered that one of the most dramatic cases to be brought before the courts in recent years involving the laundering of the proceeds of a robbery was the prosecution for handling the proceeds for the Brinks Mat gold bullion robbery, contrary to section 22 of the Theft Act 1968. It is sufficient for this offence to be committed that a person receives goods, including money, which is the product of a theft or deception in Britain or elsewhere, or receives the proceeds of such a crime, at a time when he knew or believed that the property in question was stolen and that he acted dishonestly. In the Brinks Mat case individuals, including a solicitor, were convicted of receiving the proceeds of the original theft, when they assisted the thieves and others in laundering the money that represented the stolen bullion. Where a person is under a duty to another to disclose that, for example, profits have been made or a bribe or secret commission received, then an agreement to hide this might well constitute an indictable conspiracy to defraud. The Privy Council in the recent case of *Adams* v. *The Queen*[36] considered that an agreement between certain individuals who were under a fiduciary duty to their company to disclose certain profits to hide their existence, amounted to such a conspiracy.

Making the Launderer Pay

Whilst the various provisions which exist in the criminal law have produced problems for those who regularly handle other people's money, in practice there is little chance of someone ending up in the

36. (1995) 1 WLR 52, see B. Rider, When Silence is a Crime (1995) 16 Company Lawyer 162.

criminal courts who has not acted with knowledge that he is participating in the laundering of dirty money. It is most unlikely that an honest, but stupid banker would find himself in court. Thus, in the view of the author, the criminal law, whilst obviously important, is nonetheless primarily a sword to be brandished *in terrorem*. Of course, the criminal law does set standards upon which regulations and compliance procedures can operate with due authority, and perhaps most importantly, it provides a basis for international co-operation.

Perhaps of far greater significance in terms of risk for the ordinary banker and financial intermediaries is the civil law. It is possible to conceive of a number of scenarios where civil liability for, for example, conspiracy or fraud, might be a risk in a money laundering operation. However, it is the developments which have taken place in the law relating to constructive trusts that have placed those who handle other peoples' money in real jeopardy. A significant proportion of cases before the Chancery Courts today, involve attempts by persons who have been defrauded by another, to impose liability on others, such as bankers or financial intermediaries, who in some way or another facilitated the fraud. There are clear advantages in pursuing the facilitators of transactions who are often relatively well funded, more susceptible in practical terms to the jurisdiction of the court, and often because they are regulated or at least subject to some kind of professional supervision, bound to keep and maintain records. In other words, they are easy and relatively wealthy targets who are almost certainly not going to adopt the tactics of a „real" fraudster. Indeed, American agencies have long realised the cost effectiveness of „hitting" the professional financial advisor and thereby requiring such persons to almost vouch for the integrity of their clients and the deals they „sponsor."

The recent flood of cases seeking to impose civil liability on those, which might broadly be described as „fiduciary facilitators," are based on a principle of law most clearly set out by *Ungoed-Thomas*

J in Selangor United Rubber Estates v. Cradock.[37] In this case the learned judge referred to an established principle of equity, that where a person knowingly participates in another's breach of trust, he will be regarded as standing in the same place as the trustee. Whilst there has been much discussion in the books and cases as to the exact nature of this liability, and whether in all cases it is properly considered a constructive trust relationship, suffice it to say in this context, there would appear to be only two problems in fashioning this rule to become a most effective weapon against the money launderer. The first is simply what sort of misconduct will be sufficient to bring the principle into play. Most of the cases have involved either a conventional trust relationship, or at least something so close as to make little practical difference. It would seem, however, that the property diverted or misappropriated by the trustee must be capable of sustaining a proprietary claim and, is therefore, capable of being trust property. This point arose in the interesting case of *Nanus Asia Co. Inc. v. Standard Chartered Bank.*[38] Although the circumstances of the case are somewhat complex, it is sufficient to point out here, that the Hong Kong Court was required to determine whether the Standard Chartered Bank was in a position analogous to that of a constructive trustee in regard to profits from insider dealing in the US made by a Taiwanese. There was no problem in this case in regard to the bank's state of knowledge as it had already been joined in civil enforcement proceedings in the US.

There has been considerable discussion as to the requisite state of knowledge. The cases have indicated two basic standards, one requiring subjective knowledge, and the other a rather more objective or constructive standard. It was though that the distinction could be justified in terms of whether the third party who facilitates the breach of trust, comes into possession of the relevant property, or simply fa-

37. 1 [1968] WLR 1555.

38. 1 HKLR 96 (1990).

cilitates its control or retention by another. In the first case, a more objective standard was considered appropriate, and knowledge of facts which would put a reasonable man on notice that something dishonest was afoot would be sufficient to justify trustee liability. On the other hand, where the participation of the third party to does not extend to possession of the property, it was thought that the requisite degree of scienter should be actual knowledge. In view of recent cases, it would seem that the question of knowledge is rather more bound up with the nature of liability that is being imposed.[39] Where the third party does not come into possession of the trust property or its proceeds then it is difficult to conceive of him as a constructive trustee, or for that matter as having any status which would involve a proprietary nexus. The liability of such a person for participating in the breach of trust will be personal. In *AGIP (Africa) Ltd. v. Jackson*, the Court of Appeal[40] dismissing an appeal from Millet J.,[41] found no difficulty in regarding individuals who had facilitated the laundering of proceeds of a fraud, by incorporating companies and opening bank accounts in the names of these companies, constructive trustees and thereby holding them personally liable. Of course, in such cases the liability is personal to the defendant and does not involve a proprietary liability. In this case, however, the courts found that the persons concerned had acted dishonestly. They knew of facts which in the circumstances made them suspicious, but deliberately refrained from inquiries which would have easily uncovered the fraud. Although the cases do indicate varying qualities of knowledge, it would seem the better view today that before a third party can be held liable as a facilitator the court will have to be shown that he knew the facts

39. See Sir Peter Millett, *Tracing the Proceeds of Fraud*, 107 LQR 71 (1991); and, B. Strong, *Civil Asset Recovery Procedures: How Equity Deters Fraud*, 13 Co. Law 44 (1992) and C. Rickett, and C. Rickett, *The Banker's Liability for Receipt in Equity and at Common Law*, (1995) 16 Company Lawyer 35.

40. [1991] 3 WLR 116.

41. [1989] 3 WLR 1367.

or deliberately turned a blind eye and acted with a lack of probity. The Privy Council in a recent case, *Royal Brunei Airlines Sdn Bhd* v. *Philip Tan Kok Ming*[42] handed down an opinion which does bring some clarity to this area of the law. The Privy Council emphasised that the liability of a person who assists or procures a breach of trust, but who does not himself actually receive the property in question, is based on his dishonesty. It matters not whether the trustee has himself been dishonest or not. Furthermore, the probity of the facilitator is to be judged, in the opinion of the Privy Council, on an objective basis. The test was whether he had acted in a way otherwise than a honest man would have in the circumstances. This would invariably involve conscious impropriety on the part of the facilitator, rather than mere negligence let alone simple inadvertence. However, a person might well be considered to be acting dishonestly for the purpose of imposing liability, where he recklessly disregarded the rights of others. The Privy Council underlined that in determining whether a facilitator had acted dishonestly his actual knowledge at the relevant time had to be considered by the court and this was a subjective issue. What might have been known by a reasonable man in the position of the facilitator might be probative but was not conclusive. Furthermore, the personal and professional attributes of the facilitator must also be considered, in determining what he did and for what reason. Thus, the prospect that a banker or financial intermediary could be held personally liable for negligently participating in money laundering operations appears to be receding. However, the position is still not entirely certain and the courts are plainly unsympathetic to those who become involved in such operations.[43] Speaking of the defendants in *AGIP v. Jackson*, Millet J. observed, „[T]hey made no enquiries ... because they thought that it was none

42. [1955] 3 LLR 64.

43. *Polly Peck International plc v. Nadir* (1992) 4 All ER 769, *Eagle Trust plc v. SBC Securities Ltd* (1992) 4 All ER 488, *Cowan de Groot Properties v. Eagle Trust plc* (1992) 4 All

of their business. That is not honest behaviour. The sooner that those who provide the services of nominee companies for the purpose of enabling their clients to keep their activities secret realise it the better."

The inter-relationship between the obligations of due diligence cast upon those who handle other people's money and the willingness of the courts to impose liability for knowing participation in breaches of trust, has yet to be addressed. Obviously, the more information that intermediaries are required to obtain and test, the more onerous will be their responsibilities, not only in regard to compliance with the civil law, but also in regard to their duties under the criminal law. The more that an intermediary is bound to know about its client, the greater will be the obligation; for example, in the context of financial services law, to ensure that financial advice is not only carefully given and researched, but is suitable to the circumstances of that particular client. By the same token, the more information is required according to due diligence and compliance procedures the more difficult it will be for an intermediary to resist allegations that it did know, or at best turned a blind eye, to its involvement in a breach of trust. Intermediaries and professional advisers are placed on the horns of dilemma, they are being pressured from a variety of irresistible sources to create more information which will fix them with greater knowledge on the one side, and yet on the other they are being required to assume responsibility for the integrity of transactions on the basis they had knowledge or should have had knowledge of the relevant facts. It is not at all clear that even the creation of internal barriers to the communication of information, within an organisation, such as a Chinese Wall, would be effective in all situ-

ER 700, *In Re Polly Peck International* (1992) BCLC 1025, *Re Montagu's Settlement Trust, Duke of Manchester v. National Westminster Bank* (1992) 4 All ER 308 and *Finers (a firm) v. Miro* (1991) 1 All ER 182 and in particular *Attorney General of Hong Kong v. Reid* (1994) 1 All ER 1.

ations.[44] The Courts have not been sympathetic to such devices[45] and in any case the liability of the institution as a whole may be unaffected by such arrangements. The courts have shown a willingness to attribute knowledge on the part of an official to the organisation as an entity[46] and in a recent case[47] the House of Lords went very far in attributing the mind of a relatively junior employee acting outside any vestige of authority to his employer.

It is also unclear as to what the relationship is between the civil law and the mechanisms established under the relevant provisions in the criminal law relating to the reporting of suspicions to the authorities. It is certainly arguable that the reporting of a suspicious fact to the police or even perhaps an internal compliance officer would be sufficient to bring into play the civil law relating to knowing receipt, if not knowing assistance in the breach of trust. It would be difficult for a banker who considers it appropriate to report his suspicions to the police, to argue that he did not have a sufficient basis for suspicion in the civil law particularly after the opinion of the Privy Council in *Royal Brunei Airlines Sdn Bhd* v. *Philip Tan Kok Ming*. Whilst the consent of the police to continue with a particular transaction might well be a good defence to a subsequent charge of money laundering, it is not at all clear that it would be an answer to a civil claim. As we have seen the statutory provisions giving immunity from civil liability for reporting to the authorities only relate to liability that is consequent upon a breach of contract or violation of a

44. See generally B. Rider, *The Fiduciary and the Frying Pan*, Conveyancer 114 (1978); and B. Rider, *The Regulation of the British Securities Industry*, Oyez, Ch. 5 (1979).

45. *Lee (David) & Co (Lincoln) Ltd* v. *Coward Chance* (1991) Ch. 259 and *Re a Firm of Solicitors* (1992) 1 All ER 353.

46. *El Ajou* v. *Dollar Land Holdings Plc* (1994) 2 All ER 685.

47. Director General of Fair Trading v. Pioneer Concrete UK (1995) 1 All ER 135 and see also *Meridian Global Funds Management Asia Ltd* v. *Securities Commission* (1995) 3 All ER 918. In regard to the implications for compliance see C. Nakajima *The Limits of Prohibition* (1995) 16 The Company Lawyer 51.

duty of confidentiality. They do not address the issue of breach of trust. In *Finers (a Firm)* v. *Miro*,[48] both Mummery J. at first instance and the Court of Appeal thought that the most appropriate course for a solicitor who was worried that he might find himself in the same position to the accountant Mr Jackson in the AGIP case, was to seek out and inform those who he considered might be beneficially entitled to the money in question of his suspicions. Full and frank disclosure is generally the best means of avoiding a conflict of interest and there can be little doubt that a person fearful that he may be a prospective constructive trustee would be well advised to appraise the beneficiary of the circumstances. Of course, in the context of money laundering this may not always be a particularly practical or sensible approach. Furthermore, there is a real danger that a perspective constructive trustee in such circumstances may be accused of 'tipping off' the beneficiary that an investigation into a possible offence is under way or is about to be initiated. It is thought by some that the best course of action for a person who has received funds or who may be a facilitator is to apply to the High Court for instructions, before making a report of the suspicions to the authorities.[49] Whilst this may be a prudent course of action it is hard to see that an application to the Court would be considered 'tipping off' whether a report has been made or not, unless the application was a sham. Nonetheless, it is to be regretted that intermediaries and others are placed in such a dilemma. It is clear that the Government did not give adequate attention to the interplay between the civil and criminal law when it was framing the anti-money laundering provisions in the 1993 Act.

48. (1991) 1 All ER 182.

49. See B. Rider, 'The Horns of Dilemma' (1995) 16 Company Lawyer 130.

Conclusions

The present author has deliberately refrained from focusing on the laundering of profits from the illicit trade in drugs and narcotics, as this issue, although of fundamental importance, has tended to dominate the debate on controlling money laundering. It has also tended to accentuate the often competing interests of drug consumer and drug producer countries, and in particular those, often developing countries which face currency and capital flight, as compared with the more stable and invariably western jurisdictions which offer 'end deposit' facilities. The processes involved in laundering money, or other form, of wealth, are not necessarily abusive or an evil in themselves. Indeed, simply keeping wealth secret may not be objectionable in either a legal or moral sense. In certain circumstances it might well be prudent and beneficial. It is also the case that law enforcement, even in the widest sense of the word, will never have sufficient resources to police all transactions designed to obscure the source of funds obtained from serious criminal activity. It must be remembered that whilst the proceeds of illicit trafficking in drugs are vast, other forms of criminal activity such as art and cultural property related crimes, securities frauds and counterfeiting also produce sums well beyond comparison with many national economies. Thus, whatever devices that the law has for detecting and controlling, or rather inhibiting, money laundering, must be deployed strategically to best effect. Obviously, it is those crimes which are highly dependent upon the reinvestment of washed funds,[50] which are clearly referable to economic motives, that are most susceptible to control, through interrupting the financial pipeline. It must also be recognised that it is interruption of the flow of funds that is likely to achieve the most effective results, and not full blown confiscature proceedings. The delaying of funds in transmission so as to cause liquidity problems for those en-

50. See generally B. Rider, Organised Crime in the United Kingdom, Home Affairs Committee, House of Commons, November 1994, HMSO.

gaged in operating a criminal enterprise is likely to be more efficacious in harming the criminal activity in question, than the initiation of difficult and expensive judicial proceedings which may or may not result in a forfeiture order. Of course, merely seeking to interfere in conventional banking and other financial operations, without the sanction of legal authority, has serious constitutional and other implications. There have been cases where banks and intermediaries have been sued for cooperating with law enforcement agencies seeking their assistance on an informal basis. The dimension of so called „proactive" policing is one fraught with legal problems and pitfalls.

Even in situations where it is most unlikely judicial proceedings will be feasible whether for evidential, jurisdictional, resource or even political reasons, it must never be forgotten that the intelligence value of information relating to the funding of enterprise and serious crime may be of critical value, both strategically and tactically. As has already been pointed out, one of the possible side effects of enhancing the enforcement potential of the authorities in seizing the fruits of criminal activity, is that criminal organisations are encouraged to employ even more sophisticated processes in laundering their ill-gotten gains. Hence, a potential reduction in the flow of information which may be refined into intelligence and then used to undermine or inhibit the primary activity of the relevant criminal group. This has proved to be a particular problem in regard to terrorist organisations and the Colombian Cocaine cartels. This is not to say that the intelligence value of such information is always greater or significantly more use, then an asset identification and removal programme. It does, however, underline the importance of an integrated approach to these problems and the fact that 'taking the profit out of crime' involves rather more than the enactment of legislation.

The civil law and in particular tax law can be used with great effect to inhibit the operation of criminal enterprises. Of course, tax and fiscal regulations have long been utilised against organised crime in the USA and to a lesser extent in other countries. Exchange control

regulations provide a useful mechanism for at least monitoring the flow of funds, although with widespread deregulation in the economies of most countries, such structures are becoming relatively uncommon. The civil law's procedures for compensating those who have suffered from an unlawful act and which allow the restitution of property in certain circumstances, obviously have the potential for depriving criminals of their ill-gotten gains.[51] However, whilst the present writer is firmly of the view that suitably modified civil and administrative procedures could be employed with great effect against criminal enterprises, as they have in the USA, there remains a problem of standing. Generally speaking it is only the victim who has *locus standi* to sue and these proceedings may well involve both considerable costs and a great deal of time. Nonetheless, there are statutory provisions, such as in the Financial Services Act 1996,[52] which allow public regulatory authorities such as the Securities and Investments Board to bring essentially restitutionary suits designed to take away from fraudsters and other malefactors their ill-gotten, or at least undeserved gains.[53] Such procedures would be particularly effective in regard to crimes such as insider dealing, which are often motivated purely by the prospect of financial gain. As the experience of the Serious Fraud Office has clearly shown it cannot be supposed that the traditional criminal justice system is capable of effectively bringing the perpetrators of serious fraud to book, let alone the money launderer.

In the result the most that can be hoped for is that a combination of devices will serve to render the objectionable stages of the laun-

51. See B. Rider, Civilising the Law - The Use of Civil and Administrative Proceedings to Enforce Financial Services Law, (1995) 3 Journal of Financial Crime, 11.

52. See generally B. Rider, C. Abrams and E. Ferran, CCH Guide to the Financial Services Act (2nd edn. CCH) and supra at note 51.

53. See also B. Rider and T.M. Ashe, The Fiduciary, The Insider and The Conflict (1995) Brehan, Sweet and Maxwell, and supra at note 51.

dering process relatively uneconomic. There will always be someone somewhere who will be prepared to prostitute his or her integrity and profession by receiving, or facilitating the transmission, of funds from illicit sources. Indeed, it is more or less a safe bet there will always be governments or at least agencies of government that are equally prepared to compromise. The ultimate solution in terms of such countries and administrations must be political, but whilst we await the arrival or utopia the appropriate strategy would appear to be to make it so uncomfortable, tiresome and expensive for the crooks to wash their ill-gotten gains through our banks or financial institutions, they will find another more attractive venue. Of course, as a consequence of this strategy even quite proper and acceptable business will be disadvantaged and required to submit itself to additional burdens, risks and expenses. There is the risk that there will be at least a perception that the system has become uncompetitive and unattractive to business that has the ability to relocate or at least move its money through some other channel. This is why it is proving so difficult to persuade the New Republics in Central and Eastern Europe to implement meaningful regulatory procedures, when at the same time they are been exalted to open their doors to capitalism. At the end of the day, perhaps we should all take breath, and ask whether the systems that are being erected together with the new financial thought police that one encounters in most jurisdictions, are worth all the fuss and expense in terms of protecting our societies from what is truly objectionable and evil. Like the crusade against insider dealing that was launched from Washington a few years ago, there is a real question as to proportionality and relevance of the response to the problem.

PRANIE BRUDNYCH PIENIĘDZY W SKALI MIĘDZYNARODOWEJ
Wzrost roli prawa cywilnego w kontroli zjawiska

Streszczenie

Uzyskiwanie a następnie kontrola nad zdobytymi pieniędzmi (lub szerzej bogactwem) jest jedną z najsilniejszych motywacji w zakresie popełniania przestępstw. Z kolei, im intensywniejsze są działania organów państwowych starających się kontrolować nielegalne dochody obywateli, tym bardziej oczywiste stają się coraz bardziej skomplikowane metody ukrycia dochodów, co w pewnym uproszczeniu można to określić praniem brudnych pieniędzy. Zjawisko to istniało już w odległej przeszłości (np. templariusze), ale obecne czasy charakteryzują się znacznie większą złożonością w tym zakresie. Organa państwowe zwalczające to zjawisko mają bowiem obecnie kontakt nie tylko z tym, kto swoje pieniądze pierze, ale również z całą grupą pośredników, którzy w sposób świadomy bądź nieświadomy w tym procesie uczestniczą. Na tym tle powstają problemy nie tylko prawnokarnej, ale i cywilnoprawnej natury.

W obecnych czasach podstawowym źródłem brudnych pieniędzy są narkotyki. Prawdą jest jednak i to, że określenie „brudne" możemy przypisać innym pieniądzom, niekoniecznie zawsze pochodzącym z przestępstwa. Obecny świat potrzebuje bowiem nieujawnionych źródeł dochodów, np. dla celów kampanii wyborczej. Problem prania brudnych pieniędzy ma swój wymiar międzynarodowy, niektóre kraje tolerują w sposób świadomy dopływ nielegalnego kapitału.

Zastrzegając pewne uproszczenia, można wyodrębnić kilka faz prania brudnych pieniędzy. Pierwszą z nich jest pewna konsolidacja zdobytych nielegalnie pieniędzy, by kolejnych operacji było jak najmniej. Następnie tak zebrane pieniądze są transferowane zwykle za granicę. Transfer tych pieniędzy łączy się z włączeniem ich w system

bankowy. Kolejną fazą jest dokonywanie dużej ilości transakcji, zwykle wielostronnych (by były mniej czytelne). Ten etap generuje koszty, które przestępcy muszą jednak ponieść. W kolejnym etapie pieniądze są umieszczane na końcowym rachunku end deposit.

Światowe regulacje dotyczące zwalczania procederu prania brudnych pieniędzy zostały zapoczątkowane w USA i do dzisiaj kraj ten posiada wzorcowe ustawodawstwo w tym zakresie.

Normy brytyjskiego prawa karnego dotyczące prania brudnych pieniędzy są dosyć rozproszone. Podstawowymi aktami prawnymi są:
- Drug Trafficking Offences Act (1986);
- Prevention of Terrorism Act (1989);
- europejska Directive of Money Laundering i Drug Trafficking Act (1994) - zastępujący wcześniejszy.

Podkreślić należy, że wielkie znaczenie dla zwalczania zjawiska prania brudnych pieniędzy mają dyscypliny inne niż prawo karne - tj. prawo cywilne, bankowe i podatkowe. W tym kontekście praktyka sądowa doprowadziła do obciążenia odpowiedzialnością cywilną osób, którym można przypisać świadome ułatwienie prania (fiduciary faciliators) np. różnego rodzaju formy powiernicze. Może to np. spowodować odpowiedzialność niesumiennego pracownika lub doradcy podatkowego.

Na tle zwalczania zjawiska prania brudnych pieniędzy pojawiają się problemy związane z ochroną prawa do prywatności lub ochroną tajemnicy handlowej. Rozwiązanie tego zagadnienia jest szczególnie trudne. Kolejną przeszkodą w zwalczaniu tego zjawiska są zmiany polityczne i gospodarcze w wielu krajach świata, w tym i w Europie Środkowo-Wschodniej. Niedostateczne rozwiązania prawne na tym obszarze są wyzwaniem i muszą być jak najszybciej wyeliminowane.

Claus Roxin

ZUR ENTWICKLUNG DES STRAFRECHTS IM KOMMENDEN JAHRHUNDERT

I. Umstände, die eine Prognose erschweren

Ein so weit in die Zukunft greifendes Thema, wie es mir gestellt worden ist, erlaubt wissenschaftliche Aussagen nur in begrenztem Maße. Denn erstens ist die Vorhersage der Zukunft schon an sich eine Rechnung mit vielen Unbekannten, für deren Lösung es keine allgemeingültigen Regeln gibt, wie der Ablauf der Zeit immer wieder schlagend beweist: Ein so epochales Ereignis z.B. wie der Zusammenbruch des Sowjetimperiums ist noch wenige Jahre vor seinem Eintritt von niemandem prophezeit worden, obwohl man meinen sollte, daß es aus den damals vorliegenden Fakten hätte ableitbar sein müssen. Und zweitens sind Entwicklungen im Bereiche der Sozialwissenschaften noch weit schwieriger prognostizierbar als technisch-naturwissenschaftliche Ereignisse. Während nämlich die Entwicklung der Naturwissenschaften linear in der Weise erfolgt, daß ein Fortschritt auf dem anderen aufbaut, verläuft die gesellschaftliche Entwicklung, in die auch das Strafrecht eingebettet ist, dialektisch: das heißt, Positionen und Gegenpositionen wechseln ab, Rückschläge sind jederzeit möglich. Es gibt die Rückkehr zur Inhumanität (etwa im Strafrecht der Nazizeit oder den innenpolitischen Terror Stalins). Auch können alte theoretische Positionen (wie etwa die Straftheorien von Kant und Hegel) immer neue Renaissancen erleben, während die Postkutsche und die Petroleumlampe nie mehr wiederkehren, wenn der technische Fortschritt einmal über sie hinweggegangen ist. Kurz: die Entwicklung im Bereich des Strafrechts ist mit geringerer Sicher-

heit zu prophezeien als die Entwicklung naturwissenschaftlicher und technischer Gegebenheiten. Ein Jules Verne des Strafrechts hat es insofern schwerer als der wirkliche Jules Verne, so sehr auch dessen vorausschauende Fähigkeiten zu bewundern sind.

II. Umstände, die eine Prognose erleichtern

Auf der anderen Seite hat es ein Strafrechtler bei einer Zukunftsprognose aber auch leichter als ein Naturwissenschaftler. Denn das Strafrecht entwickelt sich langsamer, als Naturwissenschaft und Technik es tun. Vor hundert Jahren steckten Auto und Telefon noch in den Anfängen und waren keine gewöhnlichen Kommunikationsmittel. Flugzeuge, Radio, Fernsehen, Atombomben, aber auch Antibiotika und Computer existierten noch nicht. Ich brauche diese Aufstellung nicht fortzusetzen. Denn jeder alte Mensch kann persönlich bezeugen, in welch radikaler Form sich unsere Lebenswelt z.B. auf den Gebieten der technischen Kommunikation oder der medizinischen Möglichkeiten verändert hat.

Dagegen gab es die Freiheits- und die Geldstrafe schon vor hundert Jahren in ähnlicher Weise wie heute. Sogar die Strafgesetzbücher sind zum Teil noch dieselben wie damals. Über Sinn und Zweck der Strafe wird seit mehr als 2000 Jahren gestritten, ohne daß die Standpunkte sich entscheidend gewandelt haben. Natürlich weiß jeder Kenner des Strafrechts, daß sich auch auf diesem Gebiet vieles und Wesentliches verändert hat. Aber die Dimensionen der Veränderung sind doch geringer als in anderen Lebensbereichen. Das zeigt sich daran, daß ein juristisch nicht vorgebildeter Normalbürger, wenn man ihn nach den Fortschritten des Strafrechts in den letzten hundert Jahren fragt, nicht sehr viel wird zu antworten wissen.

Es ergibt sich also, daß die Entwicklung des Strafrechts einerseits unübersichtlicher und weniger geradlinig verläuft als in den von naturwissenschaftlicher Erkenntnis geprägten Lebensbereichen, daß sie aber auch viel langsamer vonstatten geht und weniger radikale Veränderungen mit sich bringt.

Neben diesen beiden Grundgegebenheiten will ich drei weitere Prämissen nennen, die ich meinen folgenden Ausführungen zugrunde lege. Erstens sehe ich ab von der Möglichkeit globaler Katastrophen (etwa atomarer oder ökologischer Art); von einer Entwicklung des Strafrechts kann man sinnvollerweise nur unter der Voraussetzung reden, daß das Überleben der Menschheit als solcher im großen und ganzen gesichert ist. Zweitens beschränke ich mich im wesentlichen auf die Entwicklung des Strafrechts in den von der abendländischen Zivilisation geprägten oder beeinflußten Ländern; ethnologische Sonderbefunde lassen sich in einen Vortrag nicht einbeziehen. Und drittens bekenne ich mich entgegen der kulturkritischen Grundtendenz unserer Zeit zu einem gemäßigten Fortschrittsoptimismus. Ich glaube, dies tun zu müssen, obwohl ich weiß, welche Gefahren der angebliche Fortschritt in vielen Bereichen mit sich gebracht hat. Aber jedenfalls im Strafrecht ist, wenn man die Geschichte der letzten Jahrhunderte überblickt, eine Tendenz zum Fortschritt im positiven Sinne, d.h. eine trotz aller dialektischen Rückschläge in der Gesamttendenz zunehmende Humanisierung, unverkennbar. Es wäre unvernünftig anzunehmen, daß sich diese Entwicklungsrichtung auf die Dauer umkehren sollte.

III. Fünf Thesen

Schon der soeben gezeichnete Rahmen läßt erkennen, daß ich vom Strafrecht der nächsten hundert Jahre zwar viele und zum Teil einschneidende Veränderungen, aber keinen revolutionären Perspektivenwechsel erwarte. Ich fasse meine Überlegungen in fünf Thesen zusammen: Es wird das Strafrecht auch in hundert Jahren noch geben (IV). Das Strafrecht wird eine Europäisierung und teilweise Globalisierung erfahren, die nationalen Strafgesetzbücher aber vermutlich bestehen lassen (V). Die Zahl der Strafvorschriften und auch der Verstöße gegen sie werden weiter zunehmen (VI). Dafür werden aber die Strafen milder werden (VII). Außerdem werden die Reaktionen auf strafbares Verhalten sich weitgehend verändern, indem die Freiheits-

strafe immer mehr zurücktritt und durch ein reichhaltiges Arsenal von Rechtsfolgen ergänzt oder auch ersetzt wird, die zwar strafbares Verhalten voraussetzen, aber nicht mehr als Strafe im herkömmlichen Sinne verstanden werden können (VIII).

IV. Es wird auch in hundert Jahren noch ein Strafrecht geben

1. Eine Abschaffung des Strafrechts wird nicht möglich sein

Der Gedanke, das Strafrecht in Zukunft abzuschaffen, ist nicht absurd. Vielmehr werden abolitionistische Forderungen, wenn auch bisher nur von Außenseitern, seit langem vertreten[1]. Man kann die Strafe für ein inhumanes Repressionsinstrument erklären und darauf hinweisen, daß es die Kriminalität und ihren immer weiteren Anstieg nicht verhindere. Die aufgeklärte Gesellschaft der Zukunft werde Organisationsformen finden, die der Strafe mit ihren sozial schädlichen Folgen nicht mehr bedürfen.

Man kann solche Voraussagen auf die verschiedensten theoretischen Positionen stützen, die ich hier nicht im einzelnen anführen kann. Nur beispielshalber sei darauf hingewiesen, daß nach marxistischer Lehre in einer entwickelten sozialistischen Gesellschaft die Kriminalität verschwindet[2]. Aber auch andere Heilslehren politischer und religiöser Art erwarten von der Zukunft den „neuen Menschen", von dem sie die Rückkehr des Paradieses auf unsere irdische Welt erhoffen. Auch unabhängig von ideologischen Prämissen läßt sich behaupten, daß durch Geburtenkontrolle, gemeinsame Märkte und vernünftigen Umgang mit den Ressourcen unserer Welt eine allgemeine

1. So bereits *Vargha*, Die Abschaffung der Strafknechtschaft, Studien zur Strafrechtsreform, 2 Teile, 1896 und 1897. In neuerer Zeit *Mathiesen*, Die lautlose Disziplinierung, 1985; *Foucault*, Überwachen und Strafen, 1977.

2. *Lekschas*, Theoretische Grundlagen der sozialistischen Kriminologie, in: Buchholz (Hrsg.): Sozialistische Kriminologie, 2. Aufl.1971, 43-172.

oder wenigsten große Teile der Erde umfassende Wohlstandsgesellschaft geschaffen werden könne, die die Ursachen der Kriminalität beseitigen werde. Vereinzelt dennoch vorkommende Sozialstörungen werde man durch Abmahnungen oder allenfalls einen gesellschaftlichen Tadel ohne Straffolgen kontrollieren können.

Das sind sehr schöne Prognosen. Aber ich gebe ihnen keine Chance. Die 3000 Jahre der Menschheitsgeschichte, die wir überblikken und denen die nächsten hundert Jahre nur wenig Zeit hinzufügen, müssen uns lehren, daß ein Verzicht auf den notfalls zwangsweise durchsetzbaren Schutz von Individuum und Gesellschaft nicht möglich ist. Das Scheitern des sowjetrussischen Gesellschaftsexperiments haben wir alle miterlebt. Aber auch eine so bezwingende und unvergängliche Lehre, wie sie die christliche Bergpredigt enthält, hat die Menschen nicht ändern können. Christen sind im Durchschnitt durchaus keine besseren Menschen als die Angehörigen anderer Religionen oder auch als Atheisten und Agnostiker. Man kann solche historischen Einzelbefunde verallgemeinern und sagen: Keine Gesellschaft von einiger Differenziertheit hat je auf ein Strafrecht verzichten können. Vielmehr ist der Wunsch nach einem durch die staatliche Strafgewalt zu sichernden friedlichen mitmenschlichen Zusammenleben geradezu ein zentrales Moment der Staatenbildung. Noch heute ist der „Ruf nach Recht und Ordnung", das „law-and-order"-Denken, ein sozialpsychologisch und damit auch politisch unübergehbarer Faktor. Tatsächlich zeigt sich, daß beim Fehlen staatlicher Ordnungsgewalt - sei es in vorzivilisatorischen Räumen, sei es bei inneren Wirren, in Kriegs- oder Katastrophenzeiten - die stärkeren Fäuste alsbald eine Willkürherrschaft aufrichten, der jede staatliche Ordnung vorzuziehen ist[3].

3. Diese Gefahr sieht auch *Kaiser*, Kriminologie, Eine Einführung in die Grundlagen, 8.Aufl.1989, § 24, 5.5; *Kaiser*, Kriminologie, 2. Aufl.1988, § 37, Rn. 102 ff.

Die richtige Annahme ist wohl, daß „abweichendes Verhalten", zu dem die Soziologen vor allem auch die Kriminalität zählen[4], innerhalb der Spielbreite menschlicher Aktionsformen liegt und deshalb nicht auszurotten ist. Die gesellschaftlichen Umstände determinieren mehr das Wie als das Ob der Kriminalität: Wenn ganze Schichten der Bevölkerung hungern, entsteht eine große Armutskriminalität; wenn die meisten in guten wirtschaftlichen Verhältnissen leben, entwickelt sich eine Wohlstandskriminalität usw. Die gesellschaftlichen Veränderungen der nächsten 100 Jahre werden also, wie noch zu zeigen sein wird, die Erscheinungsformen der Kriminalität beeinflussen, an ihrer Existenz und damit an der Notwendigkeit des Strafrechts aber nichts ändern.

2. Auch eine Unterdrückung der Kriminalität durch verstärkte Sozialkontrolle ist nicht zu erwarten

Eine realistischere Möglichkeit, das Strafrecht überflüssig zu machen oder doch wenigstens die Kriminalität wesentlich zu reduzieren, will ich nicht unerwähnt lassen: sie liegt nicht in den positiven, auf eine Verbesserung der gesellschaftlichen Verhältnisse abzielenden, sondern in den negativen Utopien in der Art von Orwells „1984". Ein totaler Überwachungsstaat würde die Kriminalität tatsächlich erheblich senken können. Das zeigen die weniger krassen und darum lebensnäheren Varianten, die uns die Geschichte vorführt. So war z.B. in der DDR die Kriminalität tatsächlich geringer als in der Bundesrepublik[5]. Das lag aber nicht an den Segnungen des Marxismus, sondern an der allseitigen Bespitzelung in der DDR. Auch ein freies und demokratisches Land wie Japan hat eine spürbar geringere Kriminalität als die westlichen Industriestaaten[6]. Man führt dies allgemein

4. *Kaiser*, Kriminologie, Eine Einführung in die Grundlagen, 8. Aufl.1989, § 26, 1; *Kaiser*, Kriminologie, 2. Aufl.1988, § 40, Rn. 3; *Eisenberg*, Kriminologie, 3. Aufl.1990, § 5, Rn. 1 ff.

5. Vgl. hierzu *Freiburg*, Kriminalität in der DDR, Opladen 1981.

6. Siehe *Eisenberg*, Kriminologie, 3. Aufl.1990, § 51, Rn. 4 und § 52, Rn. 01.

darauf zurück, daß die japanische Gesellschaftsstruktur sehr viel weniger individualistisch ist als die westliche. Dadurch unterliegt der einzelne einer sehr viel stärkeren informellen Sozialkontrolle, die ihm abweichendes Verhalten erschwert. Auch wird in Deutschland z.B. die Tatsache, daß München die sicherste, d.h. kriminalitätsärmste, Großstadt ist, allgemein darauf zurückgeführt, daß München die stärkste Polizeipräsenz aufweist, mithin also die effektivste Sozialkontrolle hat[7].

Angesichts dessen muß man sich die Frage stellen, ob derartige Tendenzen eine Zukunft haben und sich vielleicht in den nächsten hundert Jahren in sehr viel massiverer Form durchsetzen werden. Hat also das Motto „Wenig Strafrecht kraft totaler Überwachung" eine realistische Perspektive? Nicht nur Kulturkritiker, sondern auch viele Strafrechtler nehmen das an und sehen darin durchweg keine gesellschaftliche Verbesserung, sondern eine abzulehnende Bedrohung der bürgerlichen Freiheit.

Tatsächlich wird die Intensität der Sozialkontrolle[8] in Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit zunehmen. Das betrifft nicht nur den Polizeieinsatz, sondern vor allem auch die sich ständig verbessernden technischen Möglichkeiten zur Abhörung von Gesprächen und zur Anwendung computergestützter Fahndungsmethoden[9]. Stellt man die Frage, inwieweit sich die Überwachungstendenzen gegenüber dem liberal-rechtsstaatlichen Schutz der Privatsphäre durchsetzen werden, so läßt sich insgesamt - vor allem im Hinblick auf die organisierte Kriminalität - ein verstärktes Eindringen des Staates in den Persönlichkeitsbereich des einzelnen vorhersagen. Es läßt sich aber durch die Einschaltung richterlicher Kontrollbefugnisse in rechtsstaatlich

7. Zur präventiven Wirkung der Polizeidichte vgl. *Kaiser*, Kriminologie, 9. Aufl.1993, 144.

8. Zum Begriff *Göppinger*, Kriminologie, 4. Aufl.1980, 4.3.1.2.

9. *Gropp*, Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, ZStW 105 (1993), 405 ff.

noch erträglicher Weise begrenzen. Die weitere Frage, ob zu erwarten ist, daß diese Grenzen eingehalten werden, wird sich im ganzen, auch wenn man mit einem wechselnden Einfluß der konträren Positionen rechnen muß, wenigstens für den europäischen Raum vorsichtig bejahen lassen. Denn die liberal-rechtsstaatliche Tradition unseres Kontinents hat eine zu lange Geschichte, um ganz verschüttet werden zu können. Auch wird die europäische Einigung verhindern, daß einzelne Staaten in totalitäre Organisationsstrukturen zurückfallen. Eingriffsregelungen, die die persönliche Freiheit zu sehr beschränken, wird außerdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entgegentreten können[10]. Von seinem Fortbestehen ist auszugehen; denn das Rad der Geschichte läßt sich nicht zurückdrehen.

Wenn ich demnach die Prophezeiung wage, daß Europa auch in den nächsten 100 Jahren nicht zu einem totalitären Polizeistaat werden wird, ergibt sich daraus zugleich die Antwort, daß eine Beseitigung oder Minimalisierung der Kriminalität durch komplette Überwachung nicht zu erwarten ist. Das ist sogar zu begrüßen. Denn die Opferung der bürgerlichen Freiheit wäre ein zu hoher Preis für eine erfolgreichere Kriminalitätsbekämpfung. Ein gewisses - in manchen Staaten heute allerdings zu hohes - Maß an Kriminalität ist die notwendige Begleiterscheinung[11] einer freien Gesellschaft und wird es auch in Zukunft bleiben.

V. Zur Europäisierung und Globalisierung des Strafrechts

Kriminalität und Strafrecht werden also bleiben. Es wird jedoch eine Europäisierung[12] und bis zu einem gewissen Grade eine „Globalisierung" des Strafrechts eintreten. Mit dem zuletzt genannten Be-

10. *Weigend*, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 105 (1993), 774, 778.

11. *Kaiser*, Kriminologie, 9. Aufl.1993, 248 f.

12. *Roxin*, AT I, 2. Aufl.1994, § 4, Rn. 26 b, c m.w.N.

griff will ich sagen, daß die Tendenzen zu einem Weltstrafrecht sich verstärken werden. Was ist damit nun konkret gemeint?

Ich glaube nicht, daß in den nächsten Jahrzehnten ein europäisches Strafgesetzbuch die nationalen Kriminalrechtsordnungen ablösen wird. Wahrscheinlich wird das noch nicht einmal in 100 Jahren der Fall sein. Denn der Nationalstaatsgedanke wird sich zwar nicht im militärischen und wirtschaftlichen Bereich, wohl aber hinsichtlich der Organisation von Kultur und Gesellschaft behaupten können. Ein europäischer Zentralstaat mit völlig einheitlicher Gesetzgebung ist auch kein erstrebenswertes Ziel. Denn das Recht und gerade auch das Strafrecht ist ein Produkt der kulturellen Entwicklung der einzelnen Staaten[13]. Diese Entwicklung abzubrechen und den europäischen Ländern auf administrativem Wege unter Vernachlässigung ihrer rechtlichen Traditionen eine Einheitsregelung zu oktroyieren, wird nicht durchsetzbar sein und wäre auch nicht richtig. Ich gehe also davon aus, daß ein einmal zu schaffender europäischer Bundesstaat die kulturelle Autonomie und damit auch die Strafgesetzbücher der einzelnen Länder erhalten wird.

Aber es wird sich auf drei Wegen eine schrittweise Angleichung unserer Strafrechtsordnungen vollziehen. Zunächst wird die Europäische Union, wie sie es zum Teil heute schon tut[14], in vermehrtem Maße durch Richtlinien und Verordnungen die einzelnen Länder zum Erlaß gleicher oder ähnlicher Regelungen bewegen. Das gilt vor allem für das Wirtschaftsstrafrecht[15] und ist auch für eine zusammenwachsende Wirtschaftsordnung unerläßlich.

Sodann wird die wissenschaftliche Zusammenarbeit, die zwischen den einzelnen Ländern auf dem Gebiet des Strafrechts besteht, zu einer weiteren Annäherung der verschiedenen Strafrechtsordnungen

13. *Weigend*, wie Fn. 10, 786.

14. *Weigend*, wie Fn. 10, 776; LK-*Jescheck*, 11. Aufl.1992, Einl., Rn. 102 ff.

15. *Müller-Wabnitz*, Wirtschaftskriminalität, 2. Aufl.1993, 14 ff.

führen. Denn das gemeinsame Nachdenken über unsere Probleme führt in vielen Fällen zu gemeinsamen Lösungen, die dann nicht von oben verordnet werden, sondern auf einem internationalen Konsens beruhen und dadurch um so tragfähiger sind. Das gilt weit über Europa hinaus. Auch die Staaten Mittel- und Südamerikas[16] und der gesamte ostasiatische Kulturkreis[17] arbeiten auf dem Gebiet des Strafrechts mit denselben juristischen Kategorien. Ein Weltstrafrecht wird also unbeschadet bestehenbleibender nationaler Besonderheiten näherrücken.

Schließlich wird die Annäherung der Lebensbedingungen, die eine gemeinsame Politik und ein gemeinsamer Markt zwangsläufig mit sich bringen, zwar nicht zu einer schematisierenden Vereinheitlichung, aber doch zu einer weiteren tendenziellen Gleichgerichtetheit der Strafrechtsentwicklung[18] in den einzelnen europäischen Ländern führen. Meine Prognose, die zugleich auch meiner persönlichen Zukunftsvision entspricht, läßt sich also für das Strafrecht wie für die gesamte europäische Kulturentwicklung in dem Motto zusammenfassen: Keine Gleichschaltung, sondern Einheit in der Vielfalt! Schon dieses Programm bedeutet aber eine Absage an jede Isolierung und die Erwartung einer immer enger werdenden Kooperation.

---

16. Schon dem Código Penal Tipo Para Iberoamérica der sechziger Jahre lag der neoklassische Verbrechensaufbau zugrunde, vgl. *Bustos Ramirez*, Consideraciones respecto a la estructura del delito en la reforma penal latinoamericana, Doctrina Penal, 1979, 477; *de Rivacoba y Rivacoba*, Pensamiento penal y criminológico del Código Penal Tipo para Iberoamérica, Doctrina Penal 1987, 713.

17. Für Japan vgl. den Sammelband zum Deutsch-Japanischen Strafrechtskolloquium 1988: Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, hrsg. von *Hirsch* und *Weigend*, 1989. Exemplarisch *Jescheck* zu den Beziehungen des Freiburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrechts zu Ostasien, in: Zong Uk Tjong-Gedächtnisschrift, 1985, 69.

18. Über gemeinsame Züge der Strafrechtsreform in Europa berichtet *Jescheck* in der Einleitung zum LK, 11. Aufl.1992, Rn. 130 ff.

VI. Die Zahl der Strafvorschriften und der Verstöße gegen sie werden zunehmen

Eine weitere Zunahme der Strafvorschriften ist leicht zu prophezeien. Sie folgt nicht nur aus den Regelungen, die die europäische Union mit sich bringen wird, sondern vor allem auch daraus, daß die sozialen Strukturen immer komplizierter werden. Einfache Gesellschaften können mit den zehn Geboten oder vergleichbaren Basisnormen auskommen. Aber die moderne Massengesellschaft läßt sich nur durch umfassende Reglementierungen steuern. Auch ziehen neue Entwicklungen sofort eine Flut neuer rechtlicher Vorschriften nach sich. Das gilt nicht nur für politische Entwicklungen, wie etwa Boykottmaßnahmen im Außenhandelsrecht, sondern ebenso auch für die zunehmende Umweltgefährdung oder moderne Technologien, wie wir sie in der Datenverarbeitung vor uns haben. So ist z.B. das Computerstrafrecht[19] in ständiger Bewegung, weil es sich an immer neue Informationstechnologien und deren Mißbrauch anpassen muß. Nur selten verzichtet der Gesetzgeber auf den Versuch, die Einhaltung neuer Vorschriften durch Strafdrohungen zu sichern[20].

Schon die Fülle neuer Strafvorschriften muß die Zahl der Straftaten in die Höhe treiben. Dazu kommen neue Formen strafbaren Verhaltens wie die organisierte Kriminalität, die mit der Öffnung der Grenzen notwendigerweise zunehmen wird. Aber auch bei einem herkömmlichen Alltagsdelikt wie dem Diebstahl ist eher mit einer Steigerung der Kriminalität zu rechnen. Das beruht nicht auf einem Versagen des Strafrechts, sondern auf sozialen, technischen und wirtschaftlichen Veränderungen, die dem Strafrecht vorgegeben sind. Es ist klar, daß die immer dichtere Besiedelung bei gleichzeitiger Anonymität des einzelnen Diebstähle im Verhältnis zur überschaubaren Dorfgemeinschaft früherer Zeiten erheblich besser ermöglicht. Auch

19. *Sieber*, Informationstechnologie und Strafrechtsreform, 1985, 14 ff. zu den Entwicklungstendenzen der einschlägigen Delikte; *Schmitz*, Computerkriminalität, 1990, 15 ff.

20. *W. Hassemer*, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, 378.

ist es - wenn ich zwei besonders beliebte Diebstahlsobjekte eigens nennen darf - sehr viel leichter, Fahrräder und Autos als Postkutschen zu stehlen; ganz abgesehen davon, daß ihre Zahl die der Postkutschen im 19. Jahrhundert um ein vielfaches übertrifft. Und wenn man die heute schon vorhandenen, aber sich ständig vermehrenden und vergrößernden Warenhäuser und Selbstbedienungsläden und die unerschöpfliche Fülle ihrer Angebote mit den kleinen, bescheiden ausgestatteten Kramerläden unserer Urgroßeltern vergleicht, wird man verstehen, daß bei Gegenständen des täglichen Bedarfs die Verlockung zum Stehlen heute unvergleichlich viel größer ist als ehedem. Die seit Jahrzehnten steigende Kriminalitätsrate[21] wird also voraussichtlich weiter anwachsen, wenn auch, weil ein erheblicher Teil der kriminalitätsfördernden Umstände schon heute vorliegt, vermutlich nicht in demselben Ausmaß wie in den vergangenen Jahrzehnten.

VII. Trotzdem werden die Strafen milder werden

Trotz des prognostizierten Anstiegs der Kriminalität werden die Strafen milder werden. Zwar wird gelegentlich noch heute für die Todesstrafe[22] oder neuerdings sogar für die Prügelstrafe (!)[23] plädiert. Aber langfristige Aussichten kann ich solchen Bemühungen, das Rad der Geschichte zurückzudrehen, nicht geben. Verfolgt man die Geschichte der Todesstrafe seit der Aufklärung, so ist sie eine gewiß von Rückschlägen unterbrochene, im ganzen aber doch kontinuierliche Geschichte ihrer Abschaffung. Denn alle vernünftigen Argumente[24], die hier aufzuzählen mir die Zeit fehlt, sprechen gegen sie; daher ist für die nächsten hundert Jahre mit ihrer völligen Beseitigung

21. *Kaiser*, Kriminologie, 9. Aufl.1993, 472, spricht von einem Anstieg der Diebstahlsdelinquenz in der BRD zwischen 1955 und 1990 um 367 %.

22. Zur schwankenden öffentlichen Meinung in dieser Frage vgl. *Jescheck*, AT, 4. Aufl.1988, § 71 I 2.

23. *Newman*, Just and painful - a case for the corporal punishment of criminals, London 1984.

24. Argumente für und wider werden kritisch angeführt bei *Martis*, Die Funktionen der Todesstrafe, 1991, 148 ff., 198 ff. sowie bei *Wolf*, Verhütung oder Vergeltung?, 1992, 130 ff.

zu rechnen. Auch eine Rückkehr zu den seit weit mehr als hundert Jahren endgültig abgeschafften Leibesstrafen wäre ein Verstoß gegen die Menschenwürde[25] und daher in Europa schon rechtlich nicht durchführbar[26].

Aber auch die heute noch allgemein in Europa praktizierten Strafen werden sich weiter mildern. Das erscheint nur auf den ersten Blick als paradox, weil es dem Laienverstand entspricht, auf steigende Kriminalität mit härteren Strafen zu reagieren. Es läßt sich aber bei genauerem Hinsehen leicht erklären. Denn die Freiheitsstrafe, die seit Abschaffung der Leibesstrafen das Bild der Strafe in den europäischen Ländern beherrscht hat, hat ihren Höhepunkt hinter sich und wird immer mehr zurücktreten. Das beruht auf zwei Gründen.

Einesteils ist es, je mehr die Strafvorschriften zunehmen und demzufolge auch die Straftaten anwachsen, desto weniger möglich, auf die Mehrzahl der Delikte mit Freiheitsstrafen zu reagieren. Dafür reichen die Strafanstalten und auch die für einen humanen Strafvollzug erforderlichen finanziellen Ressourcen bei weitem nicht aus. Andererseits ist die Verhängung massenhafter Freiheitsstrafen auch kriminalpolitisch nicht zu wünschen. Denn es ist eine gesicherte kriminologische Erkenntnis, daß bei den kleinen und den mittleren Straftaten, die die große Menge der Delikte ausmachen, eine (Re-)Sozialisierung im Wege der Freiheitsstrafe unmöglich ist. Man kann ein gesetzestreues Leben in Freiheit nicht gut durch den Entzug der Freiheit lernen; der Verlust des Arbeitsplatzes und die Trennung von der Familie, die mit der Freiheitsstrafe verbunden sind, wirken zusätzlich entsozialisierend[27].

25. *Zippelius*, in: Bonner Kommentar zum GG (Dez. 1989), Art. 1, Rn. 58 f.

26. Auch wegen Verstoßes gegen Art. 3 EMRK; dies hat die Europäische Kommission für Menschenrechte für die Prügelstrafe auf der Insel Man entschieden, NJW 1978, 475.

27. *Kaiser*, in: Kaiser/Kerner/Schöch, Strafvollzug, 4. Aufl.1992, § 2, Rn. 97, 102 ff.

Die kriminalpolitische Entwicklung wird sich also weiter von der Freiheitsstrafe wegbewegen[28]. An ihre Stelle tritt zunächst die Geldstrafe, und vor allem in ihrem verstärkten Einsatz liegt die Tendenz zur Milderung begründet, von der ich gesprochen habe. Wie weit der Verzicht auf die Freiheitsstrafe getrieben werden kann, mag die schon heute in Deutschland herrschende Praxis verdeutlichen. Im Jahre 1882 lauteten in Deutschland 76,8 % aller Verurteilungen auf eine zu vollstreckende Freiheitsstrafe und 22,2 % auf eine Geldstrafe. Wenig mehr als 100 Jahre später, 1990, betrugen die zu vollstreckenden Freiheitsstrafen nur noch 5,3 %, also nur noch ungefähr ein Fünfzehntel. Dafür wurden in 83,3 % aller Fälle Geldstrafen verhängt[29]; diese haben sich also annähernd vervierfacht. Bedenkt man nun noch, daß im Jahre 1990 ca. 494.000 Fälle wegen Geringfügigkeit oder gegen Auflagen nach §§ 153, 153 a der Strafprozeßordnung eingestellt worden sind (das ergibt 46,1 % der Verurteilungsmenge), so läßt sich erkennen, in welch drastischem Maße die Freiheitsstrafe auf dem Rückzug ist. In anderen europäischen Ländern ist diese Tendenz noch nicht so ausgeprägt[30], aber sie wird sich in Zukunft aus den geschilderten Gründen überall mehr oder weniger durchsetzen.

VIII. Die Strafe wird in Zukunft von einer Vielzahl anderer Reaktionen auf strafbares Verhalten ergänzt werden

Die Geldstrafe, deren wachsende Bedeutung ich soeben hervorgehoben habe, ist freilich kein Allheilmittel[31]. Sie versagt bei denen,

28. *Schöch*, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?, Gutachten zum 52. DJT 1992, C 20 ff.

29. *Kaiser*, Kriminologie, 9. Aufl.1993, S. 586.

30. Vgl. zur Häufigkeit der Freiheitsstrafe im internationalen Vergleich *Schneider*, Kriminologie, 3. Aufl.1987, 827, sowie *Schöch*, wie Fn. 28, C 21.

31. Zur Wirkungsweise der Geldstrafe, über die noch wenig bekannt ist, *Kaiser*, Kriminologie, 2. Aufl.1988, § 116, Rn. 44 f.

die kein Geld haben oder ihre Mittel dem Zugriff des Staates zu entziehen wissen. Sie wird auch in Zeiten der Rezession und in armen Ländern nicht mit derselben Häufigkeit eingesetzt werden können wie in prosperierenden Wohlstandsgesellschaften. Deshalb wird mit einer gewissen Zwangsläufigkeit in Zukunft eine bunte Palette von Sanktionen und Reaktionen entwickelt werden müssen, die zwar ein strafbares Handeln voraussetzen, aber nur zum Teil noch als Strafen bezeichnet werden können.

1. Neue Strafen

Neue Strafen im echten Sinne des Wortes, also zwangsweise auferlegte Nachteile, werden kaum noch hinzukommen. Denn überholte Strafen vergangener Zeiten (wie die schon erwähnten Körperstrafen oder die Verbannung) haben keine Zukunft. Als neue, gegenüber der Freiheitsentziehung mildere Strafe läßt sich der Hausarrest[32] denken, dessen Überwachung angesichts moderner elektronischer Sicherungssysteme kein Problem mehr sein wird[33]. Diese Sanktion hätte den Vorzug, nichts zu kosten, keine Gefahr krimineller Infizierung mit sich zu bringen und dem gleichwohl empfindlich spürbaren Freiheitsentzug eine humanere Form zu geben. Eine wirkungsvolle neue Strafe wäre auch das Fahrverbot, wenn es anders als heute als Hauptstrafe unabhängig von einem Verkehrsdelikt verhängt werden könnte[34]. Bei der Bedeutung, die das Auto für die meisten Menschen heute hat und trotz aller Bemühungen um andere Beförderungsmöglichkeiten auch in Zukunft noch haben wird, läge darin eine präventiv wirksame

32. In den USA wird diese Form der Freiheitsbeschränkungsstrafe bereits seit 1983 praktiziert; vgl. dazu *Weigend*, Bewährungshilfe, 1989, 289, 299; *Ball/Huff/Lilly*, House Arrest and Correctional Policy, 1988. Zum englischen Modell *Vosgerau*, Bewährungshilfe, 1990, 166; *Stern*, Bewährungshilfe, 1990, 335.

33. Zu den technischen Möglichkeiten *Weigend*, Bewährungshilfe, 1989, 299, Fn. 77; *Dünkel*, Neue Kriminalpolitik, 1988, 7.

34. Für ein erweitertes Fahrverbot auch *Schöch*, wie Fn. 28, C 117; *Dünkel/Spieß*, Bewährungshilfe, 1992, 131 f.

Freiheitsbeschränkung, die aber für den Staat kostenneutral, für den Täter weniger schädlich als die Freiheitsstrafe und außerdem umweltfreundlich wäre.

2. Neue Maßregeln

Schon heute haben die meisten europäischen Staaten neben den Strafen sogenannte Maßregeln der Besserung und Sicherung[35]. Sie unterscheiden sich von den Strafen dadurch, daß sie keine Schuld voraussetzen und auch in ihrer Zeitdauer nicht an das Maß der Schuld gebunden sind. Sie orientieren sich statt dessen an der Gesellschaftsgefährlichkeit des Täters. Bisher schon existierende Maßregeln dieser Art sind z.B. die Einweisung in eine psychiatrische Krankenanstalt, die bei zurechnungsunfähigen oder erheblich vermindert zurechnungsfähigen Tätern angeordnet werden kann; oder die Einweisung in eine Entziehungsanstalt bei Alkohol- und Drogensüchtigen[36].

Eine alte Reformforderung geht dahin, die Strafen in Zukunft gänzlich durch Maßregeln zu ersetzen[37]. Dem liegt überwiegend der Gedanke zugrunde, daß die Straftäter psychisch oder sozial Kranke seien. Das Motto dieser Bewegung ist also: Heilen statt Strafen. Wenn man sich fragt, ob die Zukunft des Strafrechts dieser Tendenz folgen wird, muß die Antwort differenzierend lauten. Es ist richtig, daß ein erheblicher Teil der Straffälligen, vor allem der habituellen Diebe, Betrüger und Sexualdelinquenten, in ihrer psychischen und sozialen Entwicklung gestörte Menschen sind. Sie bedürften einer wirkungsvollen Therapie, über die wir heute in der Mehrzahl der Fälle noch nicht verfügen. Es ist aber anzunehmen, daß in einigen Jahrzehnten erfolgreichere Methoden der Sozialtherapie, vor allem in

35. Einen vergleichenden Überblick liefert *Jescheck*, in: Jescheck (Hrsg.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate, Bd. 3, 1984, S. 2062 ff. m.w.N.

36. Näher zum Maßregelrecht *Roxin*, AT I, 2. Aufl.1994, § 3, Rn. 54 ff.

37. Vgl. etwa *Heinitz*, ZStW 63 (1951), 80 f., *Frey*, SchwZStR 88 (1951), 295; *Dreher*, ZStW 65 (1953) 488; *Sieverts*, Materialien Bd. I, 117; *Eb. Schmidt*, Niederschriften, Bd. I, 51 ff.

Form gruppentherapeutischer Behandlung, entwickelt werden können. Die sozialtherapeutischen Versuchsanstalten, die wir heute in Deutschland haben, lassen dies als aussichtsreich erscheinen. Demzufolge ist anzunehmen, daß therapeutische Maßnahmen in Zukunft in vermehrtem Maße neben die Strafe treten, sie ergänzen und zum Teil auch ersetzen werden. Heute machen die therapeutisch orientierten Maßregeln in Deutschland nur etwa 3 % der freiheitsentziehenden Sanktionen aus[38]; dieser Prozentsatz wird erheblich gesteigert werden können. Vor allem ist zu erwarten, daß sozialtherapeutische Anstalten allgemein als neue Maßregel eingerichtet werden.

Eine Ersetzung des Strafrechts durch therapeutische Maßregeln ist aber auch in Zukunft nicht zu erwarten. Zunächst muß man sich bewußt sein, daß manche der in ihrem Sozialverhalten gestörten Menschen einer Behandlung immer unzugänglich bleiben werden; dies schon deshalb, weil ohne eine freiwillige Mitarbeit des Delinquenten, an der es oft fehlen wird, eine Behandlung - jedenfalls unter menschenwürdigen Umständen - nicht möglich ist. Bei einer Verweigerung der Mitarbeit werden nur andere Sanktionen in Frage kommen. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, daß nur ein - wohl nicht einmal überwiegender - Teil aller Delinquenten einer Therapie, wenn es sie gäbe, bedürftig wäre. Verkehrs-, Umwelt-, Wirtschafts- oder Steuerstraftäter sind nicht weniger normale Menschen als der Bevölkerungsdurchschnitt; und auch die an der organisierten Kriminalität Beteiligten sind oft recht smarte Geschäftsleute von erheblicher Sozialkompetenz. Daß der Straftäter ein psychisch Kranker sei, läßt sich also keinesfalls generell sagen. Die Erweiterung der Maßregeln wird daher die Bedeutung der Strafe in Zukunft einschränken und relativieren. Sie wird aber die Strafen und andere Sanktionen nicht ersetzen können[39].

38. Eine detaillierte Übersicht zur Häufigkeit von Maßregelanordnungen liefert *Kaiser*, Kriminologie, 9.Aufl.1993, 613.

39. Ablehnend im Hinblick auf das Schuldprinzip auch BT-Drucksache V/4094, 19.

3. Freiwilligkeitsorientierte Sanktionen

Neben die gemilderten Strafen und die in ihrem Anwendungsbereich zunehmenden Maßnahmen werden im künftigen Strafrecht Sanktionen treten, die man nicht mehr als Strafen im eigentlichen Sinne, sondern nur noch als strafähnlich bezeichnen kann, weil sie zwar dem Täter etwas auferlegen, aber des Zwangs-Charakters der Strafe entbehren. Ich nenne ihrer zwei: die gemeinnützige Arbeit (a) und die freiwillige Wiedergutmachung (b). Ansätze für die eine oder andere dieser Sanktionen enthalten schon heute fast alle modernen Strafgesetzbücher; aber ihre große Zukunft haben beide noch vor sich.

a) Die gemeinnützige Arbeit

Was die gemeinnützige Arbeit betrifft, so ist hierbei an Dienstleistungen in Krankenhäusern und Pflegeheimen, aber auch bei staatlichen Einrichtungen aller Art zu denken[40]. Das kann vom Aktentransport über Reparatur- und Reinigungsarbeiten bis hin zu gärtnerischen Diensten in öffentlichen Anlagen gehen. Der Phantasie sind dabei kaum Grenzen gesetzt. Die gemeinnützige Arbeit kann in den meisten Fällen die Geldstrafe ersetzen, wenn der Täter sich dazu freiwillig erbietet. Die Sanktion hat den Vorteil, daß sie in konstruktiver Arbeit besteht, also mehr Persönlichkeitseinsatz erfordert als Freiheits- und Geldstrafe, die der Täter nur über sich ergehen zu lassen braucht. Da Zwangsarbeit für ein modernes Recht ausscheiden sollte und ohne Verstoß gegen die Menschenwürde auch nicht durchführbar wäre, würde die zu fordernde Freiwilligkeit gleichzeitig die Bereitschaft zur Erfüllung der übernommenen Aufgabe fördern und im Täter das Gefühl hervorrufen, etwas sozial Nützliches getan zu haben. Beides dient der Resozialisierung mehr als die herkömmlichen Strafen.

40. Vgl. die Übersicht bei *Schöch*, wie Fn. 28, C 97.

Heute sind die Vorbehalte gegenüber dieser theoretisch seit längerem bekannten Sanktion vielfach noch stark[41]. Es wird eingewendet, daß sie praktisch unüberwindliche Organisationsschwierigkeiten bereiten und nicht funktionieren werde. Auch sei eine derartige Sanktion unerwünscht, weil sie der ehrlichen Bevölkerung Arbeitsplätze wegnehme.

Stichhaltig sind diese Bedenken aber nicht[42]. Denn die Organisierbarkeit gemeinnütziger Arbeit ist vielfältig nachgewiesen[43]. Sie wird in Deutschland unter dem Namen des „Zivilen Ersatzdienstes" seit Jahrzehnten von Zigtausenden Kriegsdienstverweigerern geleistet, ohne daß dabei Probleme aufgetreten wären. Auch wird bei uns heute schon straffällig gewordenen Jugendlichen in erster Linie Sozialarbeit abgefordert; und auch bei dieser nicht leicht zu behandelnden Menschengruppe funktioniert das System. Auch die Befürchtung, gemeinnützige Tätigkeit könne die Arbeitslosigkeit erhöhen, wird der Realität nicht gerecht. Denn die gemeinnützige Arbeit soll gerade in Ferienzeiten und an Wochenenden geleistet werden, wo andere Menschen sich der Freizeit hingeben und deshalb ein notorischer Arbeitskräftemangel herrscht. Auch sind es gerade die schlecht bezahlten und deshalb nicht ausreichend versorgten Tätigkeitsfelder, zu denen der gesamte Bereich weniger qualifizierter sozialer Dienstleistungen gehört, in denen die Arbeit vornehmlich geleistet werden wird.

Bedenkt man dies alles, so läßt sich erwarten, daß in einigen Jahrzehnten gemeinnützige Arbeit als Folge strafbaren Verhaltens nicht seltener sein wird als Strafe oder Maßregel.

---

41. Ablehnend etwa LK-*Tröndle*, 10. Aufl.1978, § 43, Rn. 10; *Lackner*, JZ 1967, 519; *Eb. Schmidt*, NJW 1967, 1936; *Jescheck*, ZStW 80 (1968), 69 f.

42. Vgl. dazu bereits *Roxin*, JA 1980, 545 ff., 550; für gemeinnützige Arbeit auch *Baumann*, Schaffstein-Festschrift, 1975, 211; *Albrecht/Schädler*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1988, 278, 283; *Dölling*, ZStW 104 (1992), 281 f.; *Jung*, Sanktionensystem und Menschenrechte, 1992, 165 ff.

43. Vgl. nur *Schall*, NStZ 1985, 105 m.w.N.; grundsätzlich befürwortend auch *Schöch*, wie Fn. 28, C 97.

b) Die freiwillige Wiedergutmachung

Als zweite freiwilligkeitsorientierte Sanktion prophezeie ich der Wiedergutmachung eine große Zukunft auch im Strafrecht[44]. Ich meine damit nicht Einrichtungen wie die, daß der Angeklagte nach dem Vorbild der französichen action civile[45] auf Klage des Verletzten oder wie bei der englischen compensation order[46] durch den Richter im Strafverfahren zu Schadensersatz verurteilt wird. Das bedeutet nur eine Verlagerung der Zivilklage in den Strafprozeß und nützt dem Verletzten nichts, wenn der Titel, wie in den meisten Fällen, nicht durchsetzbar ist. Es bringt aber auch unter dem Gesichtspunkt der Bestrafung nichts, wenn Strafe und Schadensersatz in wechselseitiger Unabhängigkeit nebeneinander herlaufen.

Der neue Gedanke, dem ich für das kommende Strafrecht große Aussichten zuspreche, ist der, daß eine bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens geleistete freiwillige Wiedergutmachung zu einer obligatorischen Strafmilderung, bei günstiger Prognose auch zur Strafaussetzung zur Bewährung und bei kleineren Delikten in geeigneten Fällen sogar zum Absehen von Strafe (bei bestehenbleibendem Schuldspruch) führen soll. Diese Konzeption hat den Vorteil, daß sie dem Täter einen großen Anreiz zur Wiedergutmachung und dem Opfer eine unbürokratische rasche Entschädigung bietet, die der Staat gegenüber einem widerspenstigen Schuldner in vielen Fällen nicht durchsetzen könnte. Die Viktimologie, die Lehre vom Opfer, die in den letzten Jahrzehnten eine immer zunehmende Bedeutung erlangt hat, würde mit dieser Lösung einen entscheidenden Durchbruch im Sinne einer opferorientierten Strafrechtspflege erzielen.

---

44. Vgl. zur Wiedergutmachung als „dritter Spur" im Sanktionensystem auch *Roxin*, AT I, 2. Aufl.1994, § 3, Rn. 63 ff. m.w.N.; *ders.*, Lerche-Festschrift, 1993, 301 ff.

45. Dazu näher *Mérigeau* in: Eser/Kaiser/Madlener, Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, 1990, 325 ff.

46. Vgl. hierzu *Jung*, in: Eser/Kaiser/Madlener, wie Fn. 45, 93 ff.

Aber auch ein täterorientiertes Präventionsstrafrecht würde durch den Einbau der freiwilligen Wiedergutmachung in das Sanktionensystem ganz neue Impulse erhalten[47]. Denn wenn der Täter sich in seinem eigenen Interesse um eine rasche Entschädigung des Opfers bemüht, muß er mit ihm in Verbindung treten, sich mit seinem Verhalten und dem Schaden des Opfers innerlich auseinandersetzen und eine konstruktive, als sozial sinnvoll und gerecht unmittelbar einleuchtende Leistung erbringen, die viel zur Resozialisierung beitragen kann, also spezialpräventiv von großem Nutzen ist. Aber auch generalpräventiv, d.h. im Hinblick auf die Allgemeinheit, würde die Einbeziehung der freiwilligen Wiedergutmachung in das strafrechtliche Sanktionensystem sehr positive Wirkungen haben. Denn die soziale Störung, die durch eine Straftat hervorgerufen wird, ist erst dann wirklich beigelegt, wenn der Schaden wiedergutgemacht und der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt ist. Erst dann sehen der Geschädigte und die Allgemeinheit den Fall als erledigt an. Empirische Untersuchungen in verschiedenen Ländern haben ergeben, daß die Bevölkerung ganz überwiegend der Meinung ist, man könne bei kleinen und mittleren Straftaten bei freiwilliger Wiedergutmachung je nach Lage der Dinge von Strafe entweder ganz absehen oder sie doch wesentlich mildern[48].

Es fehlt mir die Zeit, den Gedanken einer strafrechtlich wirksamen Wiedergutmachung hier im Detail zu entfalten. Doch sei wenigstens noch darauf hingewiesen, daß er auch insofern eine große Zukunftsperspektive hat, als er zu einer Wiederannäherung von Zivil- und Strafrecht führen wird, die seit der frühen Neuzeit den Weg einer immer strikteren Trennung gegangen sind.

---

47. Vgl. dazu auch *Roxin*, AT I, 2.Aufl.1994, § 3, Rn. 64.

48. Zur gesellschaftlichen Akzeptanz der Konfliktregelung bei der Alltagskriminalität *Sessar*, Wiedergutmachung oder Strafen, 1992.

4. Verbandssanktionen

Verbandssanktionen gibt es schon heute in manchen Ländern und in unterschiedlichen Formen[49]. Aber sie sind doch dem Geist des Strafrechts, wie es sich in der europäischen Tradition entwickelt hat, fremd. Denn die Strafe wurde immer auf die individuelle Schuld eines einzelnen Menschen zurückgeführt. Societas delinquere non potest: Das war der Leitspruch eines von der mittelalterlichen Erfolgshaftung zur individuellen Zurechnung sich hinbewegenden Strafrechts.

Demgegenüber werden in Zukunft Verbandssanktionen eine große Rolle spielen. Denn die gesellschaftsschädlichsten Formen der Wirtschafts-, aber auch der Umweltkriminalität haben ihren Ursprung im großen und mächtigen Unternehmen; aber auch der gesundheitsschädigende Vertrieb verschiedenster Produkte wird für das Strafrecht ein immer größeres Problem. Werden in solchen Fällen Straftatbestände erfüllt, ist es oft schwierig und manchmal unmöglich, diejenigen zu ermitteln, die im Betrieb dafür verantwortlich sind. Denn die Verantwortlichkeit verteilt sich auf viele Personen, und das Verschulden des einzelnen läßt sich schwer nachweisen. Auch kann man den Gefahren, die von einem großen Betrieb - etwa für die Umwelt - ausgehen, durch Bestrafung einer austauschbaren Einzelperson nicht wirkungsvoll begegnen.

Dagegen können Sanktionen, die an ein Organisationsversagen anknüpfen (unabhängig davon, wen im einzelnen die Schuld trifft), präventiv sehr wirksam sein. Sie sollten von erheblichen Geldzahlungen bis zur Betriebsschließung reichen. Auch solche Verbandssanktionen, deren juristische Ausarbeitung noch in den Anfängen steht, sind keine eigentlichen Strafen mehr; denn diese setzen menschliches und Menschen zuzurechnendes Handeln und Verschulden voraus. Ein

49. Eine rechtsvergleichende Übersicht liefert *Schünemann*, LK, 11. Aufl.1993, § 14, Rn. 74 ff.

Verband kann nur im analogen Sinne einer juristischen Konstruktion handeln und Schuld auf sich laden; dafür müßten spezielle Zurechnungsregeln ausgearbeitet werden, auf die ich hier nicht näher eingehen kann[50]. Aber auch die Verbandsstrafe ist jedenfalls eine an die Erfüllung von Straftatbeständen anknüpfende strafähnliche Sanktion, und das genügt zur Bestätigung meiner These von der künftigen Auffächerung der strafrechtlichen Reaktionen.

IX. Fazit

Damit komme ich zum Ende. Gewiß habe ich mein Thema nicht erschöpft. Aber mein notgedrungen skizzenhafter und gewiß auch durch meinen persönlichen Blickwinkel beschränkter Überblick über das Strafrecht der Zukunft mag gezeigt haben, daß trotz der von mir prognostizierten Erhaltung der grundlegenden Institutionen des Strafrechts sehr wesentliche Veränderungen zu erwarten sind. Das neuzeitliche Strafrecht ist von einer Position ausgegangen, die nur die vergeltende Strafe kannte; und diese Strafe wurde meist philosophisch oder theologisch gerechtfertigt, wie dies in Deutschland die einflußreichen idealistischen Systeme Kants und Hegels und auch die Kirchen getan haben, indem sie das Strafurteil als stellvertretende Vollziehung des göttlichen Richterspruches auffaßten. Demgegenüber wird das Strafrecht der Zukunft immer mehr zu einem völlig säkularisierten gesellschaftlichen Ordnungsfaktor mit dem Ziel, Friedenssicherung, Daseinsvorsorge und Wahrung der Bürgerfreiheit zu einer Synthese zu bringen. Es wird sich neben der Strafe vielfältig differenzierender und flexibler sozialpolitischer Steuerungselemente bedienen müssen, die an strafbares Verhalten anknüpfen, aber nur strafähnlichen Charakter haben.

Das war mein Ausblick in die Zukunft, der keine apokalyptische Vision enthält, sondern einige Hoffnung für die nächsten hundert

50. Dazu *Schünemann*, LK, 11. Aufl.1993, § 14, Rn. 78 m.w.N.

Jahre gibt. An dieser Hoffnung muß festhalten, wer im Dienste kommender Generationen an der Verbesserung unserer gesellschaftlichen Verhältnisse arbeiten will.

*****

NA TEMAT ROZWOJU PRAWA KARNEGO W NADCHODZĄCYM STULECIU

Streszczenie

I. Okoliczności utrudniające prognozę

Zdaniem Autora prognoza dotycząca rozwoju prawa karnego jest o wiele bardziej niepewna, aniżeli ta odnosząca się do przyszłościowej oceny zjawisk z zakresu nauk przyrodniczych, ponieważ rozwój społeczny - w odróżnieniu do technicznego - niekoniecznie opiera się na zasadach logicznego następstwa.

II. Okoliczności ułatwiające prognozę

Z drugiej strony, sporządzenie prognozy dotyczącej rozwoju prawa karnego jest łatwiejsze, ponieważ tempa rozwoju w tym zakresie nie można porównać z szybkością przeobrażeń w zakresie postępu techniczno-przyrodniczego. Wychodząc z powyższego założenia, Autor proponuje pięć tez:

III. Prawo karne będzie jeszcze istnieć i w następnym stuleciu

Uwzględniając ostatnią 3000-letnią historię ludzkości, Autor odmawia podstaw istnienia, reprezentowanej przez niektóre ideologie, np. przez marksizm, możliwości likwidacji karania. Potwierdzeniem tej tezy może być tutaj przykład załamania się sowieckiego eksperymentu społecznego. Z prawa karnego nie może zrezygnować żadne rozwinięte społeczeństwo, ponieważ w przypadku braku dbającej o porządek władzy państwowej, pojawiają się inne formy władztwa, opartego często na samowoli, w stosunku do której władza państwo-

wa jest zawsze lepszą alternatywą. Przestępczość jako taka stanowi jedną z form ludzkiej działalności i dlatego nigdy nie będzie można jej wyeliminować. Zmiany społeczne mogą wprawdzie wpłynąć na zmianę form zjawiskowych przestępczości, ale nigdy nie zdołają podważyć jej występowania.

IV. Nie należy również oczekiwać pomniejszenia ilości przestępstw w drodze wzmocnionej kontroli społecznej

Autor nie widzi również żadnej realnej przyszłości dla hasła mniej prawa karnego dzięki totalnej kontroli. Wprawdzie kontrola społeczna, zdaniem Autora, ulegnie wzmocnieniu nie tylko przez zwiększoną interwencję policji, ale również dzięki ciągłemu doskonaleniu technicznych możliwości w zakresie podsłuchu rozmów i stosowaniu metod ścigania przy pomocy komputerów, jednakże liberalna i oparta o koncepcję państwa prawa tradycja europejskiego kontynentu pozostanie nadal aktualna, a to chociażby dzięki niepodważalnej egzystencji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Z tego względu, iż nie należy oczekiwać, że Europa w następnym stuleciu stanie się państwem totalitarnym, zdaniem Autora, przestępczość pozostanie typowym zjawiskiem charakteryzującym wolne społeczeństwo.

V. Europeizacja i globalizacja prawa karnego

Ponieważ właśnie prawo karne jest produktem rozwoju kulturowego poszczególnych państw, Autor jest przekonany o tym, iż w następnym stuleciu, nie tylko że nie pojawi się europejski kodeks karny, ale uważa to za mało prawdopodobne bądź też potrzebne. Pomimo to, jego zdaniem, nastąpi stopniowe zrównanie i to w potrójny sposób. Z jednej strony, Unia Europejska dzięki swoim wytycznym i zarządzeniom, szczególnie w zakresie prawa karnego gospodarczego, przyczyni się, i to w ciągle wzrastającej mierze, do wydawania tych samych lub podobnych unormowań prawnych. Po drugie, współpraca gospodarcza między poszczególnymi krajami doprowadzi do zbliżenia systemów prawnych, które to sięgać będzie daleko poza

europejski obszar, a mianowicie aż po kraje środkowej i południowej Ameryki oraz Azji Wschodniej. I w końcu upodobnienie się warunków życia spowoduje zbliżone procesy w rozwoju prawa karnego, czyli urealni wizję przyszłości, którą, zdaniem Autora, da się krótko ująć pod następującym hasłem nie zrównanie, lecz jedność w różnorodności.

VI. Liczba przepisów karnych i ilość wypadków ich naruszeń będzie rosła

Łatwy do przewidzenia wzrost przepisów karnych wyniknie, według Autora, nie tylko z unormowań Unii Europejskiej, lecz przede wszystkim będzie rezultatem ciągle wzrastającego skomplikowania struktur społecznych. W odróżnieniu od prymitywnych społeczności, nowoczesnymi społeczeństwami masowymi będzie można kierować tylko przy pomocy zróżnicowanych regulacji prawnych. W dodatku nowe formy rozwoju natychmiast pociągają za sobą powódź nowych przepisów, czego przekonującym przykładem może być prawo karne ochrony środowiska i związane z zastosowaniem komputerów. Już w samym wzroście liczby przepisów prawnych, Autor widzi, istotny powód wzrostu przestępczości. Do tego dochodzą, według niego, nowe formy przestępczości, szczególnie przestępczość zorganizowana, która jest rezultatem otwarcia granic. Ponadto należy się spodziewać wzrostu przestępczości w zakresie tradycyjnych już naruszeń przepisów prawa, ponieważ zmiany społeczne, techniczne i gospodarcze w społeczeństwie rosnącej konsumpcji prowadzą do coraz bardziej nieprzejrzystych stosunków i tworzą podatną glebę dla nowych form przestępczości.

VII. Kary będą jednak łagodniejsze

Praktykowane na kontynencie europejskim kary będą, zdaniem Autora, łagodniejsze, szczególnie kara pozbawienia wolności będzie z dwóch powodów ograniczana. Z jednej strony, reakcja na rosnącą przestępczość w postaci kary pozbawienia wolności będzie coraz mniej możliwa, ponieważ brak będzie zakładów karnych i środków

finansowych niezbędnych dla zagwarantowania humanitarnego odbywania kary. Ponadto masowe orzekanie kar pozbawienia wolności nie będzie również wskazane ze względów kryminalno-politycznych, a to w szczególności zgodnie z wynikami badań kryminologicznych w zakresie małej i średniej przestępczości. W miejsce kary pozbawienia wolności będzie w coraz szerszym zakresie stosowana kara pieniężna, na co już w tej chwili wskazują liczby w Niemczech i w innych krajach.

VIII. Dotychczasowa kara będzie w przyszłości uzupełniona przez liczne inne reakcje na karalne zachowanie

Ponieważ kara pieniężna nie może stanowić panaceum i nie zdaje egzaminu, w przypadku sprawców pozbawionych środków pieniężnych bądź takich, którzy wiedzą jak zabezpieczyć swój majątek przed państwem, należy, zdaniem Autora, poszukiwać nowych sankcji i reakcji na karalne zachowania.

1. Nowe formy kar

Jako o nowej i łagodniejszej karze w stosunku do kary pozbawienia wolności, według Autora, można pomyśleć o areszcie domowym, który dzięki nowoczesnym systemom zabezpieczania byłby łatwy do zrealizowania. Obok tego, jego zdaniem, zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych mógłby stanowić skuteczną karę, jeśli stosowano by go jako karę podstawową, niezależnie od naruszenia przepisów drogowych.

2. Nowe środki karne

Autor reprezentuje powściągliwy pogląd w stosunku do hasła leczenie zamiast karania i tym samym w odniesieniu do wielokrotnie żądanego zastąpienia kary przez środki karne zabezpieczające. Według niego, sprawcy z nawyknienia potrzebują skutecznej terapii, która dziś z wielu względów nie jest jeszcze możliwa, natomiast w przyszłości może być jednak znacznie zwiększona ze względu na ulepszone metody terapii w ogóle i terapii grupowej w szczególności. Zastąpienie prawa karnego środkami terapeutycznymi nie można

również oczekiwać i w przyszłości, ponieważ do niektórych sprawców nie można dotrzeć tymi metodami. Ponadto należy uwzględnić, że tylko pewna część sprawców wymaga zastosowania terapii, ponieważ trudno w stosunku do nich ogólnie zakładać, że są oni psychicznie chorzy. Szczególnie dotyczy to osób naruszających przepisy drogowe, o ochronie środowiska, o gospodarce i przepisy podatkowe bądź sprawców biorących udział w przestępczości zorganizowanej.

3. Sankcje dobrowolne

Obok złagodzonych kar wystąpią, zdaniem Autora, w zwiększonym stopniu sankcje, które mogą być określone tylko jako podobne do karnych, ponieważ brak im elementu przymusu; wymienia on przy tym przede wszystkim ich dwa rodzaje.

a) Praca społecznie użyteczna

Praca tego rodzaju może przyjąć formę służby w szpitalu, w domach opieki społecznej lub instytucjach państwowych wszelakiego rodzaju i może zastąpić karę pieniężną, o ile praca ta jest dobrowolna, praca przymusowa bowiem, jako naruszająca godność ludzką, nie może być brana pod uwagę w odniesieniu do nowoczesnego państwa prawa. Należy przy tej okazji podkreślić, że wbrew krytycznym opiniom już wielokrotnie udokumentowano możliwość zorganizowania takiej społecznie użytecznej pracy. Nie zwiększy ona, według Autora, również bezrobocia, ponieważ można ją stosować właśnie w czasach i na terenach o notorycznym braku sił do pracy.

b) Dobrowolne naprawienie szkody

Jeśli chodzi o naprawienie szkody, to Autor przepowiada jej, także i w prawie karnym, wielką przyszłość i to w tym znaczeniu, że reparacja dobrowolna, nie wynikająca ze skazania, a więc nie przymusowa, lecz dokonana jeszcze przed otwarciem rozprawy głównej, prowadzić musi do obligatoryjnego złagodzenia kary bądź warunkowego zawieszenia wykonania kary, a nawet do odstąpienia od karania; przy czym wymiar sprawiedliwości mógłby, obok zwiększonej orientacji na ofiarę, osiągnąć skuteczniejszą z punktu widzenia pre-

wencyjnego orientację na sprawcę. Sprawca bowiem, który troszczy się w dobrze pojmowanym własnym interesie o naprawienie szkody poniesionej przez ofiarę musi nawiązać kontakt z nią i skonfrontować się z własnym zachowaniem i samą ofiarą, co może być bardzo pożyteczne z punktu widzenia prewencji specjalnej. Ale także z punktu widzenia prewencji generalnej dobrowolne naprawienie szkody oddziaływuje pozytywnie, ponieważ w przypadku drobnych i średnich przestępstw powoduje taki stan załatwienia sprawy, który prowadzi do przywrócenia pokoju społecznego.

4. Odpowiedzialność osób prawnych

Również w odniesieniu do odpowiedzialności osób prawnych, która istnieje już w niektórych krajach i to w różnych formach, Autor przewiduje wielką przyszłość, ponieważ najbardziej społecznie szkodliwe formy przestępczości gospodarczej i przeciwko środowisku mają swój początek w wielkich przedsiębiorstwach i sprawca często jest tam nie do wykrycia. Odpowiedzialność osób prawnych, która przewiduje wysokie kary pieniężne, aż do zamknięcia zakładu, może, zdaniem Autora, jako sankcja podobna do prawnokarnej - nie nawiązująca bowiem do ludzkiego zachowania - być bardzo skuteczna z punktu widzenia prewencyjnego.

IX. Podsumowanie

Autor dochodzi do wniosku, że w stosunku do prawa karnego, mimo zachowania jego podstawowych instytucji, należy oczekiwać poważnych zmian. Prawo karne będzie się stopniowo rozwijało w kierunku sekularnego, społecznego i porządkującego czynnika, którego celem będzie stworzenie syntezy z takich elementów jak: zapewnienie społeczeństwu pokoju i godziwej egzystencji oraz wolności obywatelskich. Ażeby móc ten cel osiągnąć, konieczne są zróżnicowane i elastyczne elementy sterujące, które nawiązują do karalnych zachowań, lecz posiadają tylko podobny do prawa karnego charakter.

Ernesto U. Savona, Laura Mezzanotte

DOUBLE STANDARDS IN PUBLIC LIFE THE CASE OF INTERNATIONAL CORRUPTION

1. Introduction

There exists a common belief that international corruption is a one-way flow. According to this widespread conviction international corruption is mainly caused by Western country enterprises supposedly paying officials in the Third World, in order to do business in their countries where things are corrupt anyway and where they cannot do business otherwise. All this with the implicit excuse that this corruption will in no way contaminate commercial and institutional links within Western countries. Nothing could be more false.

This paper attempts to prove that international corruption concerns the industrialised countries and that for reasons ethical and functional to international competition it has to be effectively fought on the same level as national corruption.

The excuse for the „double track" theory between international and national corruption is that one tends to consider the corruption of foreign officials as something extra in the commercial competition that, after all, favours the economic interests of the country by helping the export business or in general the business deals of national enterprises abroad. This is the reason why some European states even allow the deduction from taxes of bribes paid to foreign officials under the heading of „intermediary commission". And this, while at the same time they are seriously combating corruption within their own countries.

The different standards of behaviour imposed by the legislation of the two markets seem to be based on the non-verified assumption that there is no link between the two phenomena and that therefore it is possible to turn off the taps of corruption on the inside while leaving them to run freely outwards.

Consider that bribery paid to an official or politician in a foreign country offers very little power or none at all that might create „social alarm", when the objects of bribery are foreign persons, the public immediately tends to assume that it is the others who are corrupt, that this corruption does not concern them. Even more so since, on a practical level, the further costs to the corrupting enterprise (such as the transfer of the corruption money) will be added to the price to be paid by foreign taxpayers/consumers. The inquiries of the italian magistrates have in fact revealed that multinational concerns in Italy have also adopted the practice of corruption. „Being accustomed to operating in the most varied social and institutional contexts many multinational concerns are likely to regard a request for bribery as a simple 'environmental' factor, a further cost to be calculated in the investment. The distance that exists between this kind of enterprise and the social and institutional context in which the bribery is paid consents an almost total objectivation of the under-hand exchange ascribed to local factors in front of which the enterprises claim to be completely powerless."[1]

This legal standing which allows for fiscal deduction of bribes offers the public opinion and the enterprises a legal support: basically it is the others who are corrupt and we are out of it, honest and clean. This, however, is an assumption that is quickly proved wrong when we look closely at some of the salient cases of international corruption that came to light during the last years within the countries of the European Union.

1. M. Magatti, „Corruzione politica e societa italiana", Il Mulino, 1996, bozze, p. 85.

The following cases have in fact taken place within countries of the European Union, subject of thorough research carried out by TRANSCRIME and of which this paper is the first of a series of works in progress.

2. Case Studies

According to OECD international corruption involves the „direct and indirect offer or provision of any undue pecuniary or other advantage to or for a foreign political official, in violation of the official's legal duties, in order to obtain or retain business."[2]

This definition perfectly describes the most clamorous international infra-European corruption case that took place during the last years: the so-called Agusta affair in Belgium which involved, among others, the exsecretary General of NATO, Willy Claes, forced to resign because of the scandal.

Although as yet there exists no legal truth concerning this - or many other - cases it is certain, however, that 51 million Belgian Francs have been paid by the Italian company Agusta producing helicopters to the Franco-Belgian and Flemish socialist parties in order to obtain an order for 46 military helicopters from the Belgian Government.

The proofs come from the ex-treasurer of the Flemish Socialist Party, Etienne Mange, who declared during the inquiry to have also received 60 milion Belgian Francs from the French company Dassault in order to obtain the contract for the anti-radar equipment to be installed on the F-16 aeroplanes of the Belgian military airforce. Following this statement the Belgian Court has issued an international order to seize Serge Dassault, ex-owner of the company.

2. OECD „Recommendations of the Council of the OECD on Bribery in International Business Transactions", Paris, May 1994.

Neither the Italian nor the French Courts have, however, been able to prosecute the corruptors for the payment of these bribes, even if the Agusta affair in the end turned out to be much more complex than a straight forward corruption case and hence the judges of the two countries have collaborated on two fronts, including the murder case of Andre Cools, President of the Flemish Socialist Party, involved in the scandal and killed on his doorsteps by an unknown killer.

Even more important is the privatisation case of the Greek cement company Aget-Heracles. In this case the then Prime Minister himself, Constantin Mitsotakis, was accused of having taken a bribe of 22,5 million US Dollars from the Italian agro-alimentary firm Ferruzzi in order to smooth the way to the sale of the company for a total of 225 million US Dollars.

The scandal burst during investigations by the Italian magistrates of „Clean Hands" when they were looking for elements of corruption in Italy in which the Ferruzzi firm was involved. In the course of inquiries officials of the company Calcestruzzi (a company controlled by the Ferruzzi group) admitted to have paid bribes for the acquisition of AgetHeracles and that part of the bribe paid in Greece had again been redirected towards Italian political parties.[3]

Other examples of the capillary network of corruption that thrive undisturbed within the European Union are the bribes paid to Spanish officials and probably also to politicians during construction works connected with Expo '92 in Sevilla. In that case two big European enterprises, German Siemens and French Alsthom, fought over the contract of the remodernisation of the railway network. The battle was fought on two levels: political (with exchange of favours between France and Spain concerning the question of Basque terrorism) as well as monetary. Heavy sums were paid by both companies to

3. S. Weeks, „Greek Government confront Supreme Court over cement scandal", The Reuter Asia-Pacific Business Report, February 3,1994.

some consultancy firms which then turned out to be closely linked to the Spanish Socialist Party (then in power). The firms were in the end revealed to be nothing more than front companies, lacking all necessary structure to carry out the works which they had billed to the two multinational concerns.[4]

A final and most classical example of international corruption concerns the arms' market, by its nature a highly obscure area. The commerce of arms foresees in almost legal terms - or, at least, known and accepted terms - the payment of intermediare commisions which favour the sale of the goods. The French law even tries to regulate the matter by assigning the Defence Ministry the task of keeping tabs on and supervising the „foreign commerce expenditures", as they are prudishly called. In 1994 the sum of these commissions in France was around 10 billion French Francs.[5]

But this mechanism is not sufficient to keep control of such a slippery area. According to the statement of a former French judge, „The contracts (of armaments [editor's note]) generate commissions in favour of French intermediaries who then return these sums to political entities or business speculators."[6]

At this stage some further considerations need to be made.

Firstly, that moines paid by enterprises as „intermediary commission" are difficult to trace and control. It is unlikely that documentary proof should exist, except for a simple bank transfer, of how much bribes the companies paid to foreign offcials. And this is when the first danger crops up; the bribe paid abroad could be a channel for creating illegal (black) fonds. It is possible that only part of the mo-

4. W. Tauber, „Spain: the Socialist consultants. Corruption charges against Socialist party", Eurobusiness, April 1993.

5. C. J. „Le versement de pots-de-vin est une pratique courante", Le Monde, May 11, 1996.

6. R. P. Paringaux, „Dans un livre noir de la corruption Thierry Jean-Pierre met en cause deux grands groupes francais", Le Monde, June 1,1994.

ney officially paid by the companies goes to the officials and that part of it is hidden in foreign accounts by the company itself, thus creating illegal fonds which then can be used to pay bribes also within the national territory.

Second, that the corruption agreement can include a sub-agreement according to which part of the paid bribe money is returned to the country of origin of the corrupting company in the shape of bribes for internal corruption. The Greek case is a good example but other recent events are also open to doubt. Especially when big business deals furthered by corruption require political approval not only in the country of destination but also in the country of origin.

3. International Co-operation

At an intermediary stage between international corruption and internal corruption we have the corruption tied to development aid. The intermediary position is given by the fact that normally a development aid project includes explicitly or implicitly a massive intervention to carry out the aid on behalf of companies from the donating country.

Two situations can arise: either an internal corruption, in the real sense, which has the national enterprises competing for the aid contract by means of bribes to national politicians or an international corruption in which politicians of the donating country ask local enterprises of the receiving country to pay bribes in order to obtain the contracts. What distinguishes these situations from the two archetypes is the fact that in both cases the contracts are carried out outside the national territory, a characteristic that makes controls on behalf of the appointed organisms that much more difficult.

In this case, too, Italy is an important example. Many international cooperation projects carried out mainly in the eighties, have been deeply affected by corruption. „It was above all the humanitarian nature of the financings which made them interesting (from a point of view of corruption [editor's note]) scantily controlled, easily manipu-

lated and in any case far removed from public opinion, which rarely demanded accounts on how the money had been employed."[7] The events of the Italian international co-operation will come under process but the work of the investigating magistrates has been made unduly diffcult by the fact that the physical sight of the contracts (the foreign state territory, always a non-Western country) has greatly diminished the possibility to check the keeping and transparency of the accounts.

Another example comes from the United Kingdom. The case of the Pergau dam in Malaysia financed by development aids from the British Overseas Development Agency, has raised great perplexity both for the size and the utility of the project (which does not seem to correspond to the main aims of the ODA) and for having probably been tied to an agreement between the British and Malay Governments, according to which the vast financial help had been approved in exchange for British military equipment being bought by the Malay Government.

Doubts about the political opportunity of such an exchange have opened the doors for a more thorough inquiry of the case. As a result of the inquiry John Toye, consultant to the minister for overseas development Lynda Chalker, has declared that: „The scope of an NAO audit does not extend to the activities of the recipient government subsequent to the transfer of aid. It, therefore, does not have anything to say about the propriety or otherwise of those activities, or any repercussions which they may have at the UK end. British political parties are not obliged by law to disclose the sources of the foreign donations which they receive. Until political parties are legally required to disclose the sources of foreign donations, or they volunteer to do so, there can be no assurance that part of the proceeds of any finan-

7. M. Magatti, „Corruzione politica e societa italiana", il Mulino, Bologna, bozze,1996, p. 49.

cial improprieties occurring in connection with aid projects does not find its way back into the British political system, thus closing the loop of collusion."[8]

NAO, therefore, pointed out a loophole in the control network which could theoretically consent a circular movement of uncontrolled money from Great Britain to the receiving country and back again. That this should actually have happened or not in the case of the Pergau dam is relatively of little importance. What matters is the existence of a real opportunity for corrupt exchanges made acceptable by the absence of laws.

4. Conclusions

British legislation is not the only one to have considerable holes in this field. Almost all European countries are unprotected in the face of such events. International corruption is not sanctioned by European legislation and among the industrialised countries only the USA have many years ago adopted appropriate norms.

The Foreign Corrupt Practices Act, passed in its first phase in 1977 by American Congress, makes corruption of foreign officials on behalf of American enterprises similar to the crime of corruption taking place on national territory. American enterprises have from the start protested against this harsh law and there have even been attempts to abolish or at least to soften it. American business enterprises have always made lively protests against American law makers, arguing that this restriction made it impossible for US enterprises to compete on a large number of Third World markets.

This objection is based on fact. Whoever has experience with Third World countries is well aware how few American companies manage to obtain contracts in those areas, whereas European enterprises succeed in getting all the big business, especially in the field

8. „U.K: Moral Hazard at heart of Foreign Deal", Independent, March 4, 1994.

of know-how and technology for huge public (mainly state) works, a sector in which the underdeveloped countries are not competent.

The topic is complex and needs to be further researched. The aim of this paper is to formulate some essential elements for thought.

Most European states are running a big risk by adopting different standards of morality when it comes to internal corruption and international one (the legal positions range from silence to open legitimization). On the one hand they are determined to combat corruption within the national frontiers. But they are also running the risk of having their efforts thwarted if they do not take measures to combat international corruption. The trend to globalise economy makes the movement of capitals more and more easy, whereas it is more and more difficult to follow their tracks along the international money trails.

Therefore, if international corruption is not sufficiently covered it means opening the window while closing the door. Even if national corruption should successfully be stopped, international corruption will remain an open field. Of this open field only those enterprises can draw profit which are big enough to operate on the international markets. What makes the battle even more arduous is that the size itself of these enterprises is such as to put pressure upon the political powers.

The Italian case has clearly shown[9] how the general feeling that corruption is widely spread can activate bouncing corruption. The judges of „Clean Hands" declared themselves that the turning-point in their inquiries and sanctions of corrupt practices came only at the moment when public opinion became conscious of the unlawfulness of corrupt behaviour.

9. A. Vannucci, „La Legge della Tangente" in L'Impresa, May 31, 1995.

In this sense, if the law allows or does not punish certain practices it is unlikely that public opinion will turn against them. It is, therefore, the norms that have to give the first input of illegality of certain behaviours. We do not want to moralize here but only to follow the simple reasoning of opportunity.

The deduction from our earlier reasoning is that international corruption is an open door for national corruption. Even if we succeed in stopping the infection caused by corruption within the single states, sooner or later (in times of recession or in politically unstable moments or even in phases when democratic tension drops) it will again pick up force because the virus will return through the international channel. This process will be speeded up by the spreading of globalisation of the economy. A half won battle is not a victory.

In order to win the battle it is indispensable that decisions against corruption should be global and that it should be taken by all countries. Consider, for instance, the case of transnational concerns where the phenomenon of loss of citizenship of money and enterprise makes them slowly slip out from under state sovereignty. Just as production lines are nowadays (fairly easily) transferred from one country to another in order to find situations and laws facilitating low or even very low production costs, enterprises can do the same if the battle of corruption is conducted in a haphazard way. They can and will transfer their interests if it is worth their while.

When drawing up laws against international corruption states must keep this possibility in mind. Once again the example comes from the USA. The Foreign Corrupt Practices Act does not limit its sanctions to international corruption carried out by American enterprises, it also extends them to companies generated by or affiliated to American enterprises even though they fall under the jurisdiction of another country. American law punishes the mother company for what the daughters do, making the head responsible for all actions. This is certainly a hard line but it has the merit of attacking the prob-

lem at the roots. Not a single slit must be left open if the battle ist to be won.

*****

PODWÓJNE STANDARDY W ŻYCIU PUBLICZNYM PROBLEM MIĘDZYNARODOWEJ KORUPCJI

Streszczenie

Istnieje niesłuszne przekonanie, że międzynarodowa korupcja jest procesem jednostronnym i oznacza przekupywanie wysokich urzędników w krajach Trzeciego Świata przez zachodnie przedsiębiorstwa do robienia interesów w ich krajach, i że ta korupcja nie wpływa ujemnie na powiązania handlowe i instytucjonalne wewnątrz krajów Zachodu. Najbardziej klasycznym przykładem międzynarodowej korupcji jest rynek handlu bronią oraz pośredniczenie przy nabywaniu kontraktów.

Autorzy tej pracy usiłują dowieść, że międzynarodowa korupcja dotyczy także krajów uprzemysłowionych i należy ją zwalczać tak jak korupcję narodową. Łapówki płacone urzędnikom lub politykom w innych krajach kojarzy się często z korupcją u innych, a nie we własnym kraju, przy czym uważa się, że jest ona czynnikiem promującym eksport narodowych przedsiębiorstw za granicą. Tak rozumują niektóre państwa europejskie, które jednocześnie zwalczają korupcję wewnątrz własnych krajów; wyjątek stanowią USA, gdzie specjalny akt prawny z 1977 r. zrównuje korupcję międzynarodową z narodową, co wielokrotnie spotykało się z gwałtownym protestem ze strony amerykańskiego biznesu. Z tego powodu firmy amerykańskie przegrywają konkurencję z europejskimi w kontaktach z Trzecim Światem.

Wiele krajów europejskich przyjmuje różne standardy moralności, jeśli idzie o korupcję wewnętrzną, którą zwalczają i zewnętrzną,

której nie podejmują się zwalczać. Badania przeprowadzone w magistratach włoskich ujawniły, że wielonarodowe koncerny we Włoszech przyjęły praktykę korupcji, uważając ją za czynnik środowiskowy, za dodatkowy koszt, jaki należy wkalkulować w inwestycję. Podatek od płaconych łapówek sugeruje, że mamy do czynienia z legalnym działaniem.

Ta praca rozpoczyna serię publikacji wyników badań organizacji TRANSCRIME dotyczących korupcji w krajach Wspólnoty Europejskiej. Według OECD międzynarodowa korupcja obejmuje bezpośrednie i pośrednie oferowanie korzyści materialnych zagranicznym politykom, jakie miały miejsce w ostatnich latach (np. tak zwana afera Agusta w Belgii, kiedy włoska firma Agusta zapłaciła 51 milionów franków belgijskich walońskim i flamandzkim partiom socjalistycznym w zamian za zamówienie rządu belgijskiego na 46 helikopterów wojskowych).

Inną aferą była sprawa prywatyzacji greckiej firmy cementowej Aget-Heracles, w którą zamieszany był ówczesny premier Grecji, oskarżony o wzięcie łapówki od włoskiej firmy Ferruzzi, co zostało ujawnione podczas akcji Czyste Ręce. Kolejnym przykładem jest branie łapówek przez wysokich urzędników hiszpańskich i być może polityków podczas prac konstrukcyjnych związanych z Expo'92 w Sewilli.

Na poziomie pośrednika korupcja związana jest z projektami pomocy na rozwój, gdzie narodowe przedsiębiorstwa konkurują ze sobą o wygranie kontraktu lub kiedy politycy kraju sponsorującego próbują otrzymać łapówki od miejscowych przedsiębiorstw w zamian za otrzymanie kontraktu. Ponieważ w obu wypadkach kontrakty realizują się poza terytorium narodowym, kontrola staje się tym trudniejsza. Sprawa jest jeszcze trudniejsza, kiedy w grę wchodzi terytorium takie jak Malezja - zakup sprzętu wojskowego z Wielkiej Brytanii w zamian za pomoc ze strony British Overseas Development Agency.

Organizacja NAO wskazała na pewną lukę prawną zezwalającą na obustronny ruch niekontrolowanych pieniędzy. Wirus korupcji międzynarodowej otwiera drogę korupcji narodowej. Wraz z globalizacją gospodarki ten proces będzie nabierał tempa. Decyzje podejmowane przeciwko korupcji powinny więc mieć charakter globalny. Walka z korupcją zależy od szczelności przepisów prawnych, czego przykładem jest surowe prawo amerykańskie.

Hans Joachim Schneider

SEXUELLER MIßBRAUCH AN KINDERN IN KRIMINOLOGISCHER UND VIKTIMOLOGISCHER SICHT

In der traditionellen täterorientierten Kriminologie wurde der sexuelle Mißbrauch an Kindern als ein selten verübtes Delikt zwischen Fremden verstanden. In dieser Sicht fand es wohl mehr in der kindlichen Phantasie statt. Als Ursachen der wirklich begangenen Straftat wurden Persönlichkeitsstörungen beim Täter angenommen. Der psychische und soziale Opferschaden wurde als eher gering beurteilt.

Ab Mitte der 70er Jahre änderte sich aufgrund empirischer Untersuchungen zum Opferwerden diese Sichtweise. In der modernen gesellschafts- und opferorientierten Kriminologie ist der sexuelle Mißbrauch an Kindern im sozialen Nahraum kein ungewöhnliches Ereignis mehr. Seine Ursachen liegen in Interaktionsstörungen zwischen Täter, Opfer und Gesellschaft, und seine psychischen und sozialen Opferschäden sind kurz-, mittel- und langfristig außergewöhnlich erheblich.

Diese wissenschaftlichen Erkenntnisse schockierten die Gesellschaft, und es kam in den 80er Jahren zu folgenden sozialen Fehlverarbeitungen:

- In einer Flut populärwissenschaftlicher und ideologischer Literatur, in der Boulevard-Presse, in Fernsehtalkshows, Theaterstücken und Magazinen wurde der sexuelle Mißbrauch an Kindern als ein allgegenwärtiges, alltägliches Delikt mit epidemischen Ausmaßen dramatisiert.

- Viele Psychotherapeuten - besonders in den USA - führten fast jede persönliche Fehlentwicklung auf verdrängten sexuellen Mißbrauch während der Kindheit ihrer Patienten zurück.

- In manchen Regionen kam es zu Panikstimmungen in der Bevölkerung mit zahlreichen voreiligen Falschbeschuldigungen. Die Menschen projizierten ihre diffusen Ängste auf angeblich Pädophile, die ein erregter Zeitgeist als die „Volksteufel"[1] ausgemacht hatte.

Begriff

Den sexuellen Mißbrauch eines Kindes (Pädophilie) definiert man als Interaktion zwischen einem Kind (bis 14 Jahre) und einem Erwachsenen, bei der das Kind als Objekt zur Befriedigung sexueller oder sexualisierter Bedürfnisse des Erwachsenen dient. Das Kind wird zum Sexualobjekt erniedrigt. Der Täter nutzt seine dominante, bestimmende Position (Machtmißbrauch) aus; das Kind, das wegen seiner kindlichen Ohnmacht von ihm abhängig ist und dem gegenüber er Vertrauensbruch begeht, ist zur Ausführung der sexuellen Handlung weder körperlich noch emotional noch kognitiv ausreichend entwickelt. Inzest (Blutschande) ist in diesem Zusammenhang jede Form sexueller Aktivität zwischen einem Kind und einem Eltern- oder Stiefelternteil oder anderen Familienangehörigen (Großeltern, Onkel, Tanten) oder Elternersatzpersonen (Lebensgefährten eines Elternteils, Pflegeeltern). Inzest ist nicht instinktgebunden; das Inzest-Tabu muß vielmehr gelernt werden, und es wird von Generation zu Generation weiter übertragen, weil sich der Inzest zerstörend auf die Familie, das Verwandtschaftssystem und die soziale Ordnung auswirkt. Zahlreiche Inzesttäter begehen auch sexuellen Mißbrauch an Kindern außerhalb ihrer Familie[2].

1. Cohen, S.: Folk Devils and Moral Panics. New York 1980; Erikson, K.T.: Wayward Puritans. New York, London, Sydney 1966.

2. Conte, J.R.: The Nature of Sexual Offences against Children. In: C.R. Hollin/K. Howells (Hrsg.): Clinical Approaches to Sex Offenders and their Victims. Chichester, New York, Brisbane, Toronto, Singapore 1991, 26.

Umfang, Entwicklung und Erkennbarkeit

In der populärwissenschaftlichen Literatur werden ohne Begründung unglaublich hohe Zahlen genannt. Will man sich indessen ein zuverlässiges Bild über das wahre Ausmaß des wirklich begangenen sexuellen Mißbrauchs an Kindern machen, so muß man kriminalstatistisch zwischen dem Hellfeld der offiziell registrierten und dem Dunkelfeld der nichtangezeigten, verborgen gebliebenen Kriminalität unterscheiden.

Im Hellfeld wurden im Jahre 1992 von 16.442 im gesamten Bundesgebiet erfaßten Fällen 61,9% aufgeklärt. Dabei wurden 7.649 Tatverdächtige (97,4% Männer, 2,6% Frauen) ermittelt[3]. Die höchste Belastung zeigen die 30- bis 40jährigen Männer; deutlich unterrepräsentiert sind demgegenüber die über 60jährigen[4]. Von 16.381 Opfern des vollendeten sexuellen Mißbrauchs an Kindern im Jahre 1992 waren 90,9% zwischen 6 und 14 Jahre alt, 76,6% waren weiblich und 23,4% männlich. Bei 13.196 in den alten Bundesländern im Jahre 1991 bekanntgewordenen Fällen wurden nur 1.684 Angeklagte verurteilt[5]. Die meisten Ermittlungsverfahren stellt die Staatsanwaltschaft ein, weil sich nahe Angehörige weigern, den Täter, dem sie sich verbunden fühlen, vor Gericht zu belasten. Im Hellfeld ist das Delikt in den Jahren 1955 bis 1990 zurückgegangen: Einer Häufigkeitszahl (Zahl der bekanntgewordenen Fälle auf 100.000 Einwohner) von 31,9 im Jahre 1955 steht eine Häufigkeitszahl von 20,3 im Jahre 1990 gegenüber. Bei dieser Abnahme handelt es sich freilich nur um einen Scheinrückgang. Denn die schlechte Strafverfolgungsintensität wirkt sich negativ auf die Anzeigebereitschaft der Bevölkerung aus[6].

3. Bundeskriminalamt: Polizeiliche Kriminalstatistik 1992. Wiesbaden 1993, 119.

4. Kaiser, G.: Kriminologie. 2. Aufl. Heidelberg 1988, § 78 Rz. 6, S. 691.

5. Statistisches Bundesamt: Rechtspflege. Reihe 3: Strafverfolgung 1991. Stuttgart 1993, 21.

6. Dijk, J.J.M. van: Die Bereitschaft des Opfers zur Anzeige: eine Funktion der Strafverfolgungspolitik? In: H.J. Schneider (Hrsg.): Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege. Berlin, New York 1982, 331-338.

Der potentielle Anzeigeerstatter berücksichtigt bei seiner Entscheidung, ob die Staatsanwaltschaft mit großer Wahrscheinlichkeit Anklage erheben und ob das Gericht den Angeklagten verurteilen wird.

Ein großer Teil des sexuellen Mißbrauchs an Kindern bleibt im Dunkelfeld verborgen. Die Bevölkerung behandelt sexuelle Handlungen an Kindern - falls sie sich im sozialen Nahraum ereignen - weitgehend als Privatsache. Man hat Mitleid mit dem Täter, dem man sich verpflichtet fühlt; man möchte ihm und sich selbst keine Schwierigkeiten machen. Man fürchtet, daß Polizisten und Sozialarbeiter das Kind verschrecken. Die Familien sollen aus eigener Kraft mit der Situation allein fertigwerden[7]. Deshalb ist die soziale Aufmerksamkeit, auch der potentiellen kindlichen Opfer, auf den sexuellen Mißbrauch an Kindern durch Fremde gerichtet. Es fällt dem Anzeigeerstatter wesentlich leichter, ein Strafverfahren gegen einen Fremden in Gang zu bringen, als jemandem empfindliche Schwierigkeiten zu bereiten, der ihm verwandtschaftlich oder freundschaftlich verbunden ist.

Aufgrund einer neueren Befragung nach dem Opferwerden[8] rechnet man damit, daß fünf bis acht Prozent der Frauen in den alten Bundesländern (Männer: 1,4 bis 3,5%) und zwei bis sechs Prozent der Frauen in den neuen Bundesländern (Männer: 0,5 bis 2,5%) sexuelle Mißbrauchserfahrungen mit Körperkontakt im Alter bis zu 14 Jahren hatten. Für das Jahr 1991 geht man von 82.000 Fällen in den alten Bundesländern aus. Eine Dunkelfelduntersuchung in den USA[9] hat freilich ergeben, daß 22% der Befragten (27% Frauen und 16% Männer) über eine sexuelle Viktimisierung im Kindesalter berichteten. Es ist wahrscheinlich, daß Frauen mehr Täterinnen sind, als im

7. Finkelhor, D.: Child Sexual Abuse. New York, London 1984, 85.

8. Wetzels, P.: Sexueller Mißbrauch: Neue Zahlen. Psychologie heute. 21 (1994), Heft 7, 66.

9. Finkelhor, D. Lewis, J.A.: An Epidemiologic Approach to the Study of Child Molestation. In: R.A. Prentky/V.L. Quinsey (Hrsg.): Human Sexual Aggression: Current Perspectives. New York 1988, 65.

Hellfeld in Erscheinung treten[10]. Auch die Zahl der sexuellen Übergriffe auf Jungen ist größer, als man bisher aufgrund der Kriminalstatistiken angenommen hatte[11]. Denn Jungen pflegen ihr Schweigen noch seltener zu brechen als Mädchen. Im Dunkelfeld ist der sexuelle Mißbrauch an Kindern in den letzten Jahrzehnten wahrscheinlich mäßig angestiegen. Denn mit der Liberalisierung auf sexuellem Gebiet ist die Bevölkerung gegenüber der Straftat toleranter geworden, so daß die informelle Sozialkontrolle noch weitergehend als früher versagt.

Ein großer Teil der Kinder verschweigt den sexuellen Mißbrauch; diejenigen, die sich äußern, vertrauen sich Eltern, Geschwistern oder Verwandten an[12]. Es ist selten, daß Lehrer, Polizeibeamte oder Sozialarbeiter etwas darüber von Kindern erfahren. Für Ärzte ist der sexuelle Mißbrauch an Kindern schwer zu erkennen[13]. Denn es fehlen häufig Symptome am Körper des Opfers. Anzeichen können Verletzungen an der Brust, am Unterleib, an den Schenkeln, im Genital- und Rektalbereich sein. Manchmal wird Sperma in der Vagina gefunden. Einigermaßen sichere Merkmale sind in seltenen Fällen die Infektion mit Aids oder einer Geschlechtskrankheit oder die Diagnose einer Schwangerschaft. Weglaufen aus dem Elternhaus, Schuleschwänzen oder ein Selbstmordversuch können erste Hinweise sein. Das mißbrauchte Kind spricht häufig über sexuelle Themen, fertigt Zeichnungen sexuellen Inhalts an, bedient sich einer Sprache mit se-

10. Hanks, H.G.I. Saradjian, J.: Frauen, die Kinder sexuell mißbrauchen. In: O.Schubbe (Hrsg.): Therapeutische Hilfen gegen sexuellen Mißbrauch an Kindern. Göttingen, Zürich 1994, 198-216.

11. Watkins, B. Bentovim, A.: Male Children and Adolescents as Victims. In: G.C. Mezey/M.B. King (Hrsg.): Male Victims of Sexual Assault. Oxford, New York, Tokyo 1993, 27-66.

12. Gomes-Schwartz, B. Horowitz, J.M. Cardarelli, A.P.: Child Sexual Abuse. Newbury Park, London, New Delhi 1990, 74, 154.

13. Trube-Becker, E.: Mißbrauchte Kinder. Heidelberg 1992, 61.

xuellen Ausdrücken, die für Kinder seiner Altersgruppe ungewöhnlich sind[14]. Es ist oft sexuell stimuliert und spielt mit Gleichaltrigen sexuelle Spiele.

Erscheinungsformen

Ausführungshandlungen umfassen die gesamte Bandbreite sexueller Aktivitäten. Die spielerisch- kindlichen Kontakte überwiegen allerdings. Die meisten Pädophilen gehen sanft vor. Physische Gewalt und ihre Androhung sind selten. Meist genügt es, wenn die Autorität des Erwachsenen ausgespielt wird. Obszöne Reden, Zeigen pornographischer Bilder und Entblößen der Genitalien des Erwachsenen sind am einen Ende des Kontinuums leichte Begehungsweisen, die häufig vorkommen. Mittelschwere Ausführungshandlungen bestehen darin, daß der Täter die Genitalien des Kindes berührt, betastet und streichelt und vor dem Kind masturbiert. Oral-genitale Kontakte, simulierter Geschlechtsverkehr und Geschlechtsverkehr sind am anderen Ende des Kontinuums schwere Verfehlungen, die relativ selten sind[15]. Sexueller Mißbrauch an Kindern wird in allen sozialen Schichten begangen. Wenn im Hellfeld die Täter aus der Unterschicht überwiegen, so ist dies darauf zurückzuführen, daß die Täter aus der Mittel- und Oberschicht wegen ihrer besseren sozialen Ressourcen ihre Straftaten in höherem Maße verbergen können[16].

Die meisten Täter und Opfer sind einander vor der Tat bekannt (Beziehungsstraftaten)[17]. Täter sind zumeist Familienmitglieder (Väter, Großväter, Pflege- und Stiefväter, Lebensgefährten der Mutter), Verwandte (Onkel), Hausmitbewohner, Nachbarn, Freunde der Fami-

14. Coulborn Faller, K.: Understanding Child Sexual Maltreatment. Newbury Park, London, New Delhi 1990, 20.

15. Finkelhor, D. 1984 (Anm. 7), 83.

16. Finkelhor, D. Baron, L.: High-Risk Children. In: D. Finkelhor (Hrsg.): Sourcebook on Child Sexual Abuse. Beverly Hills, London, New Delhi 1986, 69.

17. Schneider, H.J.: Kriminologie. Berlin, New York 1987, 687.

lie, Babysitter oder Erziehungs- und Autoritätspersonen (Lehrer, Pfarrer, Ärzte)[18]. Geschwisterinzest, insbesondere der Inzest zwischen älterem Bruder und jüngerer Schwester, ist die am weitesten verbreitete Form des sexuellen Mißbrauchs an Kindern in der Familie[19]. Gegenüber den Beziehungsstraftätern fallen die Täter, die dem Kind fremd sind und die ihm auf dem Spielplatz, im Park oder im Personenkraftwagen auflauern, mit 3% bis 4% Kriminalitätsanteil kaum ins Gewicht[20]. Pädophilie in Tagesbetreuungsstätten kommt in den USA weit seltener vor als sexueller Mißbrauch an Kindern in der Familie[21]. In Sex-Zirkeln (sex rings) organisiert sich der sexuelle Mißbrauch an Kindern in verstärktem Maße: Kinder werden in großem Stil rekrutiert und „ausgebildet". Kinderpornographie wird hergestellt und vertrieben[22]. Ein Kundenstamm wird aufgebaut.

Tätertypologie

Der sexuelle Mißbrauch an Kindern wird von vier unterschiedlichen Tätertypen begangen[23]:

- Der regressive Täter wendet sich beim Scheitern sexueller Beziehungen mit gleichaltrigen Erwachsenen Kindern zu. Wird er von

18. West, D.J.: Sexual Crimes and Confrontations. Aldershot, Brookfield/USA, Hong Kong, Singapore, Sydney 1987, 55.

19. Pierce, L.H. und R.L.: Adolescent Sibling Incest Perpetrators. In: A.L. Horton/B.L .Johnson/L.M. Roundy/ D. Williams (Hrsg.): The Incest Perpetrator. Newbury Park, London, New Delhi 1990, 106; O'Brien, M.J.: Taking Sibling Incest Seriously. In: M. Quinn Patton (Hrsg.): Family Sexual Abuse. Newbury Park, London, New Delhi 1991, 75-92.

20. Conte, J.R.: The Incest Offender: An Overview and Introduction. In: A.L. Horton/B.L. Johnson/L.M. Roundy/D.Williams 1990 (Anm. 19), 19; Gomez-Schwartz, B./Horowitz, J.M./Cardarelli, A.P. 1990 (Anm. 12), 155.

21. Finkelhor, D./Meyer Williams, L./Burns, N.: Nursery Crimes. Sexual Abuse in Day Care. Newbury Park, Beverly Hills, London, New Delhi 1988.

22. Campagna, D.S./Poffenberger, D.L.: The Sexual Trafficking in Children. Dover/Mass. 1988.

23. Bartol, C.R.: Criminal Behavior. 3. Aufl. Englewood Cliffs/N.J. 1991, 274-276.

seiner Ehefrau oder seiner Freundin verlassen, sucht er das Kind als Ersatz, weil es ihm leichter erscheint, zu einem Kind als zu einem Erwachsenen eine sexuelle Verbindung herzustellen. Der regressive Täter leidet darunter, daß er die männlichen Dominanznormen der Gesellschaft nicht zu erfüllen vermag. Er versucht, seine Unsicherheit, seine emotionale Bedürftigkeit, seine Verletzbarkeit und seine Verzweiflung durch Härte und Brutalität auszugleichen.

- Der fixierte Täter, der echte Pädophile, identifiziert sich mit Kindern, träumt und phantasiert von ihnen. Er ist unfähig, sexuelle Befriedigung mit Partnern zu finden, die das Pubertätsalter überschritten haben. An sexuellen Beziehungen mit Erwachsenen ist er deshalb uninteressiert; sie bilden für ihn lediglich einen ärmlichen Ersatz für Beziehungen mit Kindern. Er schätzt an Kindern ihr kindliches Aussehen, ihre Unschuld und ihre Offenheit.

- Der Ausbeutungstäter benutzt Kinder, um seine sexuellen und seine Dominanz-Bedürfnisse zu befriedigen. Er beutet die Ohnmacht des Kindes in jeder Weise aus. Er wendet Tricks an, um das Kind zur Zustimmung zu bewegen. Er schreckt vor Gewaltanwendung nicht zurück. Er sieht sein Opfer als Sexualobjekt.

- Der aggressive, sadistische Täter ist eine Rarität. Er kommt zu seiner sexuellen Befriedigung nur dann, wenn er sein kindliches Opfer körperlich und seelisch verletzt oder tötet. Er haßt Kinder und ist ein sozialer Einzelgänger, der psychosexuell unreif ist und der wenig oder keine sexuellen Erfahrungen mit Gleichaltrigen besitzt. Er ist ein Kinderfeind, der seinen Selbsthaß und seine Selbstaggression auf Kinder projiziert. Die wenigen Sexualmorde an Kindern, die begangen werden, hat er zu verantworten.

Die vier Tätertypen sind Idealtypen, die in reiner Form in der Wirklichkeit selten vorkommen. Bei der Mehrheit der Täter handelt es sich um Mischtypen.

Ursachen

Es werden unterschiedliche Theorien zu den Ursachen des sexuellen Mißbrauchs an Kindern vertreten[24]. Die Theorien mittlerer Reichweite müssen zum Teil miteinander kombiniert werden. Zum Teil gelten sie nur für einzelne Formen, z.B. Inzest, oder für einzelne Tätertypen, z.B. den fixierten Täter, des sexuellen Mißbrauchs an Kindern:

Nach der psychopathologischen Theorie ist kein einziger pädophiler Täter psychisch normal. Alle pädophilen Rechtsbrecher sind entweder psychisch abnorm oder krank; sie sind insbesondere anlagemäßig psychopathisch, schwachsinnig, oder sie leiden unter hirnorganischen Schäden oder Psychosen[25]. Demgegenüber sind in der empirischen Forschung nur wenige pädophile Täter gefunden worden, die psychotisch oder hirnorganisch geschädigt waren[26].

Die sozioökonomische Theorie geht davon aus, daß unzulängliches Einkommen, häusliche Enge, ärmliche Wohnverhältnisse, Arbeitslosigkeit, niedriges Bildungs- und Berufsniveau für den sexuellen Mißbrauch an Kindern, speziell für den Inzest, verantwortlich sind. Da in den wohlhabenden Mittel- und Oberschichten Kinder gleichfalls sexuell viktimisiert werden, erklärt diese Theorie die Entstehung der Pädophilie nicht ausreichend. Die Mittel- und Oberschichten können den sexuellen Mißbrauch an ihren Kindern besser verbergen, da sie über mehr sozioökonomische Ressourcen verfügen[27].

---

24. Lanyon, R.I.: Theories of Sex Offending. In: C.R. Hollin/K. Howells 1991 (Anm. 2), 35-54.

25. Wyss, R.: Unzucht mit Kindern. Berlin, Heidelberg, New York 1967; Hentig, H. von/Viernstein, T.: Untersuchungen über den Inzest. Heidelberg 1925.

26. Hollin, C.R./Howells, K.: Sex Offenders and Victims: The Scope of a Clinical Approach. In: C.R. Hollin/ K. Howells 1991 (Anm. 2), 1-7; Mohr, J.W./Turner, R.E./Jerry, M.B.: Pedophilia and Exhibitionism. Toronto 1964, 93.

27. Finkelhor, D.: Sexually Victimized Children. New York, London 1979, 112.

Nach der sozialstrukturellen Theorie ist der sexuelle Mißbrauch an Kindern auf die politischen und wirtschaftlichen Machtverhältnisse in der Gesellschaft, auf soziale Normen, Verhaltensstile und Leitbilder zurückzuführen. Männer beherrschen die Gesellschaft; Frauen sind weitgehend machtlos. Kinder werden von ihren Eltern wie Objekte, wie Eigentum benutzt. Die Eltern meinen, mit ihnen - speziell in der Familie - nach Belieben verfahren zu können. Väter sind nicht verpflichtet, sich an der Körperpflege des Kleinkindes in seiner frühen Kindheit zu beteiligen. Hierdurch mangelt es ihnen an Einfühlungsvermögen in ihr Kind. Es ist gesellschaftlich weniger streng verboten, Kinder sexuell zu mißbrauchen. Das soziale Tabu besteht sich vor allem darin, den sexuellen Kindesmißbrauch nicht aufzudecken und nicht darüber zu sprechen.

Die Familiensystemtheorie stellt darauf ab, daß die Risikofamilien, die in Gefahr stehen, ihre Kinder sexuell zu mißbrauchen, nicht hinreichend in Netze sozialer Beziehungen und Kontakte eingebettet sind. Es mangelt ihnen an normalen zwischenmenschlichen Interaktionen innerhalb der Familie und an dauerhaften sozialen Beziehungen und Verbindungen zu Personen außerhalb der Familie, z.B. zu Nachbarn und Freunden. Die Familienmitglieder sind in pathologischer Weise abhängig voneinander. Die Inzestfamilie ist ein geschlossenes soziales System, in dem es an klar definierten Grenzen zwischen den Generationen mangelt und das sich von seiner Umgebung sozial und psychisch abgeschottet hat. In dieser Familie herrscht eine Rollenverwirrung, so daß ihre sexuellen Verhältnisse chaotisch sind. Der sexuelle Mißbrauch an Kindern innerhalb der sozial isolierten Familie wird durch subkulturelle pädophile Wertvorstellungen zuweilen unterstützt.

Die Sozialisationstheorie ist ein täterorientierter Ansatz[28], der für die Frage der Verursachung des sexuellen Mißbrauchs an Kindern

28. Meyer Williams, L./Finkelhor, D.: The Characteristics of Incestuous Fathers. In: W.L. Marshall/D.R. Laws/H.E. Barbaree (Hrsg.): Handbook of Sexual Assault. New York, London

eine versagende, zurückweisende, das Selbstwertgefühl zerstörende Sozialisation des Täters in den Mittelpunkt seiner Betrachtungen stellt. Der pädophile Täter ist sozial scheu und schüchtern; es mangelt ihm an Behauptungsfähigkeit; er besitzt ein niedriges Selbstwertgefühl. Er ist häufig von seinem Vater körperlich mißhandelt oder sexuell viktimisiert worden, oder er hat die physische Mißhandlung oder die sexuelle Viktimisierung seiner Mutter oder seiner Geschwister miterleben müssen. Der Vater stellte für ihn deshalb kein Rollenmodell dar, mit dem er sich identifizieren konnte. Er entwickelt männliche Minderwertigkeitsgefühle und erlebt Frauen als Bedrohung. Er möchte wieder zum Kind werden (Regression)[29].

Nach der sozialen Lern- und Interaktionstheorie wird sexueller Mißbrauch an Kindern in fehllaufenden Prozessen symbolischer Interaktion zwischen Kindern und zwischen Erwachsenen und Kindern gelernt. Frühe befriedigende sexuelle Erfahrungen mit kindlichen Altersgenossen und spätere nicht zufriedenstellende sexuelle Beziehungen mit erwachsenen Partnern können die Ausbildung pädophiler Neigungen zur Folge haben[30]. Zur emotionalen und sexuellen Entwicklung des Kindes sind gefühlsmäßige Berührungen und Zuwendungen nicht nur erlaubt, sondern dringend notwendig und wünschenswert. Das Kind lernt auf diese Weise eheliche Zuwendung und die „Bemutterung" und „Bevaterung" seiner Kinder am Modell. Die Grenzen der Mutter- und Vaterrollen, die gesellschaftlich bestimmt werden, können leicht verletzt und überschritten werden. Aufgrund von Falschdefinitionen im Interaktionsprozeß zwischen Eltern und Kindern kann es immer wieder zu Überschreitungen der Grenzen der

1990, 231-255; Araji, S./Finkelhor, D.: Abusers: A Review of the Research. In: D. Finkelhor 1986 (Anm. 16), 89-118.

29. Karpman, B.: The Sexual Offender and his Offenses. New York 1954, 105/106; Bromberg, W.: Crime and the Mind. Westport/Conn. 1948, 88.

30. Gebhard, P.H./Gagnon, J.H./Pomeroy, W.B./Christenson, C.V.: Sex Offenders. New York 1965, 74-77.

Mutter- und Vaterrollen kommen. Die Eltern können aus ihren Elternrollen fallen. In ihrer Jugend ziehen sich die Männer mit pädophilen Neigungen dann unter Verwendung von Kinderpornographie[31] in masturbatorische Phantasien zurück, die den sexuellen Kontakt mit Kindern zum Gegenstand haben. Sie erweisen sich als unfähig, ihre Sexualität mit Gleichaltrigen zu normalisieren.

Die Neutralisationstheorie[32] geht davon aus, daß Straftäter Rationalisierungs- und Verleugnungsmechanismen erlernen, die sie in die Lage versetzen, sozialkonforme Werte und Einstellungen *vor* ihren Rechtsbrüchen zu neutralisieren, sie unwirksam zu machen. Die pädophilen Täter interpretieren z.B. das Opferverhalten falsch: Das Kind, das in Wirklichkeit Anlehnung und Beachtung suchte, hat sie verführt; es hat sie herausgefordert. Sie suchen nach Ausflüchten in subkulturellen pädophilen Wertvorstellungen: Sie wollen ihr Kind z.B. sexuell „erziehen". Sie wollen es angeblich vor Promiskuität, vor Homosexualität, vor Sexualerfahrungen mit „verdorbenen" Männern bewahren.

Opferanfälligkeit

Das Risiko des Opferwerdens ist unter Kindern nicht gleichmäßig verteilt. Es gibt Mädchen und Jungen, die für sexuellen Mißbrauch verwundbarer sind:

- Kinder aus einem emotionalen Mangelmilieu neigen mehr dazu, sexuell mißbraucht zu werden[33]. Sie hungern nach Zuneigung und

31. Murrin, M.R./Laws, D.R: The Influence of Pornography on Sexual Crimes. In: W.L. Marshall/D.R. Laws/ H.E. Barbaree 1990 (Anm. 28), 73-91; Gilgun, J.F./Connor, T.M.: Isolation and the Adult Male Perpetrator of Child Sexual Abuse: Clinical Concerns. In: A.L. Horton/B.L. Johnson/L.M. Roundy/D. Williams 1990 (Anm. 19), 74-87.

32. Sykes, G.M./Matza, D.: Techniken der Neutralisierung: Eine Theorie der Delinquenz. In: F. Sack/R. König (Hrsg.): Kriminalsoziologie. Frankfurt/M. 1968, 360-371.

33. Brockhaus, U./Kolshorn, M.: Sexuelle Gewalt gegen Mädchen und Jungen. Frankfurt/M., New York 1993, 64-66.

Anerkennung. Sie haben weniger Möglichkeiten, in ihren Familien Selbstvertrauen und Selbstsicherheit zu entwickeln. Täter wählen Mädchen und Jungen aus, die aus Familien kommen, in denen emotionaler Mangel herrscht.

- Kinder, deren Eltern abwesend oder wegen Krankheit oder Drogen- und Alkoholabhängigkeit für sie unzugänglich sind, die von ihren Eltern zurückgewiesen werden oder deren Eltern in ehelichem Konflikt miteinander leben, und Mädchen, die einen Stiefvater haben, sind besonders gefährdet[34]. Das Tabu gegen Stiefvater-Stieftochter-Sexualkontakte ist gesellschaftlich weniger ausgeprägt.

- Soziale Isolation ist ein weiterer Faktor, der opferanfällig macht. Sexuell mißbrauchten Kindern hat es in der Regel an sozialer Nähe zu Gleichaltrigen und zu Geschwistern gefehlt. Wenn Kinder wenig Freunde(innen) haben, schafft dieser Umstand ein Bedürfnis nach Kontakt und Freundschaft, das sich pädophile Täter zunutze machen. Die soziale Isolation kann allerdings auch das Ergebnis sexueller Viktimisierung sein. Kinder, die sexuell mißbraucht worden sind, sondern sich von Gleichaltrigen ab, weil sie sich schämen und weil sie sich gebrandmarkt fühlen.

- Erlernte Hilflosigkeit[35] ist schließlich ein Konzept, das verstärkte Opferanfälligkeit erklärt. Man lernt durch Erfahrung, daß negative Folgen des Verhaltens eintreten, ohne daß man diese Folgen beeinflussen kann. Stellt ein Kind wiederholt fest, daß es auch durch gezieltes Verhalten auf eine negative Folge nicht einzuwirken vermag, so verhält es sich passiv und unternimmt selbst bei drohenden schädigenden Ereignissen nicht den Versuch, sie zu umgehen. Das Kind ist vom Täter oder einer anderen Person in seine Hilflosigkeit hineinsozialisiert worden; es hat die Zwecklosigkeit zielgerichteten Widerstandes verinnerlicht.

34. Finkelhor, D./Baron, L.: High-Risk Children. In: D. Finkelhor 1986 (Anm. 16), 60-88.

35. Seligman, M.E.P.: Erlernte Hilflosigkeit. 4. Aufl. Weinheim, München 1992.

Aufdeckung

Obwohl die heutige Gesellschaft ein freieres, unverkrampfteres Verhältnis zur Sexualität zu haben meint, ist der sexuelle Mißbrauch an Kindern auch heute noch tabuisiert. Sexuelle Übergriffe in der Familie und durch Personen des sozialen Nahraums werden als Privatsache und nicht als Kriminalität betrachtet. Nach der Enthüllung eines sexuellen Mißbrauchs entsteht nicht nur eine Familienkrise. Die behördlichen Reaktionssysteme, Polizei, Staatsanwaltschaft, Jugendamt, Beratungsdienste, Kliniken, lassen es häufig auch an professioneller Souveränität und Gelassenheit mangeln. Sie überreagieren und erschöpfen sich in gefühlsmäßigem Aktionismus. Das angeblich sexuell mißbrauchte Kind wird überstürzt aus seiner Familie genommen, was mit Recht als Opferbestrafung empfunden wird. Wenn jemand die Familie verlassen muß, so sollte es der potentielle Täter sein. Die Reaktionssysteme streben einerseits die Bestrafung des Täters, andererseits die Hilfe und Behandlung des Opfers an. Ihr Verhalten ist häufig zu wenig koordiniert, und sie behindern sich gegenseitig.

Der Täter kämpft mit allen Mitteln, um seiner Stigmatisation zu entgehen. Er fürchtet nicht nur seine Bestrafung, sondern das Unverständnis und die Empörung der Personen seines sozialen Nahraums, seiner Nachbarn und Freunde. Täter und Opfer werden durch die soziale Überreaktion (emotionale Dramatisierung) zu gesellschaftlichen Außenseitern, zu randständigen Personen. Der Täter wird gehaßt; das Opfer wird verachtet und als „verdorben" angesehen. Kein Krimineller wird stärker gebrandmarkt als der „Kinderschänder". Sogar in der Strafanstalt begegnet man ihm mit äußerster Geringschätzung. Er ist mannigfaltigen Degradierungen durch Mitgefangene und das Strafvollzugspersonal ausgesetzt.

Selbst nach Eröffnung des Ermittlungsverfahrens versucht der Täter, das Delikt zu unterdrücken und den Vorfall vergessen zu machen. Bei intrafamiliärem sexuellem Mißbrauch nutzt er seine Macht-

position aus, um alle Familienmitglieder einzuschüchtern und das mißbrauchte Kind durch Drohungen dazu zu bewegen, seine Beschuldigungen als Lügen und Phantasiegebilde zurückzunehmen. Manchmal setzt die gesamte Familie das mißbrauchte Kind unter Druck. Die Strafverfolgungsbehörden sollten sich vergegenwärtigen, daß eine Einstellung des Ermittlungsverfahrens und ein gerichtlicher Freispruch mangels Beweises vom Täter als Rechtfertigung seines sexuellen Mißbrauchs fehlinterpretiert werden kann[36]. Der Täter setzt dann seinen sexuellen Mißbrauch an dem Kind unverändert fort.

Glaubhaftigkeit der Aussage des kindlichen Opfers

Der Täter läßt nichts unversucht, um die Glaubhaftigkeit der Aussage des kindlichen Opfers zu erschüttern, das regelmäßig die einzige Zeugin des heimlichen Geschehens ist. Falschbeschuldigungen können zwar nicht ausgeschlossen werden. Sie sind indessen selten. Man geht in der psychologischen Forschung von weniger als 2% Falschbehauptungen bei Kindern, die bis zu 6 Jahre alt sind, und von 8% Falschaussagen bei Kindern zwischen 6 und 14 Jahren aus[37]. Auch vorsätzliche Falschbeschuldigungen bei Ehescheidungen kommen nicht häufig vor[38]. Der erste unbeeinflußte spontane Bericht eines Kindes über seinen sexuellen Mißbrauch ist die zuverlässigste Informationsquelle. Während sich Länge und Reichtum dieses ersten freien Berichts mit dem Älterwerden verbessern, bleibt der Anteil der irrtümlich angenommenen Einzelheiten von Jahr zu Jahr erstaunlich niedrig und konstant.

Viele spontane Berichte von Kindern über ihren sexuellen Mißbrauch werden allerdings von übereifrigen, emotionalisierten Eltern

36. Furniss, T.: The Multi-Professional Handbook of Child Sexual Abuse. London, New York 1991, 98-100.

37. Davies, G.: Research on Children's Testimony: Implications for Interviewing Practice. In: C.R. Hollin/K. Howells 1991 (Anm. 2), 108.

38. Coulborn Faller, K. 1990 (Anm. 14), 238.

und ihren „Beratern" durch Befragungen verdorben. Nach dem Beginn solcher Befragungen verschlechtert sich die Situation: Nun erinnert sich das befragte Kind zwar an mehr Einzelheiten, aber auf Kosten einer höheren Irrtumswahrscheinlichkeit. Hierbei bezieht sich sein Irrtum mehr auf Personen als Ereignisse. Die Idee, daß Suggestibilität und Einbildungskraft generelle Persönlichkeitszüge aller Kinder sind, findet freilich in der psychologischen Forschung wenig bis keine Unterstützung. Selbst kleine Kinder sind durchaus in der Lage, an ihnen verübten sexuellen Mißbrauch richtig wiederzugeben[39]. Das Kerngeschehen des Ereignisses erwies sich auch bei Suggestivbefragungen erstaunlich widerstandsfähig. Kinder können insbesondere dann glaubhafte Zeugen sein, wenn sie über zentrale Aspekte bedeutungsvoller Ereignisse des wirklichen Lebens befragt werden, die sie selbst erlebt haben[40]. Die Aussageanalyse, die bestimmte Glaubhaftigkeitskriterien entwickelt hat, ist hierbei eine zuverlässige Methode der psychologischen Aussagebeurteilung. Falsche Anschuldigungen sind am Aussageverhalten und -inhalt, z.B. an der Wirklichkeitsnähe der Schilderung, an ihrer Spontaneität, ihrer Anschaulichkeit, ihrer Stimmigkeit und Folgerichtigkeit - wenn auch nicht mit untrüglicher Sicherheit - erkennbar.

Opferschäden

Die Ermittlung psychischer und sozialer Schäden, die dem Opfer durch sexuellen Mißbrauch in seiner Kindheit entstanden sind, bereitet einige methodische Schwierigkeiten. Denn angesichts der Fülle negativer Faktoren, die auf den Lebenslauf eines Menschen eingewirkt haben können, erscheint der empirische Nachweis einigermaßen mühevoll, daß leichtere oder schwerere psychische und soziale

39. Davies, G.: Research on Children's Testimony: Implications for Interviewing Practice. In: C.R. Hollin/K. Howells 1991, (Anm. 2), 104.

40. Goodman, G.S./Helgeson, V.S.: Children as Witnesses: What do they Remember? In: L.E. Auerbach Walker (Hrsg.): Handbook on Sexual Abuse of Children. New York 1988, 118.

Beeinträchtigungen eines Erwachsenen auf sexuellen Mißbrauch in seiner Kindheit zurückzuführen sind. Solche Schädigungen können zudem vor oder nach dem traumatisierenden Ereignis entstanden sein. Häufig macht eine emotionale Mangelsituation in einer zerrütteten Familie ein Kind opferanfällig. Die emotionale Störung ist in diesem Fall eine Ursache, keine Wirkung des sexuellen Mißbrauchs. Das Ausmaß und die Art des Schadens richten sich weiterhin nach unterschiedlichen Faktoren. Das Alter des Opfers und des Täters zur Tatzeit, die Nähe der Täter-Opfer-Beziehung, die Art, die Häufigkeit und die Länge des sexuellen Mißbrauchs und die Reaktion der Eltern, Lehrer und Freunde auf die Straftat nach deren Bekanntwerden spielen wesentliche Rollen. Es ist ferner von erheblicher Bedeutung, ob der Täter Gewalt angewandt hat, um den Widerstand seines Opfers zu brechen, oder ob das Opfer zustimmend an der Tat beteiligt war. Nicht zuletzt kommt es darauf an, ob das Opfer nach Tataufdeckung in seiner Familie, bei Verwandten, Nachbarn und Freunden verständnisvollen Halt und psychische Unterstützung findet und ob die polizeilichen Vernehmungen und das Strafverfahren in ihrer seelischen Belastung für das Kind begrenzt gehalten und möglichst schonend durchgeführt werden können.

Man unterscheidet zwischen Primärschäden, die durch den sexuellen Mißbrauch selbst entstehen, und Sekundärschäden, die durch die fehlende oder die verfehlte informelle und formelle Reaktion auf den sexuellen Mißbrauch hervorgerufen werden. Körperliche Verletzungen wurden nur bei 7% der kindlichen Opfer festgestellt[42]. Die psychischen und sozialen Opferschäden hat man[43] zusammengefaßt und in vier Entstehungsprozessen systematisiert:

41. Conte, J.R./Berliner, L.: The Impact of Sexual Abuse on Children: Empirical Findings. In: L. A.Auerbach Walker 1988 (Anm. 40), 72-93.

42. Conte, J.R.: The Nature of Sexual Offenses against Children. In: C.R. Hollin/K. Howells 1991 (Anm. 2), 11-34.

43. Finkelhor, D./Browne, A.: Assessing the Long-Term Impact of Child Sexual Abuse: A Review and Conceptualization. In: L.E. Auerbach Walker 1988 (Anm. 40), 55-71.

- Traumatische Sexualisierung ist ein Prozeß, durch den die Sexualität eines Kindes entwicklungsmäßig unangemessen und zwischenmenschlich dysfunktional geformt wird. Sexuelle Störungen, Promiskuität, sexuelle Angst und niedriges sexuelles Selbstwertgefühl können die schädlichen Folgen eines solchen Prozesses sein.

- Stigmatisation ist eine soziale Eigendynamik, durch die der Persönlichkeit des Kindes von Personen seines sozialen Nahraums negative Merkmale, z.B. Schlechtigkeit, Schande, Schuld, zugeschrieben werden, die das Kind in einem niedrigen Selbstwertverständnis verinnerlicht. Schuldgefühle, soziale Isoliertheit, Drogen- und Alkoholmißbrauch, Jugenddelinquenz und Erwachsenenkriminalität, Selbstmordgedanken und -versuche können sich aus dieser sozialen Eigendynamik ergeben.

- Der dritte Prozeß wird mit Verrat bezeichnet[44].In diesem Prozeß entdecken die Kinder, daß ein Erwachsener, von dem sie lebenswichtig abhängig waren, das in ihn gesetzte Vertrauen zu ihrem Nachteil ausgenutzt hat. Depression, Mißtrauen anderen gegenüber, Angst, Verletzbarkeit für weiteren sexuellen Mißbrauch, Unbehagen in Intimbeziehungen und Eheprobleme können ihre Ursache in diesem Prozeß haben.

- Die vierte und letzte Dynamik ist der Prozeß der Entmachtung des Opfers. In diesem Prozeß zerstört der Täter den Eigenwillen und die Wünsche seines Opfers. Die negativen Auswirkungen dieser Täter-Opfer-Interaktion können in der Annahme eines Opferselbstbildes, in Alpträumen, psychosomatischen Beschwerden, Weglaufen aus dem Elternhaus, Schul- und Berufsproblemen, Verwundbarkeit für weitere sexuelle Viktimisierungen und in aggressivem Verhalten be-

44. Finkelhor, D.: The Trauma of Child Sexual Abuse. In: G.E. Wyatt/G. Johnson Powell (Hrsg.): The Lasting Effects of Child Sexual Abuse. Newbury Park, London, New Delhi 1988, 61-82.

stehen. Die Identifikation mit seinem Aggressor kann ein Versuch des Kindes sein, seine eigene Ohnmacht zu überwinden.

Sekundäre Traumatisierungen können durch fehlende oder verfehlte Reaktionen auf den sexuellen Kindesmißbrauch entstehen:

- Werden pädophile Handlungen verschwiegen und verheimlicht, bleiben die psychischen und sozialen Primärschäden der kindlichen Opfer unbehandelt. Jede Traumatisierung, die nicht therapiert wird, birgt indessen die Gefahr in sich, daß das Opfer sich im Erwachsenenalter weiterhin schädigt, z.B. durch Alkohol- und Rauschmittelmißbrauch, durch Prostitution, oder daß die Pädophilie aufgrund der Opfer-Täter-Abfolge auf die nächste Generation übertragen wird.

- Übertriebene emotionale Reaktionen der Familienmitglieder des Opfers und der Personen seines sozialen Nahraums und dramatisierende Reaktionen der Instanzen der Sozialkontrolle, z.B. der Polizei und der Gerichte, auf die sexuelle Viktimisierung können die soziale Fehlverarbeitung begünstigen und den Opferschaden erhöhen.

- Eine Sekundärviktimisierung kann ferner dadurch eintreten, daß man dem Kind weder in der Öffentlichkeit noch im Strafverfahren glaubt. Das formelle Strafverfahren ist auf den Schutz des Angeklagten ausgerichtet. Deshalb verkehren sich mitunter die Rollen zwischen Zeugen und Angeklagten: Der Angeklagte wird zum Opfer; das Opfer wird zum Angeklagten. Der Freispruch des Täters mangels Beweises wird vom Opfer häufig als zusätzliche Traumatisierung erlebt.

- Der psychische und soziale Schaden für das Opfer kann schließlich dadurch erheblich vergrößert werden, daß man sozialen Druck auf das Opfer ausübt, daß man es für den Zerfall seiner Familie verantwortlich macht und daß es in kriminalpolizeilichen Vernehmungen, bei der psychologischen Glaubhaftigkeitsbegutachtung und im Strafverfahren vor Gericht seinen sexuellen Mißbrauch ständig ein weiteres Mal durchleben muß. Während des Strafverfahrens wird es

mit dem Täter konfrontiert. Man begegnet ihm mit Mißtrauen; es wird der Lüge und der Falschaussage bezichtigt.

Kriminalpolitische Vorschläge

Die Strafrechtsvorschrift gegen den sexuellen Mißbrauch an Kindern muß wegen ihrer werteschaffenden und -erhaltenden Kraft bestehen bleiben. Das Strafverfahren ist aus rechtsstaatlichen Gründen erforderlich. Gleichwohl darf es nicht sofort und uneingeschränkt angewandt werden, weil es in seiner letzten Konsequenz die Familie zerschlägt, sie ihrer ökonomischen Grundlagen beraubt (Freiheitsstrafe für den Ernährer) und weil es die Kinder benachteiligt (Heimaufenthalte, Pflegefamilie). In geeigneten Fällen ist dem formellen Strafverfahren deshalb ein informelles Ausgleichs- und Schlichtungsverfahren vorzuschalten, das mit Zustimmung aller Beteiligten, des Angeklagten, des Opfers, des Staatsanwalts, des Richters, am runden Tisch stattfinden und dessen Schlichtungsspruch für alle Beteiligten verbindlich sein sollte. Diese Schlichtungsvereinbarung kann Behandlungsauflagen und Kontrollen für den Angeklagten und die mannigfaltigsten Hilfen für die Familie vorsehen. Kommt der Angeklagte seinen Verpflichtungen aus dem Schlichtungsspruch nicht nach, findet das Strafverfahren statt.

Nach israelischem Vorbild sollte freilich für alle Vernehmungen des kindlichen Opfers im vorgerichtlichen Ermittlungsverfahren anstelle der Polizei ein Jugenduntersuchungsführer zuständig sein, der für seine Aufgabe besonders psychologisch und pädagogisch ausgebildet ist. Er befragt das sexuell mißbrauchte Kind in seiner gewohnten Umgebung und in kindgemäßer, undramatischer Weise. Wenn es zum Strafverfahren kommt, sagt er anstelle des Kindes vor Gericht aus. Wenn das Kind sozial reif und emotional stabil genug ist, seine Aussage vor Gericht zu machen, ohne psychische Schäden davonzutragen, gibt er seine Aussageerlaubnis für das Kind.

Behandlung

Der sexuelle Mißbrauch an Kindern ist nur mit einem umfassenden theoretischen Konzept zu behandeln, das sowohl Täter und Opfer als auch Familie und Gesellschaft umfaßt[45]. Die Gesellschaft muß sich von ihren Verdrängungsmechanismen freimachen, die auf extreme Stigmatisation von Täter und Opfer hinauslaufen. Statt dessen sind Täter- und Opferbehandlungsprogramme zu entwickeln.

Nur wenige Rechtsbrecher brauchen eine psychiatrische Behandlung. Denn die meisten Sexualstraftäter sind nicht geisteskrank[46]. Im Rahmen der Täterbehandlung ist die Kastration ein schwerwiegender, irreversibler Eingriff, der zwar den Rückfall weitgehend verhindert, der aber - neben schädlichen körperlichen und seelischen Nebenwirkungen - die freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde verletzt. Hormonale und medikamentöse Triebdämpfung sind nur so lange wirksam, wie die Medikamente eingenommen werden. Darüber hinaus wirkt eine solche Triebdämpfung auf die Ursachen des Delikts nicht ein. Denn die meisten Sexualstraftäter begehen ihre Delikte aus anderen als rein sexuellen Motiven. Die Aversionstherapie, die darauf abzielt, dem Täter die sexuelle Erregung durch Kinder zu vergällen, ändert das pädophile Verhalten gleichfalls nicht nachhaltig genug[47]. Für den Täter hilfreich haben sich soziale lern- und gesprächstherapeutische Methoden erwiesen, die auf eine Verbesserung seiner sozialen Fähigkeiten und Fertigkeiten abzielen und seine Selbstkontrolle sowie sein Selbstwertgefühl stärken[48].

---

45. Bentovim, A.: Clinical Work with Families in which Sexual Abuse has Occured. In: C.R. Hollin/K. Howells 1991 (Anm. 2), 179-208.

46. Perkins, D.: Clinical Work with Sex Offenders in Secure Settings. In: C.R. Hollin/K. Howells 1991 (Anm. 2), 151-177.

47. Maletzky, B.M.: Treating the Sexual Offender. Newbury Park, London, New Delhi 1991.

48. West, D.J.: Sex Offenses and Offending. In: M. Tonry/N. Morris (Hrsg.): Crime and Justice. Band 5. Chicago, London 1983, 218.

Noch wichtiger als der Entwurf einer Tätertherapie ist die Entwicklung eines Opferbehandlungsprogramms. Schuld- und Schamgefühle des Opfers müssen ebenso psychisch verarbeitet werden wie positive und negative Gefühle und Einstellungen dem Täter gegenüber. Kern des therapeutischen Prozesses ist die Beziehung zwischen der Patientin und dem Therapeuten, die von gegenseitiger Zuneigung, von Respekt und Vertrauen getragen sein sollte. Der Prozeß der Aufdeckung und Erklärung der sexuellen Mißbrauchserfahrungen ist schmerzlich und leidvoll. Intensive Gefühle der Scham müssen überwunden werden. Aufgrund einer tiefen Hilfsverpflichtung des Therapeuten und aufgrund seines einfühlenden Verstehens muß sich die Patientin stets angenommen und unterstützt fühlen[49]. Eine Ursachenerklärung ist für den konkreten Einzelfall zu entwickeln. Sofort nach Aufdeckung der Tat leistet die Krisenintervention erste unmittelbare Hilfe medizinischer, juristischer und sozialer Art für das kindliche Opfer. Kurzzeittherapie von sechs Monaten bis zu einem Jahr ist bei Kindern angezeigt, die nur leicht traumatisiert worden sind und die durch Bezugspersonen emotionale Unterstützung erfahren. Demgegenüber benötigen schwer traumatisierte Opfer ohne ausreichende soziale Hilfe eine Langzeittherapie von zwei oder mehr Jahren. Problemkreise der Therapie sind Vertrauensverlust und Rollenverwirrung. Die Individualtherapie baut das Selbstwertgefühl des Opfers auf. Der helfende und stärkende Einfluß Gleichaltriger und -betroffener wird in der Gruppentherapie genutzt. Die unterschiedlichen Bedürfnisse werden in verschiedenen Zielgruppen angesprochen. In der Elterngruppe stehen Schwierigkeiten der Ehepartner zur Diskussion. Die Gruppe der Töchter und Söhne und die Gruppe der Frauen, die als Kinder sexuell mißbraucht worden sind[50], befassen sich mit

49. Jehu, D.: Clinical Work with Adults who were Sexually Abused in Childhood. In: C.R. Hollin/K. Howells 1991 (Anm. 2), 229-260.

50. Courtois, C.A./Sprei, J.E.: Retrospective Incest Therapy for Women. In: L.E. Auerbach Walker 1988 (Anm. 40), 270-308.

Problemen des Opferwerdens und seiner Folgen. Die Kindergruppe geht diese Fragen mit Hilfe der Spieltherapie[51] an. Selbsthilfegruppen ehemaliger Opfer können wertvolle therapeutische Arbeit leisten.

Durch die Familientherapie[52] versucht man, die gestörte Soziodynamik der Inzestfamilie zu beheben. Die Familien, in denen der Vater die Verantwortung für den Inzest übernimmt, in denen die Mutter dem mißbrauchten Kind glaubt und beide Elternteile das kindliche Wohlergehen im Auge haben, sind gut therapierbar. In Familien ohne große Hoffnung wird die Verantwortung des Vaters zurückgewiesen und das mißbrauchte Kind als Quelle aller Probleme angesehen[53].

Verhütung

Die Entwicklung von Vorbeugungsprogrammen gegen den sexuellen Mißbrauch an Kindern ist gegenwärtig noch in den Anfängen begriffen. Man unterscheidet primäre, sekundäre und tertiäre Prävention. Die primäre Prävention wendet sich an die Gesellschaft, an potentielle Täter und Opfer, und versucht, das erstmalige Auftreten von sexuellem Mißbrauch zu verhindern. Die sekundäre Prävention bemüht sich darum, Risikogruppen potentieller Täter und potentieller Opfer möglichst früh zu erkennen und darauf hinzuwirken, daß kein sexueller Kindesmißbrauch entsteht. Die tertiäre Prävention versucht, den Rückfall beim Täter und das erneute Opferwerden beim Opfer zu unterbinden.

Es ist eine wesentliche Aufgabe der Verhütung, Kinder in kindgemäßer Weise in Kindergarten und Grundschule über den sexuellen Kindesmißbrauch zu unterrichten, sie bei der Entfaltung selbstbe-

51. Walker, L.E.A./Bolkovatz, M.A.: Play Therapy with Children who have Experienced Sexual Assault. In: L.E. Auerbach Walker 1988 (Anm. 40), 249-269.

52. Woodworth, D.L.: Evaluation of a Multiple-Family Incest Treatment Program. In: M. Quinn Patton 1991 (Anm. 19), 121-134.

53. Friedman, S.: A Family Systems Approach to Treatment. In: L.E. Auerbach Walker 1988 (Anm. 40), 326-349.

wußter Verhaltensweisen („Nein-Sagen") zu unterstützen und sie in vorsichtiger, einfühlsamer Weise zu ermutigen, über bereits erlittenen Mißbrauch zu berichten. Die Vorbeugung darf freilich nicht zum ausschließlichen Problem des potentiellen Opfers gemacht werden. Die Verhinderung sexuellen Mißbrauchs ist die Aufgabe Erwachsener[54]. Deshalb ist es ganz wesentlich, daß die Unterrichtung der Kinder durch eine Information der Eltern und Lehrer ergänzt wird. Der sexuelle Mißbrauch an Kindern muß ferner in der Ausbildung sozialer Berufe, die mit solchem Mißbrauch konfrontiert werden, z.B. in der Ausbildung von Kindergärtnerinnen, von Lehrern, Sozialarbeitern und Ärzten, eine viel größere Rolle spielen. Man bemüht sich gegenwärtig, durch Filme, Rollenspiele, Vorträge, Malbücher, Lieder und Puppentheater das Problembewußtsein zu wecken[55]. Man kann hier jedoch leicht zu viel tun und Probleme nicht nur lösen, sondern schaffen. Die Informationsbemühungen konzentrieren sich auf die drei Fragen, was sexueller Mißbrauch ist, wer als potentieller Täter in Frage kommt und was man gegen solchen Mißbrauch tun kann. Den Eltern sollte ferner noch nahegebracht werden, daß Kinder für sexuellen Mißbrauch anfälliger sind, wenn sie vernachlässigt werden und emotional isoliert sind. Die Eltern sollten schließlich wissen, in welcher Weise sie auf die Enthüllung sexuellen Mißbrauchs reagieren sollten.

Die Verhütungsbemühungen um den sexuellen Mißbrauch an Kindern bergen freilich auch zahlreiche Gefahren in sich. Es ist Kindern z.B. sehr schwer klarzumachen, daß sie von Personen aus ihrem sozialen Nahraum sexuell mißbraucht werden können. Es besteht die Gefahr, daß sie die Sicherheit ihrer Elternhäuser überhaupt in Frage stellen, daß sie gegenüber allen Erwachsenen übertrieben mißtrauisch

54. Knappe, A.: Prävention sexuellen Mißbrauchs: Möglichkeiten und Grenzen der Arbeit mit Eltern und Kindern. In: O. Schubbe 1994 (Anm. 10), 253.

55. Finkelhor, D./Strapko, N.: Präventive Erziehung: Ein Überblick über die Forschungslage. In: O. Schubbe 1994 (Anm. 10), 217-241.

reagieren und daß sie sich nicht nur gegen negative, sexuelle Berührungen, sondern auch gegen positive, emotionale Körperkontakte wenden[56]. Die Eltern sehen zwar das Problem, daß die Täter hauptsächlich aus dem sozialen Nahraum des Kindes kommen. Sie können diese Erkenntnis aber nur sehr schwer auf ihren konkreten sozialen Nahraum übertragen. Die Verhütung gegen den sexuellen Kindesmißbrauch ist eine äußerst schwierige Aufgabe. Mit der gegenwärtigen Publikationsflut ideologischer und populärwissenschaftlicher Literatur und der Dramatisierung des Problems in der Boulevard-Presse, in Fernsehtalkshows und Magazinen ist dieser Aufgabe kaum beizukommen. Nüchterne Sachlichkeit ist gefragt.

*****

PRZESTĘPSTWA SEKSUALNE PRZECIWKO DZIECIOM Z PUNKTU WIDZENIA KRYMINOLOGICZNEGO I WIKTYMOLOGICZNEGO

Streszczenie

Wykorzystanie seksualne dziecka (pedofilia) definiuje się jako interakcję pomiędzy dzieckiem (do 14 lat) i dorosłym, przy czym dziecko służy jako obiekt do zaspokojenia potrzeb seksualnych lub o podłożu seksualnym. Dziecko jest poniżone do roli obiektu seksualnego. Sprawca wykorzystuje swoją dominującą, upoważniającą do podejmowania decyzji pozycję w stosunku do dziecka: nadużycie władzy. Gdybyśmy chcieli określić rozmiar czynów seksualnych z wykorzystaniem dzieci, to należy rozróżniać pomiędzy oficjalnie zarejestrowanymi danymi, a ciemną liczbą niezgłoszonych, pozostających w ukryciu, czynów przestępnych. Według oficjalnej statystyki

56. Daro, D.: Prevention Programs. In: C.R. Hollin/K. Howells 1991 (Anm. 2), 285-305.

wyjaśniono w Niemczech w 1992 r. z 16.442 przypadków 61,9 %. Z 16.381 ofiar dokonanego przestępstwa seksualnego na dzieciach w 1992 r. 90,9 % to dzieci w wieku od 6 do 14 lat, 76,6 % było płci żeńskiej, a 23,4 % męskiej. Większość postępowań przygotowawczych umarza prokuratura, ponieważ osoby bliskie dziecku wahają się postawić przed sądem osoby, w stosunku do których czują się w jakiś sposób zobowiązani. Według oficjalnych danych ilość tego rodzaju przestępstw zmalała w latach 1955 do 1990. Jednak mamy tu do czynienia z tzw. pozornym spadkiem. Zmalała przede wszystkim gotowość społeczeństwa do zgłaszania tego rodzaju czynów. Przestępstwo seksualnego wykorzystania dzieci traktowane jest w najbliższym kręgu społecznym (np. rodzina, krewni i sąsiedztwo) w wysokim stopniu jako sprawa prywatna. Uwaga społeczna jest skupiona raczej na seksualnym wykorzystaniu dzieci przez obcych. Na podstawie nowych danych ankietowych na temat ofiar takich czynów okazuje się, że od 5 do 8 % kobiet w starych landach związkowych (mężczyzn odpowiednio od 1,4 do 3,5 %) i około 2 do 6 % kobiet w nowych landach (mężczyźni: 0,5 do 2,5 %) miało tego rodzaju seksualne doświadczenia, łącznie z kontaktem cielesnym, w wieku do 14 lat. Jeśli chodzi o ciemną liczbą w tym zakresie, to prawdopodobnie ilość tych przypadków znacznie wzrosła w ostatnim dziesięcioleciu.

Wulgarny język, pokazywanie pornograficznych zdjęć, obnażanie genitaliów osób dorosłych, znajdują się po jednej stronie tego ciągu form zjawiskowych i są drobnymi czynami, które dość często występują. Średnie formy czynów seksualnych w tym zakresie to dotykanie genitaliów dziecka, obmacywanie ich i głaskanie oraz masturbacja w obecności dziecka. Na końcu tego ciągu czynów znajdują się kontakty oralno-genitalne, symulowany stosunek i w końcu stosunek seksualny, które stanowią ciężkie przestępstw i raczej występują dość rzadko. Większość sprawców i ofiar z reguły zna się jeszcze przed dokonaniem czynu (czyny karne wynikające z bliskich wzajemnych kontaktów). Sprawcy są co najmniej członkami rodziny (ojciec, dzia-

dek, opiekun, ojczym, przyjaciel matki), krewni (wujek), wynajmujący mieszkanie, sąsiad, przyjaciele rodziny, opiekun dzieci (babysitter), wychowawca i osoba z autorytetem (nauczyciel, ksiądz, lekarz). Kazirodztwo, szczególnie pomiędzy starszym bratem i młodszą siostrą, jest najbardziej rozpowszechnioną formą seksualnego wykorzystania w rodzinie. W porównaniu do sprawców z bliższego kręgu społecznego liczba sprawców, którzy są osobami obcymi, dziecku nieznanymi, a które obserwują dzieci na placu zabaw, w parku bądź w samochodzie wynosi od 3 do 4 % nie ma tutaj większego znaczenia.

Wśród sprawców seksualnych przestępstw na dzieciach można wyróżnić cztery różne typy:

- sprawca regresywny, kieruje swoje seksualne zainteresowania w stronę dzieci ze względu na brak sukcesów w kontaktach z rówieśnikami;
- zdeterminowany sprawca, prawdziwy pedofil, identyfikuje się z dziećmi, śni o nich i fantazjuje na ich temat;
- sprawca wyzyskiwacz, wykorzystuje dzieci w celu zaspokojenia swoich potrzeb seksualnych i udowodnienia swojej dominacji. Wykorzystuje bezbronność dzieci pod każdym względem;
- agresywny, sadystyczny sprawca, to raczej rzadkość. Doznaje seksualnego zadowolenia tylko wtedy, kiedy może dziecko zranić fizycznie i psychicznie bądź je zabić.

Na temat przyczyn seksualnego wykorzystywania dzieci powstały różne teorie o raczej średnim zasięgu oddziaływania:

- według psychopatologicznej teorii należy uznać każdego pedofila za chorego psychicznie. Wszyscy pedofile-przestępcy są albo psychicznie zboczeni bądź chorzy; mają w szczególności psychopatologiczne skłonności, są upośledzeni umysłowo lub cierpią na uszkodzenia organiczne mózgu bądź na psychozy;
- teoria społeczno-ekonomiczna wychodzi z założenia, że za niskie zarobki, ciasnota mieszkaniowa, ubogie wyposażenie mieszkania,

bezrobocie, niskie wykształcenie i niska kwalifikacja zawodowa są przyczyną przestępstw seksualnych na dzieciach, w tym szczególnie kazirodztwa;

- zgodnie z teorią społeczno-strukturalną, seksualne wykorzystywanie dzieci jest wynikiem politycznego i gospodarczego układu sił w społeczeństwie, wynika z norm społecznych, z modeli zachowań i dominujących stylów życia. W społeczeństwie dominują mężczyźni, a kobiety są w dużym stopniu bezbronne. Dzieci są traktowane przez rodziców jak obiekty, jak ich własność;
- teoria socjalizacji jest teorią nakierowaną na sprawcę, która za główną przyczynę seksualnego wykorzystywania dzieci uznaje bezowocną, odpychającą i niszczącą poczucie własnej wartości socjalizację sprawcy;
- według teorii społecznego procesu nauczania i interakcji seksualne przestępstwa na dzieciach mają swe źródło w chybionych procesach symbolicznej interakcji pomiędzy dziećmi oraz dorosłymi a dziećmi. Wcześniejsze pozytywne doświadczenia seksualne z dziećmi-rówieśnikami i późniejsze niezadowalające kontakty seksualne z dorosłymi mogą pociągać za sobą pedofilskie skłonności;
- teoria neutralizacji wychodzi z założenia, że sprawcy opanowali mechanizmy racjonalizacji i zakłamania w celu neutralizowania i niweczenia społecznie konformistycznych wartości i postaw jeszcze przed złamaniem przez nich prawa.

Jeśli chodzi o ocenę przyczyn seksualnego wykorzystywania dzieci, należy stwierdzić, że teoria psychopatologiczna i socjoekonomiczna są już teoriami przestarzałymi. Natomiast teorię społeczno-strukturalną, socjalizacji, społecznego procesu nauczania i interakcji, jak również i neutralizacji należy wzajemnie połączyć.

Szkody psychiczne i społeczne występujące u ofiar przestępstw seksualnych będących dziećmi ujęto razem i usystematyzowano w czterech procesach:

- traumatyczna seksualizacja jest procesem, przez który seksualność dziecka formowana jest niewłaściwie z punktu widzenia rozwoju, a niefunkcjonalnie w odniesieniu do międzyludzkich stosunków;
- stygmatyzacja posiada własną dynamikę społeczną, wskutek której osobowości dziecka są przypisywane, przez osoby wywodzące się z bliskiego dziecku społecznego kręgu, negatywne cechy, takie jak złośliwość, wstyd czy wina, które dziecko przetwarza na niższe poczucie własnej wartości;
- trzeci proces określany jest mianem zdrady. W procesie tym dzieci odkrywają, że dorosły, od którego są życiowo zależni, wykorzystał zaufanie, jakim oni go obdarzyli, na ich niekorzyść;
- czwartym i ostatnim procesem dynamicznym jest rozbrojenie ofiary. W procesie tym sprawca niszczy własną wolę i życzenia swojej ofiary.

Stygmatyzacja wtórna może powstać przez brak bądź błędną reakcję na zjawisko seksualnego wykorzystania dziecka.

Andrzej J. Szwarc

HIV/AIDS I DYSKRYMINACJA

Po kilku już latach obcowania z HIV/AIDS truizmem jest podkreślanie, że epidemia ta jest problemem nie tylko medycznym. że w związku z tą epidemią pojawiło się też wiele innych problemów[1], że AIDS wywołał także rezonans w stosunkach międzyludzkich stając się w ten sposób doniosłym problemem społecznym.[2] W związku z AIDS pojawiły się między innymi takie zjawiska, jak dyskryminacja, nietolerancja, wrogość, napiętnowanie, stygmatyzacja, uprzedzenia lub co najmniej inne traktowanie z tego powodu określonych osób lub grup, i to w wielu dziedzinach stosunków międzyludzkich.[3]

---

1. Por. na ten temat np. B. Schünemann, G. Pfeiffer (red.), Die Rechtsprobleme von AIDS, Baden-Baden 1988; A.J. Szwarc, (red.) Prawne problemy AIDS, Warszawa 1990, s. 3 i nast.; J.Juszczyk, A. Gładysz, AIDS, Wrocław 1992, s. 361 i nast.

2. Por. o tym np. M. Sokołowska, Społeczne i kulturowe aspekty regulacji prawnych w zakresie zapobiegania i zwalczania AIDS, [w:] A.J. Szwarc (red.), Prawne problemy AIDS, op. cit., s. 40-57; J. Juszczyk, A. Gładysz, AIDS, op. cit., s. 361-388.

3. Por. o tym np.: AIDS: Fakten und Konsequenzen. Endbericht der Enquete-Kommission des 11. Deutschen Bundestages „Gefahren von AIDS und wirksame Wege zu ihrer Eindmmung", Bonn 1990, s. 147-148; Sozialpsychologische Aspekte von AIDS unter besonderer Bercksichtigung von Diskriminierungs- und Stigmatisierungsprozessen, Endbericht, Zentrum für psychosomatische Medizin, Justus-Liebig-Universität, Giessen 1991; M. Steinbach, Zur Strategie der staatlichen AIDS-Bekmpfung, [w:] B. Schünemann, G. Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von AIDS, op. cit., s. 70-71; U. Gerhardt, Zur Effektivität der konkurrierden Programme der AIDS-Kontrolle, [w:] B. Schünemann, G. Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von AIDS, op. cit., s. 80 i nast.; J. Hamblin, People living with HIV: The law, ethics and discrimination, Issues Paper of United Nations Development Programme 1993, nr 4; J. Hamblin, The role of the law, ethics and discrimination, Issues Paper of United Nations Development Programme 1993, nr 11.

Wszelka dyskryminacja, w tym także dyskryminacja związana z HIV/AIDS, bywa tymczasem potępiana. Deklaracje takie są zawarte w dokumentach wielu różnych organizacji międzynarodowych[4], w uchwałach kongresów i konferencji[5], w międzynarodowych i krajowych programach zapobiegania AIDS i opieki nad osobami dotkniętymi HIV/AIDS[6], w wypowiedziach polityków i innych osób publicznych, w publikacjach naukowych[7]. Żąda się nieraz wręcz karania za praktyki dyskryminacyjne podejmowane wobec zakażonych lub chorych.

W tym kontekście szczególną doniosłość posiada okoliczność, że za potępianą i niedopuszczalną dyskryminację uznaje się nieraz już to, że w stosunku do osób z HIV/AIDS postępuje się inaczej niż w stosunku do osób nie dotkniętych tą epidemią.

Kwestią wtórną jest to, czy i w jakich warunkach można i należy posługiwać się w takich przypadkach pojęciem „dyskryminacja". Jest to bowiem pojęcie wieloznaczne i w każdym razie najpierw trzeba byłoby sprecyzować znaczenie, w jakim miałoby być ono używane. Wszakże pierwotną kwestią jest to, czy owe inne sposoby postępowania wobec osób z HIV/AIDS uznawane za dyskryminujące są usprawiedliwione czy nieusprawiedliwione, wskazane, celowe i pożą-

4. Por.: Council of Europe. Comparative study..., op. cit.

5. Por. m. in. materiały następujących konferencji: III. International Conference on AIDS, Washington, 1.-5.06.1987; IV. International Conference on AIDS, Stockholm, 12.-16.06.1988; The global impact of AIDS, London, 8.-9.03.1988; V. International Conference on AIDS, Montreal, 4.-9.06.1989; VI. International Conference on AIDS, San Francisco, 20.-24.06.1990; VII. International Conference on AIDS, Florence, 16.-21.06.1991; VIII. International Conference on AIDS, Amsterdam, 19.-24.07.1992. Por. także: AIDS-Forum D.A.H., Aspekte der AIDS-Diskussion auf internationalen Kongressen 1989: Montreal-Wien-New York, Berlin 1990.

6. Por. np.: AIDS: Fakten und Konsequenzen, op. cit.; Ministerstwo Zdrowia i Opieki Społecznej, Krajowy Program Zapobiegania Zakażeniom HIV i Opieki nad Żyjącymi z HIV i Chorymi na AIDS 1996-1998, Warszawa 1995, s. 23-26.

7. Por. np. J. Juszczyk, A. Gładysz, AIDS, op. cit., s. 387-388; J. Hamblin, People living..., op. cit.; J. Hamblin, Women..., op. cit.; J. Hamblin, The role..., op. cit.

dane, zwłaszcza z medycznego punktu widzenia, czy też nie, naganne czy nienaganne z punktu widzenia określonego systemu wartości, prawnie dopuszczalne, czy nie. Takie i inne okoliczności winny bowiem rzutować na ocenę ich dyskryminującego charakteru, od tego winno być uzależnione ich ewentualne potępianie i zwalczanie.

Odnieść można tymczasem wrażenie, że oceny odnoszące się do różnych kontrowersyjnych postaw, zachowań i praktyk związanych z HIV/AIDS, w tym nieraz także oceny o ich dyskryminującym charakterze, bywają powierzchowne, zdeterminowane uprzedzeniami, emocjami, stereotypami, czynnikami nieracjonalnymi, nieraz niewiedzą. Oceny takie muszą być więc poprzedzone gruntowną i rzeczową weryfikacją analizowanych postaw, zachowań i praktyk. Jest to pożądane przede wszystkim w interesie osób dotkniętych HIV/AIDS. Świadomość bardzo niebezpiecznego w skutkach zakażenia się wirusem HIV i cierpienia związane z chorobą AIDS, będące już dostatecznie dotkliwymi ciosami, ulegają bowiem często dalszemu spotęgowaniu wskutek określonych postaw, praktyk i zachowań odnoszących się do zakażonych i chorych. Weryfikacja ta jest nieodzowna także dla kształtowania właściwych regulacji prawnych w kwestiach związanych z HIV/AIDS.

Wykonanie tego zadania nie jest naturalnie możliwe w ograniczonych ramach niniejszego opracowania. Ocena celowości postępowania w określony sposób z osobami dotkniętymi HIV/AIDS jest zresztą w pierwszym rzędzie zdeterminowana wiedzą medyczną. Toteż w niniejszym opracowaniu zostaną tylko zasygnalizowane wybrane kontrowersyjne praktyki realizowane wobec osób z HIV/AIDS, w związku z którymi pojawia się problem ich prawnej dopuszczalności i ich ewentualnego uznania za praktyki dyskryminujące. Sformułowane zostaną także pewne refleksje rzutujące na ocenę tych praktyk, dotyczące przyczyn postępowania w określony sposób z osobami dotkniętymi HIV/AIDS i niepożądanych następstw niektórych takich praktyk.

W związku z HIV/AIDS szczególnymi postawami i praktykami dotknięte bywają nie tylko osoby zakażone wirusem HIV lub dotknięte już chorobą AIDS, ale nieraz także osoby tylko podejrzane o zakażenie lub chorobę. Dotyczy to zwłaszcza osób z tzw. grup zwiększonego ryzyka, jak narkomani, homoseksualiści czy prostytutki.[8] Co więcej - cierpią z tego powodu nieraz członkowie rodzin osób zakażonych, chorych lub tylko podejrzanych o zakażenie wirusem HIV, inne osoby z ich otoczenia lub pozostające z nimi w jakimś kontakcie albo osoby, które tylko świadczą im pomoc, okazują im życzliwość lub współczucie.

Postawy i praktyki związane z HIV/AIDS, oceniane jako dyskryminujące, przejawiają się w różnych dziedzinach stosunków międzyludzkich. Występują one naturalnie nie zawsze i nie wszędzie oraz w różnych krajach, regionach lub środowiskach w zróżnicowanych formach i rozmiarach[9], różne bywają ich przyczyny i następstwa. Ale właśnie z uwagi na te zróżnicowania określone postawy i praktyki tym bardziej odczuwane są jako dyskryminujące, gdy gdzie indziej osoby z HIV/AIDS nie spotykają się z taką reakcją. Omawiane postawy i praktyki zmieniają się też nieraz w miarę upływu czasu, zwłaszcza w miarę oswajania się z epidemią AIDS.

Różnice rejestrowane w tym względzie są zdetereminowane wieloma różnymi czynnikami. Są to między innymi czynniki polityczne, kulturowe, religijne, finansowe. Jest to także przejawem stanu ogólnej tolerancji panującej w danym środowisku, stosunkami i poglądami panującymi w danej społeczności, co jest szczególnie istotne zwłaszcza w małych społecznościach, stosunkiem czy wręcz uprzedzeniami do różnych zjawisk, między innymi takich, jak na przykład seks, prostytucja, homoseksualizm, prezerwatywy, narkomania i inne.

8. Por. o tym m. in.: Council of Europe. Comparative study on discrimination against persons with HIV or AIDS, Strasbourg 1993, s. 170-179.

9. Por. o tym: Council of Europe, Comparative study..., op. cit., s. 20-21, 139-144.

Ważnym czynnikiem jest zakres wiedzy o AIDS, reakcja na HIV/AIDS ze strony mediów, kościołów różnych wyznań i innych instytucji.

Wskazywane w niniejszym opracowaniu przykłady postaw i praktyk związanych z HIV/AIDS, ocenianych jako dyskryminujące, są tylko ilustracją omawianego zjawiska i nie tworzą bynajmniej wyczerpującego obrazu.

Najbardziej restrykcyjnym przejawem postaw wobec HIV/AIDS jest separowanie zakażonych lub chorych, tworzenie i umieszczanie takich osób w specjalnych ośrodkach odosobnienia. Towarzyszą temu zakazy kontaktowania się z takimi osobami.[10]

Nieraz słyszy się o tym, że pewne postawy lub praktyki związane z HIV/AIDS, oceniane jako dyskryminujące, rejestruje się w zakresie działalności leczniczej. Odmawia się z tego powodu przyjęcia pacjenta w gabinecie lekarskim, stomatologicznym lub w ambulatorium, przyjęcia do szpitala, wykonania zabiegu diagnostycznego lub leczniczego. Odmawia się udzielenia pomocy w związku z wypadkiem drogowym lub innym. W zakładach leczniczych separuje się nieraz takich pacjentów. Umieszcza się ich w wydzielonych szpitalach, tworzy się dla nich osobne oddziały lub sale, podejmuje się różne działania zapobiegające ich kontaktom z innymi osobami.[11]

Podobne zjawiska rejestruje się w związku z przyjmowaniem do przedszkoli, szkół, internatów i innych podobnych placówek.

---

10. Por.: Council of Europe. Comparative study..., op. cit., s. 20-21, 148-152; J. Juszczyk, A. Gładysz, AIDS, op. cit., s. 387.

11. Por. m. in.: Council of Europe. Comparative study..., op. cit.; Health and Public Policy Committee, American College of Physicians and the Infections Disease Society of America: The acquired immunodeficiency syndrome (AIDS) and infection with the human immunodeficiency virus (HIV), Ann. Intern. Med. 1988, 108, 460; A. Stapiński, Praca lekarza w obliczu epidemii AIDS, Seksuologia 1994, nr 1, s. 9.

Odmawia się nieraz takim osobom możliwości uczestniczenia w zajęciach sportowych, rekreacyjnych, grach, zabawach i w innych podobnych zajęciach.[12]

W dziedzinie zatrudnienia rejestruje się przypadki zakazu lub ograniczeń w pełnieniu pewnych funkcji publicznych, odmowy przyjmowania do pracy lub zatrudnienia na określonych stanowiskach pracy, pozbawienia możliwości uczenia się lub wykonywania zawodu, przypadki zwalniania z pracy lub przesuwania na inne stanowiska.[13]

Wiele kontrowersyjnych praktyk związanych z HIV/AIDS notuje się w zakładach karnych. Więźniowie z HIV/AIDS umieszczani są nieraz w specjalnie wyznaczonych zakładach karnych, w specjalnych

12. Por.: Council of Europe. Comparative study..., op. cit., s. 133-138; AIDS: Fakten und Konsequenzen, op. cit., s. 201 i nast.

13. Por. m. in.: Council of Europe. Comparative study..., op. cit., s. 111-125; AIDS: Fakten und Konsequenzen, op. cit., s. 409 i nast.; Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbende/Deutscher Gewerkschaftsbund, AIDS in der Arbeitswelt, 1991; M. Bruns, AIDS im Betrieb und im Arbeitsleben, „Monatschrift für Deutsches Recht", 1988, s. 96 i nast.; M. Bruns, Aids, Alltag und Recht, „Monatsschrift für Deutsches Recht", 1987, nr 5, S. 353 i nast.; W. Hinrichs, Gesunde schützen, Erkrankte nicht ausgrenzen, „Arbeitsrecht im Betrieb", 1988, s. 6 i nast.; P. Lichtenberg, P. Schucking, Stand der Arbeitsrechtlichen Diskussion zur HIV-Infektion, „Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht", 1990, s. 44 i nast.; J. Heilmann, AIDS und Arbeitsrecht, „Betriebsberater", 1989, s. 1414 i nast.; R. Richardt, Arbeitsrechtliche Probleme bei Einstellung und Entlassung AIDS-infizierter Arbeitsnehmer, „Neue Zeitschrift fr Arbeitsrecht", 1988, s. 74 i nast.; A. Klak, AIDS und die Folgen für das Arbeitsrecht, „Betriebsberater", 1987, s. 1384; M. Löwisch, Arbeitsrechtliche Fragen von AIDS - Erkrankung und AIDS-Infektion, „Der Betrieb", 1987, nr 18, s. 937 i nast.; M. Löwisch, Arbeitsrechtliche und persönlichkeitsrechtliche Probleme von AIDS, [w:] B. Schünemann, G. Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von AIDS, op. cit., s. 307-331; W. Loschelder, Die Bekämpfung von AIDS als gesundheitsrechtliches Problem, [w:] B. Schünemann, G. Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von AIDS, op. cit., s. 154 i nast.; A.S. Leonard, Employment Discrimination Against Person with AIDS, „University of Dayton Law Review", 1986, nr 10, s. 861 i nast.; M. Schneidermann, Outline of Employment Issuses Related to AIDS, [w:] AIDS and the Law, ALI-ABA Study Materials, 1986, s. 150 i nast.; G.P.Schultz Aktuelle rechtliche Probleme der AIDS-Erkrankung in den USA, „AIFO - AIDS Forschung", 1987, nr 1, s. 47 i nast.; A. Kijowski, AIDS a prawo pracy i prawo ubezpieczenia społecznego, [w:] A.J. Szwarc (red.), Prawne problemy AIDS, op. cit., s. 208-243.

oddziałach zakładów karnych lub w osobnyh celach. Nie pozwala się takim osobom spożywać posiłków z innymi więźniami, uczestniczyć z innymi więźniami w różnych zajęciach, na przykład sportowych i kulturalych. Nie pozwala się im wykonywać pewnych określonych prac lub wykonywania pracy z innymi więźniami.[14]

W związku z HIV/AIDS określone kategorie osób poddawane bywają obowiązkowym badaniom testowym albo od poddania się takim badaniom uzależnia się ewentualne przyjęcie do szpitala, wykonanie zabiegu leczniczego, przyjęcie do przedszkola, szkoły, internatu, do pracy czy do wojska. Z przynależnością do określonych grup wiążą się także obowiązkowe badania testowe skazanych przyjmowanych do zakładów karnych lub odbywających już karę pozbawienia wolności. Osoby z HIV/AIDS poddawane są nieraz obowiązkowemu leczeniu. Ze zjawiskiem obowiązkowych badań testowych wiąże się ujawnianie wyników takich badań.[15]

W niektórych krajach obowiązują w omawianym zakresie ograniczenia lub zakazy w ruchu granicznym. W ruchu tym niektóre kategorie osób muszą poddawać się badaniom testowym, osobom z HIV/AIDS odmawia się wjazdu do kraju, swobodny wjazd warunkowany bywa negatywnym wynikiem badania testowego, w razie dłuższego pobytu cudzoziemcy obligowani są do powtórnego poddawania

14. Por. m.in.: Council of Europe. Comparative study..., op. cit., s. 145-163; AIDS: Fakten und Konsequenzen, op. cit., s. 277 i nast.; W.H. Eberbach, AIDS im Strafvollzug, [w:] B. Schünemann, G. Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von AIDS, op. cit., s. 263 i nast.; D. Bertrand, Sida, droit penal et medicine penitentiaire, „Bulletin de criminologie", 1989; J.M. Kelly, AIDS, prisoners and the law, „New Law Journal", vol. 142, nr 6338, s. 156 i nast.; A. Tobis, AIDS a prawo i praktyka penitencjarna, [w:] A.J. Szwarc (red.), Prawne problemy AIDS, op. cit., s. 140-158.

15. Por. o ty, m.in.: Council of Europe. Comparative study..., op. cit., s. 12-17, 27-60, 111, 123, 139-140; R. Rosenbrock, AIDS kann schneller besiegt werden, Hamburg 1987, s. 89-132; W.-R. Schenke, Die Bekämpfung von AIDS als verfassungsrechtliches und polizeirechtliches Problem, [w:] B. Schünemann, G. Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von AIDS, op. cit., s. 127 i nast.; W.H. Eberbach, AIDS im Strafvollzug, op. cit., s. 250 i nast.

się po pewnym czasie badaniu testowemu. Zjawisku temu towarzyszy paradoks polegający na tym, że wraz z otwarciem granic znacząco zwiększyło się przemieszczanie się ludzi z kraju do kraju, znacząco rozszerzyły się w ten sposób prawa i wolności obywatelskie w zakresie swobodnego poruszania się, ale jednocześnie zwiększyło się w ten sposób także niebezpieczeństwo przenoszenia zakażeń HIV i w celu minimalizowania tego niebezpieczeństwa ponownie ogranicza się przyznane w tym zakresie prawa i wolności.[16]

W dziedzinie ubezpieczeń rejestruje się takie zjawiska, jak uzależnianie zawarcia umowy ubezpieczeniowej od poddania się badaniu testowemu HIV, od negatywnego wyniku badania testowego, zawarcie z zakażonym lub chorym umowy ubezpieczeniowej na warunkach mniej korzystnych albo wręcz odmowa zawarcia umowy. W związku z tym zakłady ubezpieczeniowe dążą do ustalenia wielu faktów ściśle osobistych, które mogą zrodzić podejrzenie o zakażenie wirusem HIV.[17]

Dalszymi przykładami omawianych postaw i zachowań są protesty indywidualnych osób lub grup przeciwko przyjmowaniu zakażonych lub chorych albo tylko podejrzanych o zakażenie do przedszkola, szkoły, internatu, do szpitala, do pracy, do wspólnej celi we więzieniu, przeciwko przebywaniu z takimi osobami, przeciwko wspólnemu wykonywaniu z takimi osobami pracy, przeciwko uczestniczeniu wraz z nimi w różnych innych zajęciach, także kulturalnych, sportowych, rekreacyjnych, turystycznych, przeciwko tworzeniu dla takich osób specjalnych ośrodków, zakładów czy domów w

16. Por: Council of Europe. Comparative study..., op. cit., s. 103-110; AIDS: Fakten und Konsequenzen, op. cit., s. 257, 300 i nat., 477 i nast.; J. Sandorski, Prawo międzynarodowe a AIDS, [w:] A.J. Szwarc (red.), Prawne problemy AIDS, op. cit., s. 318-338.

17. Por. m.in.: Council of Europe. Comparative study..., op. cit., s. 79-102; AIDS: Fakten und Konsequenzen, op. cit., s. 437 i nast.; H. Wussow, Versicherungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit AIDS, „Versicherungsrecht. Juristische Rundschau f. d. Individualversicherung", 1988; E. Kowalewski, AIDS a prawo ubezpieczeniowe, [w:] A.J. Szwarc (red.), Prawneproblemy AIDS, op. cit., s. 175-207.

miejscowościach zamieszkiwanych przez osoby protestujące przeciwko temu. Kontrowersyjną praktyką związaną z HIV/AIDS bywa wypytywanie osób zakażonych lub tylko podejrzanych o zakażenie o kontakty z innymi osobami i o inne fakty z życia prywatnego, nieraz o okoliczności wręcz intymne.

Od osób zakażonych wirusem HIV odsuwają się nieraz najbliżsi: rodzice, małżonek, rodzeństwo, dzieci. Obok następstw bezpośrednich określone postawy i praktyki rodzą dla dotkniętego nimi też dalsze następstwa. Są nimi między innymi poczucie wyobcowania, utrata środków utrzymania, utrata dostępu do różnych świadczeń.

W ocenie praktyk uznawanych za dyskryminacyjne nie wolno pominąć przyczyn leżących u ich podstaw. Przyczyny kształtowania się w związku z HIV/AIDS określonych postaw to problematyka szczególnie złożona. Jest to w pierwszym rzędzie problem socjologiczny zasługujący na bardziej pogłębione i wyczerpujące rozważania. W tym miejscu trzeba z konieczności ograniczyć się w tym względzie tylko do kilku refleksji.

Należy spostrzec, że stosunek do HIV/AIDS bywa często zdeterminowany lub spotęgowany obawą o zakażenie i jego następstwa w postaci rozwinięcia się choroby AIDS lub śmierci. Doniosłości tego czynnika nie należy lekceważyć. Jest on często w poważnym stopniu usprawiedliwiony. AIDS szerzy się nadal i to w znacznym tempie. Obejmuje rejony i kraje nie dotknięte dotąd tą epidemią albo objęte nią dotąd w mniejszym stopniu. Wprawdzie postęp medycyny sprzyja przedłużaniu czasu od zakażenia HIV do rozwinięcia się choroby AIDS i śmierci, to jednak są to nadal nieuchronne następstwa omawianego zakażenia. Niebezpieczeństwa dla zdrowia i życia związane z HIV/AIDS są więc nieporównywalne z niebezpieczeństwami związanymi z innymi zakażeniami lub chorobami, zwłaszcza że występują one w tak masowej i nadal szybko zwiększającej się skali. Zjawisko to ulega pogłębieniu przez to, że nadal nie znaleziono leku lub metody uniknięcia zakażenia lub definitywnego powstrzymania po za-

każeniu procesu osłabiania się odporności immunologicznej organizmu.

Truizmem jest też spostrzeżenie, że określone postawy związane z HIV/AIDS bywają często zdeterminowanene nie tyle albo nie tylko epidemią HIV/AIDS, lecz w gruncie rzeczy stosunkiem do innych cech, postaw lub właściwości osób dotkniętych zakażeniem lub chorobą. Reakcja na HIV/AIDS bywa często napiętnowaniem za rzeczywiste lub domniemane zachowania, które doprowadzają lub sprzyjają przenoszeniu zakażenia wirusem HIV. Dość powszechnym zjawiskiem - przynajmniej w niektórych krajach - jest dyskryminowanie określonych osób w związku z HIV/AIDS głównie z powodu ich przynależności do określonych grup tzw. zwiększonego ryzyka. Odnosi się to zwłaszcza do homoseksualistów, narkomanów, prostytutek i osób cierpiących na inne niż HIV/AIDS choroby przenoszone drogą płciową.[18]

Kolejna refleksja to spostrzeżenie, że postawy związane z HIV/AIDS bywają często zdeterminowana lub spotęgowana niewiedzą czy wręcz ignorancją albo conajmniej niedostatkiem wiedzy o HIV/AIDS. Bardzo często obawy związane z HIV/AIDS są w związku z tym nieuzasadnione lub conajmniej wyolbrzymione, prowadząc do zbędnych, nieusprawiedliwionych, krzywdzących zachowań wobec osób z HIV/AIDS.[19]

Omawiane postawy bywają zdeterminowane także ogólnym stanem tolerancji w danej społeczności[20], zakresem praw i wolności obywatelskich, polityką państwa wobec omawianego zjawiska, stosunkiem mediów, kościołów różnych wyznań, możliwościami państwa, w tym także możliwościami finansowymi w zakresie zapobiegania i zwalczania AIDS.

18. Por.: Council of Europe. Comparative study..., op. cit., s. 170-179.

19. Por. J. Juszczyk, A. Gładysz, op. cit., s. 329-336, 381-385.

20. Por. J. Juszczyk, A. Gładysz, op. cit., s. 385-387.

W ocenie określonych praktyk związanych z HIV/AIDS nie można też pominąć pożądanych i celowych, ale także niepożądanych i nieraz niezamierzonych negatywnych następstw związanych z takimi praktykami.

Trzeba więc przede wszystkim uświadamiać sobie, że niektóre postawy i praktyki związane z HIV/AIDS rodzą negatywne skutki nie tylko dla osoby bezpośrednio dotkniętej. Pojawiają się w związku z tym także pewne dalsze następstwa, niekorzystne ze społecznego punktu widzenia. Oto - tytułem przykładów - niektóre z nich i refleksje z tym związane. Jak w przypadku każdego odmiennego postępowania wobec określonych osób lub grup również w tym przypadku pojawia się problem ewentualnego pogwałcenia w ten sposób podstawowych praw i wolności człowieka oraz zasady równości.[21] Zwraca się przy tym uwagę na okoliczność, że obok HIV/AIDS istnieje przecież też wiele innych czynników, z którymi także związane są niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia, a jednak nie wiążą się z nimi takie postawy lub praktyki jak te, które są związane z HIV/AIDS.

W związku z HIV/AIDS pojawia się kwestia ewentualnego pogwałcenia podstawowych praw i wolności oraz zasady równości nie tylko wskutek zachowań zamierzonych. Tak dzieje się na przykład także w przypadku, gdy z różnych powodów, choćby wyłącznie z powodu ograniczonych możliwości finansowych, badania testowe przeprowadza się tylko u osób z wybranych grup, już w ten sposób przyczyniając się lub potęgując ich inne traktowanie i ewentualne pogwałcenie zasady równości.

Łączenie HIV/AIDS z określonymi tylko grupami rodzi w konsewkwencji również niebezpieczeństwo polegające na tym, że osłabieniu ulega ostrożność w obcowaniu z innymi osobami, które prze-

21. Por.: Council of Europe. Comparative study..., op. cit., s. 451-485; AIDS: Fakten und Konsequenzen, op. cit., s. 323 i nast.; J. Hamblin, People living..., op. cit.; J. Hamblin, Women, the HIV epidemic and human rights: A tragic imperative, Issues Paper of United Nations Development Programme 1993, nr 8.

cież mogą być także zakażone wirusem HIV. Niebezpieczeństwo to jest tym większe, że coraz powszechniej zakażenie to przenoszone jest także drogą stosunków heteroseksualnych.

Testowanie z takich lub innych powodów tylko niektórych osób lub grup rodzi niekorzystne konsekwencje polegające na tym, że osoby takie traktuje się inaczej, zwłaszcza w razie pozytywnego wyniku badania testowego, gdy w ten sposób stwierdza się, że są one zakażone wirusem HIV. Nie postępuje się natomiast w ten sposób wobec osób, które także bywają zakażone, ale wobec nieprzeprowadzenia badania testowego nikt o tym nie wie, nawet sam zakażony. Osoby takie nie są więc traktowane w jakiś szczególny sposób, choć paradoksalnie wobec nieświadomości faktu ich zakażenia są one potencjalnie poważniejszym źródłem dalszych zakażeń niż osoby, u których stwierdzono zakażenie i które są świadome swego zakażenia. Świadomość ta skłania bowiem do ostrożności, zarówno samego zakażonego, jak i osób pozostających z nim w kontakcie. W tym kontekście szczególnym problemem jest praktyka obligatoryjnych badań testowych, którym poddaje się osoby przyjmowane do szpitali lub innych zakładów leczniczych.[22]

W uzasadnieniu konieczności przeprowadzania takich badań podkreśla się, że praktyka ta służy ochronie personelu medycznego i innych pacjentów przed zakażeniem wirusem HIV grożącym ze strony już zakażonych. Ustalenie zakażenia skłania bowiem do ostrożności w obcowaniu z osobami zakażonymi.

Tymczasem podnosi się, że jest to zbędne, bo przy zachowaniu normalnych środków ostrożności nie ma niebezpieczeństwa przenie-

22. Zob. obszerniej o tym: AIDS: Fakten und Konsequenzen, op. cit., s. 392 i nast.; J. Juszczyk, Czy wszystkich hospitalizowanych pacjentów należy obowiązkowo badać w kierunku zakażenia HIV ?, [w:] Materiały II Krajowej Konferencji z okazji Światowego Dnia AIDS, Warszawa 29.-30.11.1993 (w druku); J. Juszczyk, A. Gładysz, op. cit., s. 371-372; A. Stapiński, Praca lekarza w obliczu epidemii AIDS, „Seksuologia", 1994, nr 1, s. 8 i nast.; A. Stapiński, Ryzyko zakażeń HIV w zakładach opieki zdrowotnej, „Przegląd Dermatologiczny", 1993, nr 80, s. 14 i nast.

sienia zakażenia albo że niebezpieczeństwo to jest stosunkowo niewielkie. Świadczy o tym fakt, że niezwykle sporadyczne są przypadki zakażenia się przez personel medyczny, pielęgniarski i pomocniczy, nawet mimo zdarzeń grożących zakażeniem. Ponadto zwraca się uwagę na to, że negatywny wynik badania testowego wykonywanego w chwili przyjęcia do szpitala nie wyklucza przecież tego, że w rzeczywistości badana osoba jest zakażona, ale w jej organizmie nie pojawiły się jeszcze przeciwciała świadczące o zakażeniu albo że osoba ta ulegnie zakażeniu podczas pobytu w szpitalu.

Niektórzy podkreślają, że omawiana praktyka przeprowadzania badań testowych usypia ponadto czujność personelu szpitalnego i potęguje wręcz w ten sposób niebezpieczeństwo przenoszenia zakażeń, bo postępując bardziej ostrożnie z osobami, u których stwierdzono zakażenie lekceważy się zasady ostrożności w postępowaniu z innymi osobami, które - jak wskazano wyżej - też mogą być przecież zakażone, choć nie stwierdzono tego badaniem wykonanym przy przyjęciu do szpitala. Uważa się, że wykonywanie badań testowych jest więc kupowaniem sobie bardzo złudnego poczucia bezpieczeństwa. Najlepszym rozwiązaniem jest więc traktowanie wszystkich jednakowo jako potencjalnie zakażonych. Jest to korzystne zarówno dla personelu szpitala, jak i dla wszystkich pacjentów przebywających w szpitalu.

Dodatkową negatywną konsekwencją obowiązkowych badań testowych towarzyszących przyjmowaniu do szpitali jest wysoce prawdopodobne niebezpieczeństwo dość powszechnego ujawnienia zakażenia u określonych osób. Bo skoro badania te przeprowadza się po to, aby chronić personel przed zakażeniem, to trzeba o tym powiadomić wszystkie te osoby z personelu, które mogą mieć kontakt z zakażonym pacjentem. Jest to z reguły dość liczna grupa i dlatego duże jest niebezpieczeństwo dalszego rozpowszechniania się informacji o zakażeniu.

Inną negatywną konsekwencją omawianych badań jest to, że wobec pacjenta ze stwierdzonym zakażeniem podchodzi się inaczej, może być więc on nieraz traktowany wręcz gorzej, gorsza może być jakość świadczonych mu usług, opieki, wskutek zwlekania z wykonywaniem zabiegw diagnostycznych lub leczniczych, zwłaszcza inwazyjnych, choćby ze zwykłej obawy o zakażenie.

Innym podobnym problemem jest zróżnicowane traktowanie osób wjeżdżających do kraju w zależności np. od tego, czy są to cudzoziemcy czy obywatele danego państwa. Zakaz lub ograniczenia imigracyjne związane z HIV/AIDS dotyczące cudzoziemcw i podyktowane ochroną własnych obywateli przed zakażeniem nie są rozwiązaniem przekonywającym w sytuacji, gdy własny obywatel powracający z zagranicy może być przecież także zakażony i może być źródłem dalszego rozpowszechniania się zakażenia. Praktyka taka nie koresponduje ponadto z pożądaną dbałością o to, aby niebezpieczeństwo szerzenia się zakażenia wirusem HIV ograniczać zawsze i wszędzie, w każdych warunkach, w równym stopniu bez względu na osobę, gdy tymaczasem na przykład przy wyjeździe z kraju nikogo na ogół nie interesuje to, czy wyjeżdżający jest być może zakażony i czy będzie on poza granicami kraju źródłem dalszego szerzenia się zakażeń.

Niebezpieczeństwo innego traktowania osób, u których stwierdza się zakażenie wirusem HIV zniechęca naturalnie do poddawania się badaniom testowym i do ujawniania komukolwiek faktu zakażenia. Truizmem jest tymczasem podkreślanie, że zapobieganiu zakażeń sprzyjają dobrowolne badania testowe i uprzedzanie innych, zwłaszcza najbliższych, o własnym zakażeniu. Rezygnacja z badania testowego, mimo podejrzenia o zakażenie, podyktowana obawą o dyskryminację, zwiększa więc ryzyko dalszego przenoszenia zakażenia.

Podkreśla się, że nie ujawnianie zakażeń, podyktowane obawą zakażonych o traktowanie ich w jakiś szczególny sposób i - zdawałoby się - zapobiegające takiemu traktowaniu, paradoksalnie sprzyja

temu. Praktyka taka może bowiem kształtować lub utwierdzać w przypuszczeniu, że szczególne postępowanie z osobami zakażonymi jest usprawiedliwione. W ten sposób praktyka chroniąca przed ewentualną dyskryminacją paradoksalnie przyczynia się do niej. Toteż nie bez pewnej racji podnosi się nieraz, że celem kształtowania postaw tolerancyjnych wręcz pożądane jest ujawnianie przypadków zakażeń. Takim właśnie przekonaniem podyktowana bywa praktyka ujawniania nieraz przez samych zakażonych swego zakażenia, publicznego udzielania takim osobom pomocy, jawnego organizowania dla takich osób domów, ośrodków itp.

Szczególne postawy i praktyki związane z HIV/AIDS zniechęcają także do interesowania się tym zjawiskiem, do rozpowszechniania informacji o AIDS. Stąd niedostatki we wiedzy na temat AIDS, co jest - jak już podkreślono - czynnikiem potęgującym niebezpieczeństwo szerzenia się zakażeń wirusem HIV.

Niebezpieczeństwo dyskryminacji zniechęca też do interesowania się zakażonymi i chorymi, do świadczenia im pomocy, której zakażeni i chorzy tak bardzo potrzebują i oczekują.

Negatywne następstwa określonych postaw i praktyk związanych z HIV/AIDS ulegają pogłębieniu, gdy w dodatku w jednych krajach rejestruje się określone postawy lub praktyki, w innych natomiast nie. Poczucie dyskryminacji ulega spotęgowaniu w sytuacji, gdy w innych krajach nie ma takich postaw lub praktyk. Okoliczność taka może skłaniać do niepożądanego przemieszczania się osób zakażonych tam, gdzie nie traktuje się osób z HIV/AIDS w jakiś szczególny i niekorzystny dla nich sposób. W ten sposób paradoksalnie liczba zakażonych i chorych może zwiększać się tam, gdzie rejestruje się większą tolerancję wobec osób z HIV/AIDS.

Refleksje powyższe uświadamiają, że ocena różnych postaw i praktyk związanych z HIV/AIDS jest sprawą bardzo złożoną. Należy w związku z tym przestrzec przed zbyt pochopnym formułowaniem w tym względzie określonych ocen, w tym także ocen o ich dys-

kryminacyjnym charakterze. W każdym razie - trzeba przestrzec przed formułowaniem w tym zakresie ocen krańcowych i generalizujących, czy to akceptujących, czy potępiających kontrowersyjne postawy i praktyki związane z HIV/AIDS. Przytoczone rozważania przekonują, że oceny te winny być poprzedzone i zdeterminowane rzetelną oraz obiektywną weryfikacją.

Trzeba mieć przy tym świadomość, że w związku z epidemią AIDS bardzo często pojawia się kolizja interesów zmuszająca do kompromisów i determinująca formułowanie ocen, które nie wszystkich zadawalają. Na czoło wysuwa się kolizja między potrzebą ochrony interesów jednostki i interesów ogółu. Trzeba pogodzić się z tym, że nieraz trzeba poświęcić - przynajmniej w pewnym stopniu - jeden z tych interesów na rzecz drugiego, gdy pojawia się bezwzględna potrzeba ochrony innych ważniejszych dóbr lub wartości, nawet jeśli rodzi to nieuniknione konsekwencje traktowane jako dyskryminacyjne.

Jeśli jednak takiej potrzeby nie ma, a więc we wszystkich przypadkach zbędnej i niczym nieusprawiedliwionej dyskryminacji, należy stanowczo je potępiać i walczyć z nią wszelkimi dostępnymi sposobami.

*****

AIDS/HIV UND DISKRIMINIERUNG
Zusammenfassung

AIDS ist ein nicht nur medizinisches Problem. Im Zusammenhang mit dieser Epidemie erschienen auch viele andere Probleme. AIDS fand auch in zwischenmenschlichen Beziehungen Resonanz und wurde dadurch zu einem bedeutenden gesellschaftlichen Problem.

Mit AIDS sind u.a. solche Erscheinungen verbunden, wie Diskriminierung, Intoleranz, Feindschaft, Brandmarkung, Stigmatisierung,

Vorurteile bzw. eine andere Behandlung aus diesem Grund bestimmter Personen oder Gruppen. Im Aufsatz ist von Erscheinungsformen der Diskriminierung die Rede, u.a. von der Isolierung der HIV-Infizierten und AIDS-Kranken, obligatorischen Testuntersuchungen und der Bakanntmachung der Testergebnisse, von der Diskrimienierung im Gesundheitswesen und bei der Inanspruchnahme verschiedener Dienstleistungen, z.B. in Kultur, Sport, Hotelwesen, im Bereich der Beschftigung, im Zusammenhang mit der Verbüpung der Freiheitsstrafein Strafanstalten, im Grenzverkehr, im Bereich der Versicherungen u.ä. Besonders komplizierte Problematik stellen Ursachen der Diskriminierung wegen HIV/AIDS dar. Diskriminierende Praktiken, die mit HIV/AIDS verbunden sind, haben negative Konsequenzen nicht nur für den Betroffenen selbst. Im Zusammenhang damit zeigen sich manche weiteren Folgen, die vom sozialen Standpunkt ungünstig sind. Es wird aber darüber hinaus auch darauf hingewiesen, daß bei AIDS sehr oft zu einem Interessenkonflikt kommt, und daß manche unvermeidlichen Folgen, die HIV-Infizierte und AIDS-Kranke diskriminieren, aus dem Schutz von Gütern oder Werten resultieren, die als wichtiger betrachtet werden.

Yutaka Tajima

FRAUD AND EMBEZZLEMENT

1. Introduction

„Economic crime" was the main subject of the Fourteenth International Law Conference held at Cambridge on September 8 through September 13, 1996, and „corruption" was the key concept for the discussion. For the purpose of the conference, many speakers defined „corruption" as „accepting money or other benefit in consideration of showing favour to or benefiting the donor". This definition may hint at the crime of bribery, but „corruption" can also refer to other „moral deterioration". The present author is more concerned with „fraud" and „embezzlement", because they seem to be more important in our contemporary economic life. It should be noted that „corruption" is not a technical term under Japanese law. It contains a certain vague notion which necessitates a moral judgment. The term is subjective, and therefore is not used in this paper for a precise analysis of the problem involved . Economic crimes in the Japanese Criminal Code are „theft", „robbery", „fraud", „breach of fiduciary duty", „extortion", „embezzlement", „crimes relating to stolen property", and „crimes of destruction and concealment." Fraud (including a breach of fiduciary duty and extortion) and embezzlement are the two main subjects upon which the present author will pay attention. These are important crimes in the age of globalization of economic and financial activities. This paper shall pay a particular attention to section 2462 of the Japanese Criminal Code, which is related to the recent developments of electric transfer and computer communication. The main aim of this paper is to show that consideration of economic po-

licy is needed in the administration of economic crimes and the specific contents of such crimes may vary in accordance with changes in public opinion.

2. Fraud and extortion

(a) Nulla poena sine lege is a strict rule under Japanese law, and therefore the public prosecutor must prove both the actus reus (the fact of a crime) and mens rea (intention to commit it). For instance, section 246 of the Criminal Code defines fraud as „an act to deceive and defraud another of property." The prosecutor must prove „the act of deceit" and „intention to defraud". Statutory provisions are very strictly construed. Thus, where an electromagnetic device is used to obtain pecuniary profits, the provision for „fraud" is inapplicable, because the act of deceit is missing. Another person"s mental state is not moved or changed by the physical manipulation and there is no personal contact at the time when the device to defraud was used. A new statutory provision was needed in order to bring such a case within the scope of the law, and in 1987, a statutory provision preventing „fraud by the use of an electric computer" was introduced. Secondly, „embezzlement" is provided for in section 252 of the Criminal Code. It states that „a person, who unlawfully appropriates a thing which he holds on behalf of another, shall be punished with penal servitude for not more than five years." In contrast with „fraud" mentioned above, the period of imprisonment is „not more than five years." The said period is the same as that in the case of „breach of fiduciary duty" under section 247 of the Criminal Code, which is included in the category of „fraud". Embezzlement and breach of fiduciary duty have a common element of „distrust" and the degree of „culpability" is less than fraud. The culpability is based on the evaluation of the mental element of the criminal act. (b) All economic crimes have an essential element common to „theft". The statutory provisions for „fraud" and „embezzlement" are designed for the protection of „property" as in the case of „theft". As was stated by Lord

Viscount Dillhorne in Lawrence, an English House of Lords decision, „if the owner is induced by fraud to give his consent to the transfer of the property, such consent does not stand in the way of theft being committed." „Embezzlement" does not differ much from „fraud", because the element „the object is the property lawfully entrusted with its possession to the criminal" is only additional. Here „property" is the key concept, but property is a broad term which obviously includes land. Land used to be the most valuable property, but in a modern capitalistic society like Japan, it is less important than some other assets such as corporate shares or negotiable obligations. Land is a mere commodity and it is often the object of „investment". In a capitalistic state, „use" or „service" could be the object of protection. For instance, if a person succeeded in obtaining a patent or license by producing a false document and gained a large profit, one argues that this should be a fraud. Unjust enrichment is our next concern. Where a tax bureau was deceived by a taxpayer, does the act of producing a false report constitute a „fraud"? The expectancy of income by the State may become unrealistic, but there is no misappropriation of property and there is no specific individual whose asset was injured. There is however unjust enrichment on the part of the tax evader. (c) An act which was punishable as a crime at one time may not be so punished at another time because public opinion may change. Law is after all a tool or a fiction by which lawyers attain a certain social purpose. „Economic crime" is no exception. The tool must be properly used. The word „properly" requires „due process of law" in determining how it should be used. In other words, „proper use" must be determined in accordance with „public opinion". Take, for example, the case of „comprehensive personal property mortgage". This is a kind of American „UCC Chapter 9 Security". The object of the security is „all present and future goods, negotiable instruments, damages, advances, and all other obligations which exist at the designated warehouse and offices," and therefore the debtor is allowed to continue business as usual. This security is not recognized

by the Japanese Civil Code, but the Supreme Court held that such security should be recognized after hearings of all parties interested in the subject matter. If secured property is transferred to a bona fide third party, who will obtain an absolute title, such transfer may constitute a „fraud" or „embezzlement".

3. Mala prohibita under specific regulatory statutes

(a) Much of the criminal law that is regulatory in character is based on the principle that the choice of the individual must give way to the convenience of the many. Thus, economic offenses under regulatory statutes are mostly mala prohibita rather than mala in se. For instance, the Stock Exchange Act of 1948 have a few provisions for making certain deceptive practices a statutory offence. In the case of insider dealings, the injured party is not specific, though the wrongful director was obviously enriched by his misconduct. Even if the act in question does not amount to „fraud" in the Criminal Code, the actor shall be subject to criminal sanction. (b) Economic crime as malum prohibitum differs from „fraud" in the Criminal Code in that the mental element of the criminal act is less important in the evaluation of „culpability". The computer does not have a „will" and it is very difficult to prove what was the intention of „input" to defraud, because the act in question might be a mere malfunction or a mistake of computer operation. Thus, the mens rea or intention must be proved by presumption from the fraudulent system itself. (c) Finally, criminal liability of corporations shall be briefly discussed. The corporate structure is after all a potential vehicle for fraud as well as gaining profits. It can be used as a smokescreen behind which the dishonest are easily able to shelter. For instance, in the case of a pyramid selling fraud, the system was designed to deceive consumers, or customers. In such a case, one member of a group may have a considerable knowledge of the whole scheme, but he personally may not have intended to commit a fraud. The same can be said as to another member. Therefore, in the case of mala prohibita, the corporation it-

self shall be liable for the conduct of its directors or agents who shall be separately and individually liable for their respective offences.

4. Concluding Remarks

Despite the apparent belief that crime is certain and rigidly defined, „economic crime" is subject to changes in public opinion. The example given in this paper is that of „fraud" and „embezzlement". In the advent of highly technical development of computers, a new fiction is needed to cope with a new crime. In the new fiction, „unauthorized acquisition" of property, which includes economic value or service, shall be punished. The element of the mens rea „to defraud" is satisfied at the time when the criminal determined his mind to take advantage of the unjust enrichment.

*****

OSZUSTWO I DEFRAUDACJA

Streszczenie

Problematyka przestępczości gospodarczej była głównym przedmiotem obrad XIV Międzynarodowej Konferencji w Cambridge w dniach 8 do 13 września 1996 r., korupcja zaś stanowiła kluczowe pojęcie prowadzonej dyskusji. Mając na względzie cel Konferencji wielu referantów definiowało korupcję jako przyjmowanie pieniędzy albo innych korzyści w zamian za okazanie ofiarodawcy życzliwości bądź przysporzenie mu określonych korzyści. Ta definicja może nawiązywać do przestępstwa łapownictwa, lecz korupcja odnosi się także do innej degeneracji moralnej. Toteż autor w większym zakresie zajmuje się oszustwem i defraudacją, ponieważ zjawiska te wydają się być bardziej istotne we współczesnym życiu ekonomicznym.

Należy zaznaczyć, iż korupcja nie znalazła się w katalogu specjalistycznych określeń japońskiego prawa. Zjawisko to bowiem łą-

czy się z pewnymi mglistymi wyobrażeniami, które wymaga osądzenia w kategoriach moralnych. Omawiane określenie ma charakter subiektywny, toteż dla przejrzystości analizy kwestii związanych z tym problemem nie jest ono używane. Do kategorii przestępstw gospodarczych japoński kodeks karny zalicza kradzież, rozbój, oszustwo, defraudację, przestępstwa pozostające w związku ze skradzionym mieniem, oraz przestępstwa polegające na zniszczeniu i ukrywaniu.

Wbrew oczywistemu przekonaniu, że przestępczość jest autoratywnie i sztywno zdefiniowana, przestępczość gospodarcza podlega zmianom w opinii publicznej. Charakterystycznym tego przykłademm są analizowane w niniejszym opracowaniu oszustwo i deraudacja. W związku z zaawansowanym rozwojem technicznym komputerów pojawiła się potrzeba wypracowania nowych rozwiązań prawnych dla przeciwdziałania nowym kategoriom przestępczości. Odpowiedzią na tę potrzebę jest przepis art. 246 japońskiego kodeksu karnego, jednakże ciągle występuje wiele innych bezprawnych działań gospodarczych, które powinny być rozwiązane na drodze uregulowań ustawowych. W szczególności należałoby objąć kryminalizacją nieuprawnione nabycie mienia stanowiącego wartość gospodarczą bądź usług. Znamię „oszukać" powinno być odniesione do tego momentu, w którym sprawca ukierunkował swój zamiar na uzyskanie korzyści w postaci bezprawnego wzbogacenia.

Shizhou Wang

EINFÜHRUNG ZUM CHINESISCHEN STRAFRECHT

I. Entstehung, Stand und Geltungsbereich des Strafgesetzbuchs

Das chinesische Strafgesetzbuch vom 1.7.1979 ist das erste bzw. das bisherig einzige chinesische Strafgesetzbuch der Volksrepublik Chinas[1].

Dieses chinesische StGB ist weder in Eilen erlassen worden, weil es ein nach einer Vorbereitung von mehr als 25 Jahren und 38 Entwürfen gewonnenen Ergebnis ist[2], noch eine Kopie eines ausländischen Strafrecht, trotzdem war das Gesetzentwurf am Anfang vom sowjetischen Einfluß und später von der Tradition des kontinentalen Rechtssystems prägt worden. Während des Entwerfens des Gesetzes hat chinesischer Gesetzgeber nicht nur die eigenen chinesischen historischen gesetzgebend Erfahrungen zu Rate gezogen, sondern auch die fremden gesetzgebenden Erfahrungen, einschließlich des damaligen polnischen StGB[3], gesammelt. In der 30 Jahren ohne Strafgesetzbuch vor 1979, hängte die chinesische Justizpraxis von dem Prinzip,

1. Strafgesetzbuch der VR China, in: Zhonghua renmin gongheguo fagui huibian (Gesetz- und Verordnungsblatt der VR China) 1979, Beijing 1986, S.48 ff.; englische Übersetzung in: The Laws of the People's Republic of China, Beijing, Science Press, B.1 (1979-1982), S.87 ff.; deutsche Übersetzung von Wegge/Strupp, in: China aktuell 1979, S.799 ff.

2. Yang Chunxi (Hrsg.) Xingshi faxue dachishu (The Grand Criminal Law Encyclpedia), Nanjing 1989, S.674.

3. Siehe Anm. 2, S. 28.

„zufolge dem Gesetz, wenn es gibt; zufolge der Politik, wenn keine Gesetz",ab. Nach dieser Prinzip, waren die „strafrechtlichen Gründung", der die Justizorgane bzw. die Volksgerichte folgen mußten, die strafbewehrte Einzelgesetze[4], die Vermerke, Anweisungen und Antworten vom Obersten Volksgericht, und die von der Kommunistischen Partei erlassenen Kriminalpolitik. Aus der dadurch gewonnene eigene Erfahrungen bestand der Hauptteil des chinesischen Strafgesetzbuch von 1979.

Seit 1980 hat China mit der Reform- und Offnungspolitik in wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Bereiche so stark verändert, daß das StGB durch vielen einzelnen strafrechtlichen Beschlüsse geändert werden muß, damit es den wechselnden Verhänltnissen und Bedürfnissen der Zeit anpaßt.

Allgemein gesprochen, besteht das chinesische Strafrecht aus drei Teile: Strafgesetzbuch von 1979, Einzelstrafrechte und die strafrechtliche Vorschriften in verschiedene Wirtschafts- und Verwaltungsrechte. Die dritte Form hat wenige Bedeutung, weil die wegen keiner einzelnen Tatbestände und Strafe ohne Strafgesetzbuch nicht anwendbar sind und deshalb immer auf StGB hinweist. Das chinesische Strafgesetzbuch befindet sich in der Mitte des Rechtes. Es liegt Allgemeinem Teil und Besonderem Teil, mit insgesamt 192 Bestimmungen, vor. Die Einzelstrafrechte sind die Ergänzungs- bzw. Veränderungsbeschlüsse, die das Strafrecht novelliert haben.

In §1 des StGB wird nach der Richtschnur der Marxismus-Leninismus und die Mao-Zedong-Ideen die Politik der Strafe verbunden mit Milde als fundamentale Kriminalpolitik betonnt[5]. Die Gesinnung der Kriminalpolitik ist, die Straftäter differenziert zu behandeln, da-

4. Die bekanntesten Einzelgesetze waren die Verordnungen zur Bestrafung von konterrevolutionären Tätigkeiten (21.2.1951) und von Korruption (21.4.1952), Siehe Anm. 2, S.670 ff.

5. Siehe Anm. 2, S. 45, 46.

mit die Verurteilte gerecht bestraft und besser umerzogen werden können[6].

Im räumliche Geltungsbereich geht das StGB vom Territorialprinzip aus und wird sowohl vom Personal- als auch von Schutzprinzip ergänzt. §9 sieht den zeitlichen Geltungsbereich vor: das Gesetzbuch tritt am 1.1.1980 in Kraft und für die vor Inkrafttretende des StGB begangenen Straftaten gilt das StGB nach der „nach alter oder milderer", jeweils tätergünstiger, Regelung.

II. Der Aufbau des Strafgesetzbuchs

1. Voraussetzungen der Strafbarkeit

In §10 definiert StGB einen materialen Begriff von Straftat. Jede Handlung mit der Merkmale der Gesellschaftsgefährlichkeit, Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit ist eine Straftat[7]. Sie kann Gefährdung der Staatsmacht und der territorialen Integrität, oder Beeinträchtigung der sozialen Ordnung, oder Verletzung des Staat- und Privateigentum, oder Eingriff des Rechts eines Bürgers sein. Aber wenn sie sich nach den gegebenen Umständen als geringfügig und ungefährlich erweist, wird sie nicht als eine Straftat bedroht.

Außer diese generellen objektiven Voraussetzungen sehen §§11, 12 den subjektiven Voraussetzungen (Vorsatz und Fahrlässigkeit) vor. Handlungen, die zwar objektiv einen Schaden angerichtet haben, aber nicht auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit, sondern auf unwiderstehliche oder unvorhersehbare Ursachen zurückgehen, gelten nicht als Straftaten (§13).

Leider ist die Analogie in diesem StGB noch möglich. Nach §79 kann eine Straftat, die im Besonderen Teil des Gesetzbuches nicht ausdrücklich geregelt ist, nach der Ihr ähnlichsten Bestimmung im Besonderen Teil des Gesetzbuches bestraft werden, jedoch nur mit

6. Siehe Anm. 2, S. 45, 46.

7. Siehe Anm. 2, S.124.

Genehmigung des Obersten Volksgerichtshofes. Die ähnlichste Bestimmung hier bedeutet am ähnlichsten in Hinsicht nicht nur des Tatbestandes, sondern auch des Strafmaßes[8]. In der chinesischen Justizpraxis unterzieht sich die Analogie einer sehr strengen Kontrolle.

Die Strafmündigkeit ist in §14 abgestuft geregelt. Der Verbrecher zwischen 14 und 16 Jahren ist nur für die gesellschaftliche Ordnung schwerwiegend beeinträchtigende Delikte wie Toschlag, schwere Körperverletzung, Raub, Brandstiftung, strafbar. Obwohl wer das 16. Lebensjahr erreicht hat, ist für alle Straftaten voll verantwortlich, unterliegt der Verbrecher, der das 14., aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat, der leichten oder der herabgesetzten leichten Strafe. Der Verbrecher zwischen 16 und 18 Jahren darf außerdem nicht zu Todesstrafe bzw., wenn seine Tat besonders schwerwiegend ist, nur zu Todesstrafe mit zweijährigem Aufschub verurteilt werden (§44, Satz 2). Das StGB 1979s enthält noch keine Bestimmung, die juristische Person als mögliches Subjekt einer Straftat anzuerkennen[9].

Geisteskranke sind wegen ihrer Unzurechnungsfähigkeit nicht strafrechtlich verantwortlich, aber die in trunkenheit begangene Taten sind strafbar (§15). Taubstumme und Blinde können Strafminderung bis Straffreiheit rechtfertigen, wenn sie schuldig sind (§16).

Nach §17 ist Notwehr eine Handlung, die zur Abwehr eines gegenwärtigen ungesetzlichen Angriffs auf das öffentliche Interesse, auf die eigene Person und die eigenen Rechte oder aber auf andere Personen und andere Rechte erfolgen. Notstand ist nach § 18 zulässig, damit man die Gefahr für das öffentliche Wohl sowie die eigenen Interessen abwehren kann. Notwehr und Notstand werden bestraft, nur im Falle das gebotene Maß überschreitet und unnötigen Schaden anrichtet. Die Strafe ist jedoch den Umständen entsprechend herabzu-

8. Siehe Anm. 2, S. 571.

9. Vgl. Shizhou Wang, Strafbarkeit juristischer Personen im chinesischen Strafrecht, in: ZStW 107 (1995) Heft 4, S. 189 ff.

setzen oder aber zu erlassen. Aber Notstand gilt nicht für die Personen, die ihrer Zuständigkeit und ihrem Aufagbenbereich nach besondere Verantwortung tragen.

Tatvorbereitung, Tatversuch und Rücktritt werden als allgemeine Bestimmungen in §§19, 20, 21 vorgeschrieben. Das StGB definiert die Tatvorbereitung als „Bereitstellung von Werkzeugen oder Schaffung von Bedingungen für die Begehung einer Straftat" (§19 Abs.1), die Tatversuch als „die bereits begange, aber durch die vom Tätervorsatz abweichten Umstände nich vollendete Straftat" (§20 Abs.1), die Rücktritt als eine Gestaltung, „wenn der Täter während der Tatausfährung die Tat freiwillig aufgibt, oder wenn er freiwillg und erfolgreich den Eintritt der Tatfolgen verhindert" (§21 Abs.1). Gesetzwörtlich genommen, sind die drei Bestimmungen auf jeden Straftat anwendbar. Aber die sind nach dem Gesetz in der Justizpraxis doch für die Täter die wichtige mildernde Umstände.

Von §22 bis §26 sieht das StGB gemeinsam begangene Straftaten vor. Gemainsame Straftaten sind von mindestens zwei Täter gemeinsam und vorsätzlich begangenen Taten und die fahrlässige Straftaten können nicht als gemeinsame Straftaten gelten (§22). Der Teilnehmer einer gemainsamen Straftat ist in Haupttäter, Nebentäter, Nebentäter aufgrund Zwang oder Täuschung, und Anstifter unterteilt. Haupttäter ist, wer eine kriminelle Bande organisiert, bei einer Massenstraftat die Rolle eines Organisators, eines Planers oder eines Aufrührers spielt, oder bei der Begehung einer gemeinsame Straftat eine Hauptrolle spielt (§§23 Abs.1, 86). Die Nebentäterschaft ist stellungsweise zur Haupttäterschaft akzessorisch. Er kann bei einer gemeinsam begangenen Straftat nur eine Nebenrolle oder Hilfsrolle übernimmt (§24 Abs.1). Haupttäter sollen der schweren Strafe unterliegen (§23 Abs.2 Satz 1) und Nebentäter können von leichter Strafe des Haupttäters über Herabsetzung der leichten Strafe bis hin zu Straffreiheit reichen (§24 Abs.2). Aber „wer durch Zwang oder durch Täuschung zur Teilnahme veranlaßt wurde, ist entsprechend den Umständen seiner Tat milder zu bestrafen als der Teilnehmer oder bleibt straffrei"

(§25). Ob ein Anstifter ein Haupttäter oder Nebentäter ist, hängt von „seiner bei der gemeinsamen Straftat gespielten Rolle" (§26 Abs.1 Satz 1) ab. Wenn er aber Personen unter 18 Jahren anstiftet, unterliegt er einer schweren Strafe (§26 Abs.1 Satz 2). Der Versuch des Anstifter ist wie normaler Versuch in §20 strafbar (§26 Abs.2).

2. Sanktionssystem

Das chinesische Strafensystem besteht aus Haupt- und Nebenstrafen (§27, 28, 29). Außerdem kann gengenüber ausländischen Straftätern selbständig oder aber zusätzlich zur Strafe die Landesverweisung verhängt werden (§30); im Beschluß über die Bestrafung von Straftaten bei der Verletzung von Militärpflichten wird Entzug des Ordens, der Medaille und des Ehretitels als Nebenstrafe ergänzt (§21 des Beschlusses[10]). Wenn der Verletzte durch die Straftat einen materiellen Schaden erlitten hat, ist der Täter zusätzlich zu den strafrechtlichen Sanktionen auch noch zu einem den Umständen entsprechenden Schadenersatz zu verurteilen (§31). Abgesehen davon gibt es noch eine Bestimmung, die mit Entkriminiesierungsmethoden den Fall erledigen können: wenn für die Bestrafung wegen Geringfügigkeit der Tat kein Anlaß besteht, kann man neben dem Erlassen der Bestrafung je nach Sachlage eine Verwarnung erteilen, eine schriftliche Reueerklärung oder eine Entschuldigung fordern, Schadenersatz leisten lassen oder aber eine administrative Behandlung durch das zuständige Amt anordnen (§32).

Hauptstrafen sind Überwachung, Gewahrsam, Gefängnis auf Zeit, lebenslanges Gefängnis und Todesstrafe (§28). Die Überwachung ist die einzige, keine Freiheit entzogene Strafe. Die Täter wird nicht in einer Haftanstalt durchgeführt, sondern in seinem gewohnten Lebensumfeld in Schranken gehalten. Die Strafe dauert zwischen drei Monaten und zwei Jahren (§33, 34). Die Gewahrsamsdauer liegt zwischen fünfzehn Tagen und sechs Monaten (§37). Wäh-

10. Englische Übersetzung siehe Anm. 1, S. 215 ff.

rend der Gewahrsamszeit darf der Verurteilte jeden Monat auf ein bis zwei Tage zu seiner Familie zurückkehren. Bei Beteiligung an einer Arbeit kann er auch Lohn erhalten (§38 Abs. 2). Gefängnis auf Zeit dauert zwischen sechs Monaten und fünfzehn Jahren (§40). Gefängnisstrafen auf Zeit und lebenslange Gefängnisstrafen werden in Gefängnissen oder an anderen Plätzen der Erziehung durch Arbeit vollzogen; wer arbeitsfähig ist, unterliegt der Arbeitserziehung (§41). Die Todesstrafe wird nur auf Straftäter schlimmsten Grades angewendet (§43 Abs.1 Satz 1) und durch Erschießung vollzogen (§45). Personen, die zur Zeit der Tatbeghung noch nicht 18 Jahre alt waren, und Frauen, die zur Zeit der Verurteilung schwanger sind, können nicht zur Todesstrafe verurteilt werden (§44 Satz 1). Wird das Todesurteil nicht durch das Oberste Volksgericht ausgesprochen, so ist es ihm zur Genehmigung vorzulegen (§43 Abs.2 Satz 1)[11]. Falls es sich nicht als unbedingt nötig erweist, den Verurteilten sofort hinzurichten, kann zugleich mit dem Todesurteil verkündet werden, daß der Vollzug zwei Jahre aufgeschoben wird (§43 Abs.1 Satz 2). Zeigen sich im Falle eines Aufschubs der Todesstrafe während der Aufschubfrist wirklich Reue und Besserung, so kann nach Ablauf der Zweijahresfrist die Todesstrafe je nach der Umstände in lebenslanges Gefängnis oder in Gefängnis zwischen fünfzehn und zwanzig Jahre umgewandelt (§46). Die Justizpraxis beweist, daß sich die überwältigende Mehrheit der Verurteilte schuldig bekennen und durch Arbeitserziehung bewähren können, und daß der Vollzug der Todesstrafe wegen der Besserungsunfähigkeit ganz der Ausnahmefall ist.

Die Nebenstrafen im StGB sind Geldbuße, Entzug der politischen Rechte und Einziehung des Vermögens. Nebenstrafe können auch

11. Diese Schutzklausel wurde durch Beschluß der Veränderung des Gerichtsorganisationsgesetz am 2.9.1983 geändert, nachdem werden die Todesurteile für Mord, Vergewaltigung, Raub, Verursachung von Explosionen und anderen ernsthaften Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit und Gesellschaftsordnung durch den Oberen Volksgericht genehmigt. Englische Übersetzung siehe Anm 1, Band 2. (1983-86), S. 37-38.

gesondert verhängt werden (§29), wenn die Bestimmung im besonderen Teil so bestimmt. Die Geldbuße kann innerhalb der im Urteil festgelegten Zeit auf einmal oder in Raten bezahlt werden. Wenn höhere Gewalt die Zahlung ernsthaft erschwert, kann sie gemindert oder aufgehoben werden (§49). Der Entzug der politischen Rechte kann grundsätzlich nur über die Täter, die die gesellschaftliche Ordnung schwerwiegend beeinträchtigt haben, so wie konterrevolutionäre Straftäter, zum Tode oder zu lebenslanges Gefängnis Verurteilte verhängt werden (§52), weil sie dem Verurteilten den in der Verfassung niedergelegte politische Rechte wie Wahlrecht (§50) entziehen wird. Die Einziehung des Vermögens besteht in der Konfiszierung eines Teils oder des gesamten Vermögens des Täters. Aber die erstreckt sich nicht auf Vermögen, das der Familie des Täters gehört oder auf das diese Anspruch hat (§55).

§57 bestimmt die allgemeine Regelung des Strafzumessung: bei der Festlegung der Strafe für den Täter ist nach den Tatgegebenheiten, dem Tatcharakter, den Umständen und dem Ausmaß des gesellschaftlichen Schadens aufgrund der Vorschriften des vorliegenden Gesetzes zu entscheiden. Selbst wenn ein Täter nicht der herabgesetzten leichten Strafe unterliegt, kann er doch, falls aufgrund der konkreten Umstände des Falls die gesetzlich vorgeschriebene Mindeststrafe noch zu streng wäre, aufgrund eines Beschlusses des Justizausschusses des Volksgerichts, mit einer Strafe unterhalb des gesetzlichen Maßes belegt werden (§59 Abs.2). Die Tat im Rückfall wird schwerer bestraft (§61 Abs.1). Strafaussetzung scheidet bei konterrevolutionären Straftaten und bei Taten im Rückfall aus (§69). Die Selbstanzeige ist im StGB allgemein begünstigt. Wer sich nach begangener Tat freiwillig stellt, unterliegt der leichten Strafe. Verhältnismäßig kleine Taten unterliegen der herabgesetzten leichten Strafe oder bleiben straffrei; verhältnismäßig schwere Taten unterliegen gleichfalls der herabgesetzten leichten Strafe oder bleiben straffrei, falls Verdienste nachweisbar sind (§63). §§64-66 sind die Bestimmungen für Mehrheit von Straftaten. Die zusammenaddierten Zeit-

spanne dürfen nicht bei Überwachung mehr als drei Jahre, bei Gewahrsam mehr als ein Jahr und bei Gefängnis auf Zeit mehr als zwanzig Jahre verhängt werden (§64 Abs.1 Satz 2). Nach §§67-70 ist Strafaussetzung nur auf den zu Gewahrsam oder zu Gefängnis unter drei Jahren verurteilten Täter anwendbar, falls es sich herausstellt, daß er hierfür geeignet ist und daß er absolut keine Gefahr mehr für die Gesellschaft bedeutet. Herabsetzung der Strafe ist nach §71 möglich, aber die Vollzugszeiten dürfen nicht kürzer als die Hälfte der im ursprünglichen Urteil angesetzten Zeiten sein und bei lebenslangem Gefängnis dürfen sie nich kürzer als zehn Jahre sein. Ein zu Gefängnis auf Zeit Verurteilter, der über die Hälfte der Zeit abgebüßt hat und ein zu lebenslangem Gefängnis Verurteilter, der über zehn Jahre gesessen hat, kann, falls er aufrichtig Reue zeigt und keine Gefahr für die Gesellschaft mehr darstellt, auf Bewährung entlassen werden. Unter besonderen Umständen kann dies ohne Berücksichtigung der oben erwähnten zeitlichen Einschränkungen geschehen (§ 73). In §§76-78 liegen Verjährung vor.

3. Besonderer Teil des StGBs

Der Besondere Teil des StGBs enthält 8 Kapitel und 103 Bestimmungen.

Das 1. Kapitel ist Konterrevolutionäre Straftaten, die mit der Absicht, um die Staatsmacht und das sozialistische System zu stürzen, das Bestand der Volksrepublik China gefährt (§90). Das Kapitel enthält beispielsweise die Bestimmungen wie Landesverrat (§91) und Hochverrat (§92), Spionage und Agententum (§97), konterrevolutionäre Sabotage (§100) und Propaganda und Aufwiegelung (§102).

Das 2. Kapitel ist Straftaten, die die öffentliche Sicherheit gefährden. Die Bestimmungen in diesem Kapitel sind beispilsweise Brandstiftung (§105), Vergiftung (§106), Sabotage des Transport- und Verkehrswesens (§110), Illegales Herstellen sowie Diebstahl und Raub von Waffen und Munition (§112). Das Verkehrsdelikt (§113) ist auch hier gereglt.

Das 3. Kapitel ist Straftaten, die die sozialistische Wirtschaftsordnung schädigen. Schmuggel (§116), Spekulation (§117), Steuerdelikte (§121), Geld- und Wertzeichenfälschung (§§122-124), Warenzeichenmißbrauch (§127), Verstoß gegen Gesetze und Verordnungen zum Naturschutz (§§128-130) sind die Beispiele.

Das 4. Kapitel ist Straftaten, die die persönlichen Rechte der Bürger verletzen. Dieses Kapitel enthält beispielsweise Tötungsdelikte (§§132, 133), Körperverletzungsdelikte (§§134, 135), Falsche Anschuldigung (§138), Vergewaltigung und Zwang zur Prostitution (§§139, 140), Straftaten gegen Wahlrechtsbestimmungen, die Religions- und Glaubensfreiheit (§§142, 147), und Verletung des Briefgeheimnisses (§149).

Das 5. Kapitel ist Straftaten, die das Eigentum verletzen. Sie sind Raub (§§150, 153), Diebstahl, Betrug, und offene Entwendung (§§151, 152), Erpressung (§154), Unterschlagung (§155), und Sachbeschädigung (§156).

Das 6. Kapitel ist Straftaten gegen die gesellschaftliche Verwaltungsordnung. Es gibt die Bestimmungen wie Behinderung der Amtsausübung (§157), Rowdyhafte Handlungen (§160), Flucht aus dem Gewahrsam (§161), Hehlerei (§162), untaugliche Arzneimittel aus Gewinnsucht (§164), Geisterbeschwörer und Hexerei aus der Ausstreuung von Gerüchten oder Prellung um Vermögenswerte (§165), gewerbsmäßige Glückspiele (§168), Herstellen und Vertrieb von unzüchtigen Schriften und Bildern in gewinnsüchtiger Absicht (§170), Drogendelikte (§171), Straftaten gegen die Schutzsordnungen von Kulturgütern und historischen Sehenswürdigkeiten (§§173, 174), Straftaten, die die Kontrolle der Staatsgrenze beeinträchtigen (§§176-178).

Das 7. Kapitel ist Straftaten, die die Ehe und Familie beeinträchtigen. Neben die Einmischung in die Ehefreiheit (§179), die Bigamie (§180) und die Beeinträchtigung der Ehe eines Militärangehörigen (§181) sind auch die Mißhandlung von Familienangehörigen (§182),

Verletzung der Unterhaltspflicht (§183) sowie Kindesentziehung (§184) strafbar.

Das 8. Kapitel ist Straftaten, die gegen Amtspflichten verstoßen. Das enthält Bestechung (§185), Verrat des wichtigen Staatsgeheimnisses (§186), Vernachlässigung von Amtspflichten (§187), die für alle Beamten gelten, und die besondere Amtsdelikte von Justizbeamten (§§188-190) und von Post- und Fernmeldebediensteten (§191).

Der Besondere Teil hat in Hinsicht des Aufbaues folgende Besonderheiten:

1) Die Kapitel werden nicht nach der Differenzierung von die Straftaten, die die öffentliche oder private Interessen geschädigen, sondern nach dem soziale Verhältnis, das die Straftat beeinträchtigt, eingeteilt.

2) Die Ordnung der Kapitel handelt sich um Schwermaß der Gesellschaftsgefährlichkeit. Von 1. Kapitel, in dem die Straftaten die staatliche Sicherheit schädigen, bis 7. Kapitel, in dem nur die Ehe und Familie beeinträchtigen, geht die Gesellschaftsgefährlichkeit von großes Maß bis zum kleinen Maß. Das soziale Verhältnis im 8. Kapitel, Amtspflichten, ist bei dieser Regelung ein Ausnahme, da es nach der offiziellen Stellung des Täters angeordnet wurde.

3) Die Ordnug der Bestimmungen im jeweiligen Kapitel ist normaleweise nach dem Schwermaß der Gesellschaftsgefährlichkeit jeweiliger Straftat angeordnet. Aber der Zusammenhang der Straftate soll auch in Betracht kommen. Beispeilsweise ist §133 fahrlässige Tötung vor §139 Vergewaltigung gestellt, weil §132 Mord ist.

III. Die Novellierung des Strafrecht und die Strafrechtsreform

1. Ergänzungsbeschlüsse

Es ist offensichtlich, daß das chinesische Strafgesetzbuch die Verallgemeinerung und Zusammenfassung der im Planwirtschaftssystem gewonnenen Erfahrungen ist. Nach 1979, wenn China die Reform-

und Öffnungspolitik durchführt hat, insbesondere das Marketwirtschaftssystem aufzubauen versuchte, hat sich die Umstände stark geändert. Gegen den geänderten sozialen Hintergrund wurden manche Straftaten schwerer werden und neue Kriminalität erscheinen.

Gegenüber der neuen sozialen kriminalen Probleme, hat die chinesische Gesetzgeber seit Inkrafttreten des StGB 21 Ergänzungsbeschlusses erlassen[12], um das Strafrecht zu novellieren. Diese Beschlüsse handeln sich um die Straftaten bei der Verletzung von Militärpflichten (10.6.1981[13]), die Straftäter, die sich der Umwandlung durch Arbeit und Personen, die sich der Erziehung durch Arbeit durch Flucht entziehen und Straftaten begehen (10.7.1981), die Straftäter, die in schwerwiegender Weise die Wirtschaft gefähren (8.3.1982), die Straftätern, die in schwerwiegender Weise die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefähren (2.9.1983), die Straftaten, die durch von der VR China abgeschlossene internationale Verträge und Konventionen festgelegt sind (23.6.1987), Schmuggel (21.1.1988), Unterschlagung und Bestechungsdelikten (21.1.1988), Verrat von Staatsgeheimnissen (5.9.1988), die Straftätern, die die vom Staat geschützten seltenen Tiere fangen und töten (8.11.1988), die Straftätern, die die Staatsflagge und das Staatsemblem beleidigen (28.6.1990), Drogensdelikten (28.12.1990), Pornographiesdelikten (28.12.1990), die Straftätern, die die alte kulturelle Ruine und das alte Grab wiederrechtlich ausgraben (29.6.1991), Prostituierte und die Straftätern, der zu Prostituierten geht (4.9.1991), die Straftätern, die Frauen und Kinder zu kaufen verführen oder gewaltsam entführen (4.9.1991), die Straftaten von der mit oder ohne gewaltsam begangene Steuerhinterziehung (4.9.1992), Flugzeugsentführung (28.12.1992), Warenzeichensfälschungen (22.2.1993), die Straftätern, die die fälsche oder schlechte Ware herstellen und verkaufen (2.7.1993), die Straftätern,

12. Nur bis July, 1995.

13. Dieses Datum sowie folgende ist, wann das Gesetz beschlossen wurde.

die zur wiederrechtlichen Überschreitung der Staatgrenze organisieren und transportieren (5.3.1994), die Straftätern, die das Urheberrecht verletzen (5.7.1994), die Straftätern, die das Gesellschaftsrecht verstoßen (28.2.1995), die Straftätern, die die Finanzordnung beschädigen (30.6.1995)[14].

In der oben genannten Novellierungen gibt es in Hinsicht des Allgemeinen Teils folgenden Schwerpunkt:

1) Im zeitliche Geltungsbereich wurde die Rückwirkung des milderen Gesetzes im StGB (§9) durch die Rückwirkung des neuen Gesetzes mit oder ohne Voraussetzungen ergänzt. §2 des Beschlusses vom 8.3.1981 bestimmt, daß die Rückwirkung dieses Gesetzes davon abhängt, ob sich der Täter vor 1.5.1982 den Behörden stellen. Im diesem Fall gilt die Rückwirkung nicht. Aber §4 des Beschlusses vom 2.9.1983 bestimmt die Rückwirkung des neuen Gesetzes mit keiner Bedingungen für die Bestrafung von Straftätern, die in schwerwiegender Weise die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefähren. Bisher sind alle Rückwirkungen des neuen Gesetzes nur für bestimmte einzelne Straftaten.

2) Das kriminelle Subjekt hat schon vom natürlichen Personen zum juristischen Personen ausgedehnt. Seit das Zollgesetz von 1987 bzw. das Beschluß über die Bestrafung von Schmuggel von 1988[15] hat 11 Beschlüsse die Strafbarkeit juristischer Personen vorgesehen. Es handelt sich um Schmuggel, Bestechung, Betäubungsmittel, Pornographie, Steuer, Überschreitung der Staatsgrenze, eingetragene Wa-

14. Alle Beschlüsse sind in Zhonghua renmin gongheguo fagui huibian (Gesetz- und Verordnungsblatt der VR China). Englische Übersetzung in The Laws of the People's Republic of China. Siehe Anm.1.

15. § 47 Abs. 4 des am 22.9.1987 verabschiedeten chinesischen Zollgesetzes ist das erste Gesetz, das die Strafbarkeit juristischer Personen vorsieht, obwohl es keine konkrete Sanktion gibt. Die konkrete Strafbarkeit wird von dem am 21.1.1988 verabschiedeten Beschluß über die Bestrafung von Schmuggel vorgesehen. Vgl. Anm. 8.

renzeichen, falsche und schlechte Waren, Urheberrecht, Gesellschaftsrecht, und Finanzordnung.

3) Im Bereich der Strafzumessung hat der Beschluß vom 10.7.1981 einen neuen gesetzlich festgelegten Umstand bestimmt, mit dem die Straftäter, die nach seiner Flucht eine neue Straftat begangen hat, und die Straftäter und Personen, die die Repressalie ergreift haben, eine Stufe schwerere Strafen[16] als ursprünglich vorgeschriebenen Strafmaxima verurteilt werden kann (§§2, 3 des Beschlusses).

4) In dieser novellierenden Beschlüsses bestimmen schon noch etwas mit dem Wesen der Maßregeln der Besserung und Sicherung. Im Beschluß vom 10.7.1981 sieht beispielsweise den Heimkehrverbot in mittelgroße oder große Städte für die nach Flucht erneut begangenen Straftäter vor.

In Hinsicht des Besonderen Teils befindet sich offensichtlich das Haupteil der Novellierung. Folgende sind die wichtigen Entwicklungen:

1) Die Trennungslinie zwischen schuldig und unschuldig von der aktuellen Tatbestände sind im wesentlichen durch die folgenden Weisen besser definiert worden.

- Summe.Beschluß über Unterschlagung und Bestechungsdelikten hat z.B. bestimmt, wer bei der Unterschlagung von wenig als 2,000 RMB (ca. 350 DM), wenn die Umstände relativ leicht sind, wird nur administrative Disziplinarmaßnahme treffen.

- Sache. Beschluß über Schmuggel sieht z.B. vor, wenn Rauschmittel, Waffen und Munition, falsches Geld, und Kulturgegenstand, die vom Staat geschützten seltenen Tiere oder die damit Produkte,

16. Es gibt keine gesetzliche Definition im chinesischen Strafrecht, was eine Stufe der Strafe bedeutet. Der h.M. meint, weil die gesetzlich festgelegte Strafmaxima 1, 2, 3, 5, 7, 10, 15 Jahre, lebenslanges Gefängnis und Todesstrafe in Reihen geordnet werden, werden 8 Stufen der Strafe gebildet. Siehe Anm. 2, S. 235.

und die aus Edelmetall wie Gold, wilber bestanden Produkte schmuggelt wird, ist der Täter strafbar.

- Bestimmte Absicht. Beschluß über Schmuggel sieht z.B. vor, daß Schmuggel von pornographischer Sache mit der gewinnsüchtigen Absicht oder verzubreitenden Absicht strafbar ist, aber wenn nur mit der privaten Absicht, nur dem Zollrecht unterliegt.

- Bestimmte Handlung. Zum Beispiel, ist daß ein Beamter von seinen Machtbefugnissen Gebrauch gemacht hat, um das Schmiergeld zu bekommen, die notwendige Bedingung der Bestechung.

2) Viele neue Tatbestände sind formuliert. Davon sind meiste die Vorschriften des Wirtschaftsstrafrechts. Manche neuer Tatbestände habe aus der alten Tatbestände herübergezogen. Die Devisenkontrolleverhinderung[17] war beispielsweise ein Teil des Schmuggels gewesen. Meiste sind aber neu konstutiert.

3) Eine Richtschnur der Strafmessung ist in unterschiedlichen Ausmaß im jeweiligen Beschluß entwickelt. Ein typisches Beispiel kann man im Beschluß über Unterschlagung und Bestechung sehen. Darin bestimmt es (§2 des Beschlusses):

- Bei Unterschlagung von 2,000 RMB bis 10,000 RMB ist eine zeitige Freiheitsstrafe von 1 bis 7 Jahren vorgegeben;

- Bei Unterschlagung von 10,000 RMB bis 50,000 RMB ist mindestens eine zeitige Freiheitsstrafe von 5 Jahren vorgegeben;

- Bei Unterschlagung von mehr als 50,000 RMB ist eine zeitige Freiheitsstrafe von nicht wenig als 10 Jahren und lebenslanges Gefängnis vorgegeben. Todesstrafe ist nur bei besonders schwerwiegender Umstände anwendbar.

- Falls der involvierte Wert betragsmäßig unter 5,000 RMB liegt und der Straftäter sich nach der Tatbegehung freiwillig stellt, die Tat

17. § 9 des Beschlusses über die Bestrafung von Schmuggel.

bereut und das Eigentum zurückgibt, kann auf die Strafe verzichtet werden.

4) Viele Bestimmungen im StGB sind mehr oder wenig substantiell verändert. Der Tatbesand des Herstellens und des Vertriebs von unzüchtigen Schriften und Bildern (§170 des StGB) hat beispielsweise von der pornographischen Büchern und Bildern auf pornographische Filme, Video- und Tonaufzeichnungen durch den Beschluß vom 28.12.1990 erweitert. Abgesehen davon sind viele Bestimmungen die Todesstrafe hinzugefügt worden. Nur im Beschluß vom 2.9.1983 hat Gesetzgeber für die Straftaten Rowdytum (§160), qualifizierte Körperverletzung (§134 Abs. 2), Menschenhandel (§141), widerechtlicher Umgang mit Waffen und Munition (§112), konterrevolutionäre Aktivität durch Ausnutzen feudalistischen Aberglaubens (§99), Nötigung zur Prostitution (§140) und Förderung der Prostitution (§169) die gesetzlich festgelege Strafe auf Todesstrafe erhöht.

2. Strafrechtreform

Im Verlauf der Vorbereitung der Strafrechtreform hat chinesische Wissenschaftler im wessentlich zwei Methode angenommen, um ein neues StGB vorzubereiten. Einerseits macht man nach den konkreten Umständen gesetzgebende Vorschlägen, was im neuen Gesetz ergänzt oder verändert werden sollen, andererseits macht man Vergleichsarbeit und sammelt Erfahrungen aus ganzer Welt. Die Schwerpunkt, die bisherig betonend diskutiert wurden, sind Strafbarkeit juristischer Personen, Sanktionssystem, und der Aufbau des Besonderen Teil des StGB[18].

Wie im oben gesagt, ist eine juristische Person jetzt schon wegen mancher bestimmten Straftaten strafbar. Das chinesische Strafrecht sieht dafür die sog. Parallelbestrafung vor. Die juristische Person und die dafür verantwortlicher Person sind beide strafbar. Aber sollen

18. Es gibt noch etwa dogmiatische Diskution über z.B. den Begriff der Straftat, die Grundsätze der Kriminalpolitik. Aber das gelingen noch kein bedeutsames Ergebnis.

diese Vorschriften auch im AT oder nur im BT des zukünftigen StGB bestimmt werden? Wenn Ja, soll das Subjekt der Verbandskriminalität auf besondere Bereiche beschränkt werden? Die Diskution daüber geht tiefer schon in der konkreten praktischen Probleme.

In der Diskution über Sanktionssystem gibt es zwei Schwerpunkt: Ergänzung der Nebenstrafen bzw. Sicherungsmaßregeln und Beschränkung der Todesstrafe. Chinesische Wissenschaftlern haben stark kritisiert, daß es in der Ergänzungsbeschlüsse zu viele Vorschriften mit Todesstrafe bestimmt wurden. Sie meinen, daß Mißbrauchen der Todesstrafe weder gerecht noch wirksam ist. Um die Vollständigkeit des Sanktionssystem zu erreichen, sollte der Gesetzgeber statt Todesstrafe über der Ergänzung der Nebenstrafen nachdenken. Neben der besser Anwendung des Geldbuße soll das System des Sicherungsmaßregelns aufbauen. Viele Vorschläge über die Fragen, z.B., wie Geldbuße besser angewendet werden kann, was die Sicherungsmaßnahmen werden sollen, wurden vorgebracht.

Die Diskution über den Besonderen Teil ist am lebhaftesten. Es ist schon klar, daß Konterrevolutionäre Straftaten in die Straftaten, die die Sicherheit des Staates gefährden, umschrieben, und Analogie abgeschafft wird. Neben das haben Wissenschaftler viele Vorschläge, um neue Vorschriften im StGB einzufügen, gemacht. Aber die große Problem ist, wie die Struktur des Besonderen Teils aufzubauen ist. Sollten die Strafrechtlichen Vorschriften unmitterbar im Wirtschafts- und Verwaltungsrecht bestimmt werden, weil die Bestimmtheit des Wirtschaftsstrafrechts mehr und mehr von dem ganzen Gesetz abhängt? Aber wie kann man die Überausdehnung des Strafrechts vermeiden? Innerhalb des Besonderen Teils sollte man auch daran denken, wie das System bzw. die Einordnung der Abschnitte arrangierrt wird und wie die Strafe jeweiliges Tatbestandes aufeinander abstimmt werden.

Die Strafrechtsreform wurden in der Tagesordnung gebracht. In heutige offene Zeit können wir nicht mehr so isolierend wie früher,

sondern so viel wie möglich durch Vergleichenarbeiten, Meinungsaustausch mit ausländischen Kollegen das Strafrecht verbessern. Ich hoffe, daß dieser kleine Artikel meine polnischen Kollegen interessieren und als einen Anfang unseres Austausches im strafrechtswissenschaftlichen Bereich gekennzeicht werden könnte.

*****

WPROWADZENIE DO CHIŃSKIEGO PRAWA KARNEGO

Streszczenie

Chiński kodeks prawa karnego z 01.07.1979 r. jest pierwszą i zarazem jedyną dotąd istniejącą ustawą karną w Chińskiej Republice Ludowej.

Chiński kodeks karny jest rezultatem trwających dłużej niż 25 lat przygotowań oraz 38-miu projektów. Abstrahując od faktu, że początkowo stał on pod sowieckim wpływem, a później wywarła na nim swoje piętno tradycja kontynentalnych systemów prawnych, kodeks ten nie stanowi kopii jakiegokolwiek zagranicznego prawa karnego, lecz jest ustawą karną wynikłą z własnych chińskich doświadczeń.

Poczynając od 1980 r. zmieniano ten kodeks wielokrotnie w drodze pojedynczych prawnokarnych uchwał. Aktualnie chiński kodeks karny składa się z trzech części: z kodeksu z 1979 r. pojedynczych ustaw karnych i z przepisów karnych znajdujących się w różnych ustawach dotyczących prawa gospodarczego bądź administracyjnego. Wśród tych ustaw kodeks karny zajmuje centralne miejsce.

Chiński kodeks karny składa się z części ogólnej i szczególnej. Zawiera w sumie 192 przepisów.

Część ogólna zawiera normy stanowiące zasady ogólne kodeksu karnego, określa przestrzenny i czasowy zakres obowiązywania tej ustawy, materialne pojęcie czynu, warunki karalności, przepisy o ob-

ronie koniecznej, stanie wyższej konieczności, usiłowaniu i odstąpieniu od dokonania przestępstwa, popełnione wspólnie z innymi osobami czyny karalne oraz system sankcji (kary główne i dodatkowe), łącznie z ogólnymi przepisami o wymiarze kary, recydywie, zawieszeniu wykonania kary, samooskarżaniu się, o wielości czynów karalnych, obniżce kary i o przedawnieniu.

Część szczególna kodeksu karnego zawiera 103 przepisy podzielone na 8 rozdziałów. Są to przepisy o karalnych czynach o charakterze kontrrewolucyjnym, o czynach przeciwko porządkowi publicznemu, przeciwko socjalistycznemu porządkowi gospodarczemu, naruszających prawa osobowe obywateli, własność, przeciwko społecznemu porządkowi administracyjnemu, przeciwko małżeństwu i rodzinie oraz o czynach karalnych naruszających obowiązki urzędowe.

Uchwał uzupełniających, które zostały powzięte od czasu wejścia w życie kodeksu karnego jest już 21. Uchwały te dotyczą przestępczości gospodarczej, terrorystycznych czynów oraz przestępstw związanych z narkotykami, itd. Te uzupełniające uchwały odnoszą się do części ogólnej i zasadniczo poruszają kwestie czasowego zakresu obowiązywania ustawy karnej, karalności osób prawnych, nowego ustawowego ujęcia wymiaru kary, nowelizacji środków karnych zabezpieczających. Wśród ważnych tendencji rozwojowych w zakresie części szczególnej należy wymienić przeprowadzenie lepszego rozróżnienia pomiędzy stwierdzeniem zawinienia i jego braku, przepisy normujące ustawowe znamiona wielu nowych przestępstw i zasady wymierzania kary.

W procesie przeobrażeń w zakresie gospodarki planowej w kierunku gospodarki rynkowej podjęto przygotowania do reformy prawa karnego. Chińscy naukowcy są, z jednej strony, zajęci konkretnymi nowopowstałymi problemami, a z drugiej dokonuje się prac porównawczych i zbiera doświadczenia z całego świata. Punktami ciężkości podkreślanymi w dyskusji są odpowiedzialność karna osób prawnych

(przedsiębiorstw), system sankcji i struktura części szczególnej kodeksu karnego.

W czasach obecnego otwarcia nie musimy już więcej, tak jak kiedyś, pracować w izolacji, lecz możemy dzięki pracom prawno-porównawczym i wymianie poglądów z zagranicznymi kolegami poprawiać nasze prawo karne. Mam nadzieję, że ten skromny artykuł zainteresuje moich polskich kolegów, i że będzie go można uznać za początek naszej wymiany w zakresie prawa karnego.

Andrzej Wąsek

SYNTEZA PRAWA KARNEGO PORÓWNAWCZEGO J. PRADELA[1]

Opublikowanie obszernego dzieła J. Pradela o prawie karnym porównawczym stanowi duże wydarzenie w komparatystyce karnistycznej. Autor jest profesorem uniwersytetu w Poitiers, przewodniczącym francuskiego Towarzystwa Prawa Karnego, wiceprezydentem Międzynarodowej Fundacji Penalnej Penitencjarnej w Bernie (F.I.P.P.). Szeroko znane są jego podręczniki prawa karnego materialnego i procesowego oraz wydany wspólnie z J. Vainardem zbiór orzeczeń sądowych w sprawach karnych[2].

Przedsięwzięcie, którego dokonał J. Pradel nie ma chyba obecnie sobie równych w literaturze przedmiotu. Jego dzieło prawnoporównawcze obejmuje bowiem teren całego prawa karnego - materialnego procesowego i wykonawczego i ma ambicję uwzględniania obszaru całego świata. Wymagało to zgromadzenia i oceny mnogości odpowiednich materiałów normatywnych, literatury i orzecznictwa, zwrócenia uwagi na projekty reform prawa karnego etc. Rzecz prosta nie można się było ograniczyć do przedstawienia i analizy poszczególnych instytucji prawa karnego w różnych krajach. Wtedy mielibyśmy do czynienia z pracą, której walory prawnoporównawcze byłyby ograniczone. Należało, i to uczynił Autor, poddać analizie poszcze-

1. J. Pradel: Droit pénal comparé. Paris. Dalloz. 1995, s. 733.

2. J. Pradel: Droit pénal general. 9 wyd. Paris 1994; tenże: Procedure pénal. 8 wyd. Paris 1995; J. Pradel, A. Varinard: Les grands arrets du droit criminel. Tome 1 et 2.5 wyd. Paris 1995.

gólne instytucje prawa karnego (s. 2) pod kątem widzenia ich funkcjonalnej zbieżności lub rozbieżności[3], ich zgodności z rekonstruowanym lub postulowanym modelem rozwiązania teoretycznego, ich funkcji kryminalnopolitycznej, efektywności w praktyce wymiaru sprawiedliwości, miejsca na mapie rodzin prawa w świecie oraz, last but not least, zgodności z międzynarodowymi standardami praw człowieka. Wszystkie wymagania w większym lub mniejszym stopniu uwzględnił Autor. W jego pracy znajdują się też uwagi dotyczące uwarunkowań politycznych, społecznych, kulturowych, ekonomicznych i historycznych omawianych instytucji prawnych. Są one zawarte np. w analizach instytucji chińskiego prawa karnego (podłoże kulturowe i ideologiczne) i muzułmańskiego prawa karnego (jego ścisły związek z religią)[4]. Autor preferuje dynamiczne (a nie statyczne) podejście do komparatystyki prawniczej, co oznacza analizowanie porównawczych instytucji prawnych w ich historycznym rozwoju (s. 42-43).

Czym jest dla J. Pradela prawo karne porównawcze? Nie wdając się w długie rozważania na temat jego definicji (chyba słusznie, gdyż czeka go olbrzymi wysiłek przeprowadzenia odpowiednich analiz i syntez o zasięgu globalnym) dochodzi Autor do wniosku, że mamy tu do czynienia zarówno z nauką jak i metodą badawczą. Zdaniem jego jest to bowiem „dziedzina nauki (discipline), która zasadza się przede wszystkim na metodzie" (s. 4). J. Pradel zdaje sobie doskonale sprawę z tego, że nie ma takiej dziedziny prawa jaką jest prawo

3. W myśl założenia, że instytucje, które mają taką samą nazwę lub kształt w prawie karnym różnych krajów, mogą w gruncie rzeczy dotyczyć różnych kwestii prawnych albo ich stosowanie w praktyce prowadzić może do odmiennych rezultatow, i odwrotnie - instytucje prawa karnego inaczej nazywane lub ujęte mogą w ich praktycznym stosowaniu prowadzić do uzyskania takich samych lub zbieżnych rezultatów. Przykładem może tu być unormowanie i funkcjionowanie instytucji współdziałania przestępnego.

4. Por. też uwagi Autora na temat związków komparatystyki prawa karnego z antropologią jurydyczną (s. 6-8, wykorzystywania w pracach komparatystycznych danych socjologicznych (s. 31-37), oraz nasycenia procedury karnej treściami natury ideologicznej (s. 131).

karne porównawcze (w przeciwieństwie np. do prawa cywilnego, administracyjnego itp.) ale mimo to używa tego pojęcia (tak jak czyni to wielu innych autorów w różnych krajach) zapewne ze względu na tradycję językową i dla skrótu wypowiedzi.

Dzieło J. Pradela składa się ze „Wstępu" (pojęcie, rozwój, metody prawa karnego porównawczego) i dwóch części. Część pierwsza zatytułowana „Prawo karne porównawcze ogólne" obejmuje dwa „Tytuły". Pierwszy zatytułowany jest „Źródła praw" (rozdz. 1. Źródła w modelach podstawowych, rozdz. 2. Źródła w modelach wtórnych), drugi nosi tytuł „Zawartość prawa" (rozdz. 1. Istnienie modeli, rozdz. 2. Dynamika modeli). Część druga pracy zatytułowana „Prawo karne porównawcze szczególne" ma budowę następującą: Tytuł 1 - „Przestępstwo" (rozdz. 1 Klasyfikacja przestępstw, rozdz. 2 Elementy przestępstwa, rozdz. 3 Osoby /les personnages/ przestępstwa); Tytuł 2. Proces (Podtytuł 1. Organy procesu, Podtytuł 2. Przebieg procesu. Rozdz. 1. Dowód. Rozdz. 2. Fazy procesu). Tytuł 3. „Sankcja" ma dwa rozdziały: 1. Prawo powszechne sankcji, 2. Szczególne reżimy sankcji. Jest to ogólna i chyba mało czytelna struktura pracy. Książka J. Pradela opatrzona jest wszakże bardzo obszernym i szczegółowym spisem treści (s. 751-733), który pozwala w tej materii na lepszą orientację. I tak np. zagadnienie wykonywania sankcji karnych, określenia kompetencji powołanych do tego organów oraz kwestie szczegółowe wykonania poszczególnych sankcji omawiane są w części 2, tytuł 3, rozdz. 1, sekcja 3, podsekcja 1, §§ 1 i 2. Krytycznie należy zauważyć, że zagadnienia karnowykonawcze zasługiwały na wyodrębnienie i potraktowanie ich w końcowej partii pracy. Dziwić też musi wtłoczenie obszernych i szczegółowych rozważań karnoprocesowych (s. 315-567) do części drugiej pracy (Prawo karne porównawcze szczegółowe) pomiędzy partie materialu dotyczące przestępstwa (tytuł 1) i dotyczące sankcji (tytuł 3).

Przejść już trzeba do lektury samej pracy. Rzecz prosta ze względu na jej rozmiary ograniczyć się należy do kilku wybranych zagadnień. J. Pradel dobrze wie jak kłopotliwe jest wyróżnianie i zestawia-

nie obok siebie różnych modeli prawa karnego w świecie (s. 113). Rozróżnienie modelu common law i modelu romańsko-germańskiego jest głównie użyteczne, gdy bierze się pod uwagę system ich źródeł prawa. Różnice między tymi modelami mniej są natomiast widoczne gdy zajmujemy się treścią prawa. Gdy zaś chodzi o procedurę karną to wprawdzie procedura anglosaska adoptowała „le system accusatoire", a procedura romańsko-germańska preferuje „le systeme inquisitoire", ale zbieżności między tymi procedurami są bardziej liczne niż to się wydaje na pierwszy rzut oka. Przeciwstawianie sobie prawa „zachodniego" (common law i romańsko-germańskiego) prawu socjalistycznemu nie jest już właściwe, gdyż po upadku ustrojów politycznych w krajach Europy Wszchodniej różnice między odnośnymi porządkami prawnymi są coraz mniejsze, a podobieństwa coraz większe. Prawo świeckie (te wszystkie dotąd wymienione systemy prawa) przeciwstawiane jest prawu religijnemu, głównie prawu muzułmańskiemu. Niewątpilwie różnica między nimi jest istotna, gdyż w prawie muzułmańskim najwyższym źródłem prawa jest koran i w przypadku, gdy prawa człowieka znajdują się w konflikcie z koranem, przewagę przyznaje się temu ostatniemu. Jednakże w badaniach prawnoporównawczych nie należy przypisywać kluczowego znaczenia przeciwstawianiu sobie prawa świeckiego prawu religijnemu ponieważ nieliczne są kraje, których prawo adoptowało idee prawa karnego islamu (głównie chodzi tu o Arabię Saudyjską), a poza tym nawet w tych krajach akcentuje się znaczenie praw człowieka, podobnie jak w krajach świeckich, ujmując je w przepisach konstytucji. J. Pradel dochodzi zatem do wniosku, z czym należy się zgodzić, że wyróżnione przez „ogólnych komparatystów" modele prawa, adekwatne np. na terenie prawa cywilnego lub handlowego, nie najlepiej funkcjonują na terenie prawa karnego. Ponieważ prawo karne ze swej istoty operuje represją istotne jest ustalenie jaką rolę przykłada prawodawca danego kraju do funkcji represyjnego prawa karnego. Zdaniem J. Pradela można wyodrębnić dwa zasadnicze modele prawa karnego: model autorytarny i liberalny.

Ten pierwszy przykłada wagę do represji karnej, ten drugi jest wobec niej sceptyczny. Autor wyraźnie zaznacza, że to rozróżnienie jest „approrimative, plus pedagogique que strictement exacte" (s. 114). Na ukształtowanie modelu autorytarnego lub liberalnego wpływ mają nie tylko względy natury ideologicznej w danym państwie, lecz także czynniki innego rodzaju np. ekonomiczne (w szczególności bywa to widoczne w unormowaniu sankcji karnych i zagadnień procesowych). Bardzo często bywa też tak, że w systemie prawa danego kraju występują obok siebie elementy obu modeli prawa karnego. Wyjąwszy przypadki państw zdecydowanie autorytarnych (gdzie polityka kryminalna jest monolityczna), regułą jest, że w systemie prawa jednego kraju nie obowiązuje jedna, lecz kilka polityk kryminalnych odnoszących się do różnych sektorów prawa karnego. W prawie karnym jednego kraju mogą jednocześnie występować relacje „miękkie" i „twarde", system sankcji bywa rozwidlony, rozczepiony. Przeciwstawienie sobie obu modeli bywa względne, a to z tego powodu, że dana instytucja prawna nie może być jednocześnie oceniana jako całkowicie autorytarna lub całkowicie liberalna. Ze względu na występowanie w niej elementów dominujących można natomiast mówić, że ma ona charakter raczej autorytarny lub raczej liberalny. Są też instytucje prawne, które nie mają ani chrakteru autorytarnego ani liberalnego, dotyczy to np. unormowania środków odwoławczych lub technik przyśpieszania procesu karnego (s. 115).

Zdaniem J. Pradela model autorytarny prawa karnego występuje w dwóch wariantach: 1) „tradycyjnym", gdzie surowość prawa karnego służyć ma utrwaleniu istniejącego porządku społecznego, 2) „świeżej daty" (plus recente), gdzie surowość prawa karnego służyć ma przekształceniu życia politycznego i społecznego. Każdy z tych wariantów Autor bliżej analizuje na płaszczyźnie unormowań odpowiedzialności karnej, procesu karnego i sankcji karnych.

Pierwszy wariant modelu autorytarnego prawa karnego oparty jest na ideologii preferującej interesy społeczenstwa w stosunku do interesów jednostki (J. Bentham). Zadaniem prawa, w tym też kar-

nego, jest zapewnienie spoistości wspólnoty poprzez udzielenie ochrony jej podstawowym wartościom: życiu, integralności cielesnej lub majątku. Jednostka, która narusza porządek społeczny powinna być ukarana. Zwolennicy tej koncepcji opowiadają się za poszerzeniem pola kryminalizacji, zwiększeniem surowości kar i zwiększeniem uprawnień policji. Zjawisko wzrostu przestępczości sprzyja prezentowaniu i realizowaniu tych koncepcji. Widoczne to jest np. w USA, gdzie na początku lat 70-tych model resocjalizacyjny prawa karnego został zastąpiony przez model sprawiedliwości (just desert).

Przy realizacji dyrektyw wariantu tradycyjnego modelu autorytarnego, ustawodawca posługuje się różnymi technikami penalnymi w zależności m.in. od tego do jakiej gałęzi prawa karnego mają się one odnosić. Gdy chodzi o unormowanie zasad odpowiedzialności karnej widoczne to jest np. w dopuszczalności stosowania analogii legis lub iuris (dodajmy na niekorzyść sprawcy), operowania pojęciami nieprecyzyjnymi lub dyspozycjami blankietowymi, wprowadzaniem odpowiedzialności karnej za podjęcie samego li tylko zamiaru popełnienia przestępstwa (instytucja conspiracy anglosaskiego prawa karnego), w ustanowieniu odpowiedzialności karnej podmiotów kolektywnych (personnes morales). Gdy zaś chodzi o część szczególną prawa karnego, niepomiernie zwiększony zostaje zakres kryminalizacji poprzez np. wprowadzanie karalności dewiacji społecznych (próżniactwa, włóczęgostwo, używanie narkotyków). Zwiększona zostaje surowość represjii karnej w stosunku do sprawców przestępstw popełnionych w ramach zorganizowanej aktywności (terroryzm, handel narkotykami, działalność mafijna). Co się zaś tyczy procedury karnej to Autor wymienia tu: oddanie orzecznictwa w ręce wyłącznie sędziów zawodowych, uprzywilejowanie sprawcy, który zawiadomił władze o przestępstwie, wprowadzenie instytucji „agent provocateur", uzyskanie przez pokrzywdzonego wpływu na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego (Francja, Belgia), wreszcie - oparcie całego procesu na zasadzie inkwizycyjności, której schemat wprowadził do kontynentalnego pro-

cesu karnego francuski k.p.k. z 1809 r. (obecnie realizowany jest on tam w formie złagodzonej). Omawianego typu autorytaryzm przejawia się w „penologii" w trojaki sposób: 1) przykładanie wagi do bezwzględnej kary pozbawienia wolności (ewentualne zwiększenie surowości jej orzekania poprzez znany niektórym krajom anglosaskim system „guidelines", ograniczenie możliwości stosowania instytucji przedterminowego warunkowego zwolnienia), 2) operowanie środkami zabezpieczającymi wobec niebezpiecznych przestępców (np. terrorystów), 3) utrzymywanie stosowania kary śmierci (s. 115-129).

Drugi wariant modelu autorytarnego prawa karnego występuje w tych krajach, w których system prawa oparty jest na ideologii zakładającej potrzebę przeprowadzenia zasadniczych zmian w mentalności społecznej (s. 129-136). Zmiana tej mentalności spowodować ma wyschnięcie źródeł przestępczości. Model ten realizowało prawo karne Związku Radzieckiego (lata 1917-1958 to okres przerostu autorytaryzmu, lata 1958-1990 to okres jego humanizacji), obecnie opiera się na nim ustawodawstwo karne Chińskiej Republiki Ludowej (k.k. i k.p.k. z 1979 r.).

Model liberalny prawa karnego chrakteryzuje nieufność wobec represji karnej (s. 136). Jest on realizowany w państwie prawa respektującym podstawowe prawa człowieka. W odniesieniu do przestępcy zmierza do jego readaptacji społecznej, w odniesieniu do pokrzywdzonego - do naprawienia szkody wyrządzonej przez przestępstwo. Zakres prawa karnego jest ograniczony do niezbędnego minimum. Jest ono oparte na zasadach równości obywateli wobez prawa, winy i adaptacji społecznej sprawcy przestępstwa (tak bliskiej sercu szkoły nowej ochrony społecznej). Model liberalny prawa karnego występuje w dwóch wariantach: 1) łagodzenia (moderation) prawa karnego, 2) ograniczenia roli i zakresu (repli) prawa karnego. W wariancie pierwszym ustawodawca ma wprawdzie zaufanie do represji karnej, ale pragnie nie dopuścić do ekstremizmów modelu autorytarnego. W dziedzinie zasad odpowiedzialności karnej opowiada się za zasadą winy i przeciw karalności przygotowania przestępstwa; w

dziedzinie procedury karnej - preferuje zasadę skargowości, dopuszcza tryb postępowania z oskarżenia prywatnego, stwarza możliwość pokrzywdzonemu dochodzenia roszczeń wynikających z popełnionego przestępstwa; w dziedzinie „penologii" opowiada się na rzecz humanizacji i łagodzenia karania, bezwzględną karą pozbawienia wolności traktuje jako ultima ratio polityki kryminalnej, znosi karę śmierci, stwarza sędziemu duże możliwości indywidualizowania kary w stadium jej wykonania. W drugim wariancie modelu liberalnego prawa karnego dochodzi do dejurydyzacji prawa karnego (np. poprzez stosowanie metod mediacji pomiędzy pokrzywdzonym i sprawcą przestępstwa, na płaszczyźnie procesu karnego lub poza nim), do jego depenalizacji (np. poprzez kontrawencjonalizację) oraz do faktycznej lub formalnej dekryminalizacji niektórych zachowań przestępnych (np. zdrady małżeńskiej, kontaktów homoseksualnych, przerywania ciąży, eutanazji).

Po opisaniu i scharkteryzowaniu modeli (i ich wariantów) prawa karnego Autor przechodzi do ukazania ich dynamiki (s 172 i in.). Czyni to na dwóch płaszczyznach: przedstawienia reform uwarunkowanych czynnikami wewnętrznymi w danym państwie (les mouvements d'orgine interne) i przedstawienia reform inspirowanych z zewnątrz (les mouvements d'orgine externe). Ponieważ tą drugą płaszczyzną rozważań Autora zajmę się odrębnie (zagadnienie recepcji i harmonizacji prawa karnego) należy w tym miejscu ograniczyć się do wskazania na czym polega zdaniem Autora owa dynamika wewnętrzna systemów prawa karnego oraz przejść do oceny przestawionych wyżej poglądów Autora na temat modeli prawa karnego. Ową dynamikę wewnątrzną modelu tworzą siły kreatywne prawa karnego: doświadczenia praktykow, opinia publiczna, ewolucje technologiczne, przemiany obyczajów. W krajach Europy Wschodniej upadek komunizmu w latach 1989-1990 doprowadził do zliberalizowania prawa karnego. Niepowodzenia zaś ze stosowaniem w USA liberalnego modelu reedukacji (skupiającym uwagę na orzeczeniu sankcji względnie oznaczonych) doprowadziły do jego odrzucenia na początku lat 70-

tych. Jego funkcjonowanie prowadziło bowiem do przedłużenia okresu pozbawienia wolności skazanych nie przyczyniając się jednak do zwiększenia skuteczności prawa karnego w walce z przestępczością. Jak już była o tym mowa, w miejsce tego modelu wprowadzono model represyjny oparty na karach bezwzględnie określonych. Konieczności społeczne sprawić też mogą, że na gruncie modelu liberalnego pojawiają się nowe kryminalizacje, np. prania brudnych pieniędzy. Porównując przeprowadzone od początku lat 70-tych zmiany w procedurze karnej USA (np. ograniczenie reguły Miranda, ograniczenie możliwości zwolnienia za kaucją oskarżonego tymczasowo aresztowanego) ze zmianami w procedurze karnej Francji (np. zwiększenie uprawnień oskarżonego w postępowaniu przygotowawczym, ograniczenie stosowania tymczasowego aresztowania) J. Pradel dochodzi do wniosku, że w procedurze amerykańskiej następuje częściowe przesunięcie (glissement) w kierunku autorytaryzmu, w procedurze francuskiej zaś następuje generalne przesunięcie w kierunku maksymalnego liberalizmu. Podczas gdy amerykański Sąd Najwyższy przedkłada obecnie interes społeczny nad interes jednostki, legislator i sędzia konstytucyjny francuski stara się zapewnić równowagę obu tych interesów (s. 183).

Sądzę, że przeprowadzony przez J. Pradela zasadniczy podział modeli prawa karnego na model autorytarny i liberalny zasługuje na akceptację. Zastępuje on, czy też uzupełnia, powszechnie stosowany w komparatystyce prawa (także karnego) podział na model: common law, germańsko-romański, socjalistyczny (postsocjalistyczny) i religijny[5]. Ten ostatni podział zdaniem Autora nie jest adekwatny do problematyki prawa karnego. Ma on bardziej - użyję tego terminu - cha-

5. Używane są też terminy - rodziny, kręgi, typy, systemy prawa. Por. M. Ancel: Znaczenie i metody prawa porównawczego. Warszawa 1979, s. 67 i in.; H. H. Jescheck: Grosse Strafrechtsfamilien, (w:) Festschrift für W. Middendorf. Bielefeld 1986, s. 133 i n.; R.A. Tokarczyk: Wprowadzenie do komparatystyki prawniczej. Lublin 1994, s. 52-56. Nie wchodzę już w różnice pojęciowe między tymi terminami.

rakter geograficzny niż merytoryczny[6]. Pojęcia: model autorytarny i model liberalny prawa karnego dobrze jak się zdaje opisują i oceniają rzeczywistość prawnokarną, są też użyteczne przy opisie i ocenie dynamiki tych modeli, tzn. ukazania zakresu i stopnia ich urzeczywistnienia w prawie karnym in book i in action. Troska o wprowadzenie w życie idei rządów demokratycznego państwa, realizującego standardy podstawowych przw człowieka skłaniać też powinna komparatystów do koncentrowania uwagi na problemach dla jednostki natury zasadniczej. Można się natomiast spierać z J. Pradelem czy w pełni trafnie zostały przez niego określone cechy obu modeli[7] i czy podał on dobre przykłady ilustrujące funkcjonowanie tych modeli w konkretnym porządku prwanokarnym.

Mam np. wątpliwości czy zasadne jest łączenie dopuszczalności odpowiedzialności karnej podmiotów kolektywnych z modelem autorytarnym prawa karnego. Wprawdzie instytucja ta jest wyrazem wiary ustwodawcy karnego w moc represjii karnej (czy też quasi-karnej?) w stosunku do podmiotów kolektywnych, ale rzut oka na mapę Europy pozwoli stwierdzić, że funkcjonuje ona w tych krajach, które na pewno do autorytarnych nie należą (Anglia, Dania, Holandia, Francja). Czy można też jednoznacznie twierdzić, że model resocjalizacyjny (reedukacyjny, „medyczny") prawa karnego, tak popularny w latach 60-tych w USA i krajch skandynawskich, przynależy do

6. Dodałbym od siebie, że podział ten stosuje niejednolite kryterium klasyfikacji. To tak jak byśmy dzielili lasy na: wiecznie zielone, mieszane, liściaste. Nie znaczy to aby posługiwanie się w komparatystyce prawa karnego tradycyjnym podziałem modeli (systemów, rodzin etc.) prawo winno być odrzucone. Posługiwanie się takim podziałem może być heurystycznie pożyteczne przy analizowaniu np. zasad odpowiedzialności karnej lub kwestii zakresu kryminalizacji w prawie karnym różnych krajów. Różnice w treści unormowań odpowiednich instytucji mogą być znaczne. Wykazuje to zresztą sam Autor analizując np. zagadnienia podziału przestępstw (według stopnia ich ciężkości) w prawie karnym anglosaskim i romańsko-germańskim (s. 228 i n.)

7. Możnaby tu odwołać się do interesującego artykułu A. Zolla: Prawo karne w systemie totalitarnym. Znak nr. 450, 1992, s. 11 i n. Por. też A. Turska: Prawo państwa totalitarnego. Studio Iuridica, XXII/1992, s. 21 i n.

modelu liberalnego prawa karnego, skoro oparte na nim prawo karne operowało sankcjami nieoznaczonymi, których stosowanie w praktyce prowadziło w gruncie rzeczy do zwiększenia represyjności prawa karnego poprzez wydłużenie okresu pozbawienia wolności sprawców przestępstw (zjawisko „Ettikietenschwindel")? Gdy zaś chodzi o procedurę karną, to trudno zgodzić się bez zastrzeżeń z twierdzeniem, że umożliwienie pokrzywdzonemu wywierania wpływu na organ procesowy w celu pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej, ma być charakterystyczną cechą autorytarnego procesu karnego. Wśród przykładów instytucji prawnych, których unormowania nie można odnieść do modelu autorytarnego lub liberalnego Autor wymienia unormowanie środków odwoławczych oraz technik przyśpieszania procesu (s. 115). Z tym nie można się bez reszty zgodzić, gdyż doświadczenie historyczne dostarcza wielu przykładów ograniczenia w procesie karnym państw totalitarnych prawa oskarżonego do obrony poprzez pozbawienie lub ograniczenie możliwości korzystania przez niego ze środków odwoławczych. Różnie ujmowane tryby przyśpieszone także nie mają dobrej opinii. W procedurze krajów realnego socjalizmu dość szeroko były one wykorzystywane, nierzadko z istotnym uszczerbkiem dla realizacji prawa oskarżonego do obrony materialnej i formalnej[8].

To, że w prawie karnym jednego kraju występują reakcje „twarde" i „miękkie", nie musi świadczyć o tym, że w kraju tym realizowanych jest kilka polityk kryminalnych. Może być bowiem tak, i nie jest to żadna schizofrenia ustawodawcy, lecz przejaw jego racjonalizmu, że w ramach jednej kompleksowej polityki kryminalnej, do prawnokarnej kontroli przestępczości drobnej preferuje się reakcje „miękkie", zaś w stosunku do groźnej przestępczości - preferuje się środki „twarde" (polityka „rozwartych nożyc").

8. W innym miejscu pracy (s. 123) J. Pradel wskazuje zresztą, że w autorytarnym procesie karnym istnieją rozwiązania pozwalające na szybkie oddanie oskarżonego pod sąd i orzekanie w trybie uproszczonym.

Najważniejsze moje zastrzeżenia, wprawdzie nie natury merytorycznej lecz terminologicznej, budzi przeciwstawienie sobie przez Autora procedury karnej common law opartej na zasadzie skargowości i procedury karnej kontynentalnej europejskiej opartej na zasadzie inkwizycyjności (s. 139). Nie powinno być jednak wątpliwości co do tego, że przy końcu XX wieku (zresztą już od dawna) obie te procedury opierają się na zasadzie rozdziału funkcji procesowych (oskarżenia, obrony, osądzenia), tym samym więc na zasadach: skargowości i kontradyktoryjności (równości stron). To prawda, że między procedurami karnymi w Anglii i na kontynencie Europy zachodzą istotne różnice. Dotyczą one np. ujmowania celu procesu i ukształtowania rozprawy głównej. Co najwyżej jednak z dużym jak sądzę uproszczeniem, możnaby określić kontynentalny proces karny (za wyjątkiem Włoch, gdyż tamtejszy k.p.k. z 1989 r. oparł się na wzorach anglosaskich) mianem procesu neoinkwizycyjnego, dla podkreślenia inkwizycyjnego nachylenia sądu w stadium postępowania jurysdykcyjnego[9].

Zbyt surowo ocenia moim zdaniem J. Pradel nowsze orzecznictwo amerykańskiego SN w sprawach karnych zarzucając mu przedkładanie interesu społeczeństwa nad interes jednostki, przeciwstawiając mu w tym względzie postawę francuskiego legislatora i francuskich sędziów konstytucyjnych, którzy dążą do zapewnienia równowagi obu tych interesów. Tymczasem jest zapewne tak, że uprzednio SN USA w kilku swych orzeczeniach (np. przyjmując regułę owoców zatrutego drzewa) opowiedział się przesadnie (gdyż np. nie czy-

9. Por. S. Waltoś: Węzłowe problemy rozprawy głównej w projekcie k.p.k. (w:) Problemy Kodyfikacji Prawa Karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka. Kraków 1993, s. 485 i n.; tenże: Projekt kodeksu postępowania karnego w świetle współczesnych tendencji rozwoju procedury karnej w Europie, (w:) Problemy reformy prawa karnego. Lublin 1994, s. 247 i n.; J. Hermann: Ochrona praw człowieka w dziedzinie wymiaru sprawidliwości. Studia Prawnicze nr 4, 1990, s. 14-16; tenże: Models for the Reform of the Criminal Trial in the Peopls Republic of China, Comparative Remarks from a German Perspective, (w:) Festschrift fur Koichi Miyazawa. Baden-Baden 1995, s. 611 i n.

nił wówczas żadnych wyjątków od cytowanej reguły) na rzecz interesów oskarżonego, a na niekorzyść interesów innej jednostki - pokrzywdzonego przestępstwem oraz interesów społeczeństwa polegających na zapewnieniu efektywności działania aparatu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. W nowszym orzecznictwie amerykańskim SN (wprowadzając np. wyjątki od reguły przyjętej w sprawie Miranda)[10] dąży właśnie, jak sądzę, do wyrównania zakłóconej równowagi między tymi interesami („efekt wahadła").

Interesujące jest to, co pisze Autor na temat problematyki unifikacji, recepcji i harmonizacji prawa karnego. Akceptująco cytuje zdanie Gutteridga, iż: „unifikacja prawa karnego nie jest możliwa, a nawet gdyby była możliwa, byłaby niepożądana" (s. 9). Zdaniem J. Pradela recepcja prawa karnego może nastąpić dobrowolnie przez państwo importera (s. 186) lub może być narzucona (imposee) przez państwo-eksportera (s. 197 i n.)[11]. Przykładem tej pierwszej jest przyjęcie przez Turcję w 1858 r. kodeksu karnego, który był blisko spokrewniony z k.k. francuskim z 1810 r. W 1926 r. Turcja zaś oparła swój kodeks karny na włoskim kodeksie z 1889 r. Częściej następuje recepcja poszczególnych instytucji prawa karnego (np. warunkowego zawieszenia wykonywania kary, warunkowego przedterminowego zwolnienia, sądowego nadzoru nad wykonywaniem kary) lub naczelnych zasad prawa karnego (principes directeurs). Przykładem tego ostatniego zjawiska jest postępujący w świecie pochód praw człowieka (także w dziedzinie prawa karnego). Początek dała konstutucja Stanów Zjednoczonych oraz jej poprawki. Ciekawe, że poprzez Europę (europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.) idee te wróciły na kontynent ame-

10. Por. T. Tomaszewski: Przesłuchanie podejrzanego i reguły Miranda w procesie amerykańskim. PiP nr 6, 1990, s. 87 i n.; F. Saldit: 25 Jahre Miranda. Ruckblick auf ein hochstrichterliches Experiment. Goltdammers Archiv für Strafrecht, nr 2, 1992, s. 57 i n.

11. Sądzę, że w tym drugim przypadku trudno mówić o recepcji, w każdym razie słowo to należałoby opatrzeć cudzysłowem.

rykański znajdując akceptację w kanadyjskiej karcie praw z 1982 r. (s. 190 i n.). Od dobrowolnej recepcji bardziej radykalna (co do zakresu i głębi) jest recepcja narzucona przez państwo eksportera. Licznych przykładów dostarcza tu prawo krajów Ameryki Północnej i Afryki skolonizowanych przez Anglię i Francję oraz prawo japońskie reformowane po II wojnie światowej przez okupacyjne władze amerykańskie. Recepcja prawna nie jest nigdy całkowita i definitywna. Różne czynniki np. natury kulturowej i jurydyczno-technicznej sprawiają, że już nawet na początku, a przeważnie w późniejszym okresie, „przeszczepione" prawo odbiega od swego pierwowzoru (dotyczy to np. unormowania przestępstw przeciwko obyczajności lub ukształtowania procesu karnego).

Zdaniem J. Pradela wzrost przestępczości (zwłaszcza przestępczości międzynarodowej) oraz rozwój kontaktów między państwami sprawia, że okres recypowania prawa „parait dépassé" (s. 211)[12]. Legislatorzy pragną pójść dalej i dążą do ustanowienia pewnej unifikacji lub harmonizacji między ich prawami. Wizja stworzenia pewnego dnia jednego światowego prawa karnego (dawne marzenie komparatystów) jest jednakże nierealna, a nawet niebezpieczna biorąc pod uwagę odrębności występujące między państwami. Natomiast możliwa i pożądana jest harmonizacja praw karnych polegająca na usuwaniu pewnych ich odrębności i doprowadzenie do ich zbliżenia. Obecnie mamy do czynienia z dość szerokim procesem harmonizacji prawa karnego[13].

12. Z tym trudno się zgodzić, gdyż także pod koniec XX w. ustawodawcy wielu krajów posługują się tą metodą modernizacji swego prawa karnego. Autorzy nowego projektu k.k z 1995 r. mieli np. na uwadze unormowania japońskie i amerykańskie dotyczące przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu i przestępstw przeciwko ochronie informacji (tzw. przestępstwa komputerowe).

13. Następuje on mimo przeszkód stawianych jej w niektórych krajach. Tytułem przykładu podaje autor (s. 212, przyp. 2) wyrok francuskiego Sądu Najwyższego z 4 V 1994 r. odrzucający możliwość oparcia skargi kasacyjnej na wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Harmonizacja prawa karnego występować może w dwóch postaciach (s. 212 i n.): 1) umiarkowanej (modérée) i 2) wzmocnionej (renforcée). Harmonizacja umiarkowana jest skutkiem realizacji przez państwa konwencji o charakterze globalnym (np. konwencji ONZ) lub regionalnym (np. konwencje Rady Europy). Sporo uwagi poświęca Autor problematyce wpływu europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz jej strasburskich organów[14] na ustawodawstwo i orzecznictwo krajów europejskich. Wpływ ten dotyczy każdej z dziedzin prawa karnego. W zakresie prawa karnego materialnego wyraża się on np. w doprowadzeniu w niektórych krajach do dekryminalizacji homoseksualizmu albo do kryminalizacji zamachów na środowisko naturalne człowieka lub też do zastępowania kary pozbawienia wolności przez inne środki karne. W zakresie procedury karnej wpływ ten jest jeszcze silniejszy niż w zakresie prawa karnego materialnego. Dotyczy on głównie kwestii przystosowania krajowego ustawodawstwa i orzecznictwa do standardów rzetelnego procesu karnego formułowanych przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Harmonizację wzmocnioną odnosi Autor do tych przypadków, gdy w wyniku realizacji konwencji międzynarodowych dochodzi do ujednolicenia karalności i skoordynowania ścigania pewnych przestępstw (np. porwania samolotu). W tym kontekście pisze autor o tworzeniu instytucji europejskiego prawa karnego, tzn. prawa karnego chroniącego interesy wspólnot europejskich. Wskazuje też na funkcjonowanie międzynarodowych instytucji służących do zwalczania przestępczości zorganizowanej o charakterze ponadnarodowym (Interpol, grupa Trevi). Wspomina też o podejmowanych w ramach AIDP pracach (ich głównym animatorem był Ch. Bassiouni) nad stworzeniem kodeksu mię-

14. Tworzą one rodzaj wspolnego mianownika dla prawa karnego państw europejskich, rodzaj „prawa powszechnego" lub minimum ideologicznego, w którym wspólnie uczestnicząc zachowują jednak sferę pewnej swobody w normowaniu np. kwestii związanych z moralnością seksualną lub prawem dowodowym (s. 215).

dzynarodowego prawa karnego, który by normował całość problematyki związanej z ponoszeniem odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstwa o charakterze międzynarodowym (s. 220 przyp.1).

Sądzę, że uwagi na temat harmonizacji prawa karnego w Europie możnaby poszerzyć informacjami na temat prac powołanej w 1957 r. przez Komitet Ministrów Rady Europy Komisji do spraw wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych (ECCP), której zadaniem ma być opracowanie i wprowadzenie w życie przedsięwzięć Rady Europy w dziedzinie zapobiegania przestępczości i postępowania z przestępcami. W ramach tej komisji działają podkomisje zajmujące pracami studyjnymi i przygotowywaniem projektów konwencji europejskich[15]. M.in. powołano podkomisję pod nazwą „Europa w okresie przemian: Polityka kryminalna i prawo karne". Do jej zadań należy „harmonizowanie określenia typów przestępstw przez dążenie do wypracowania ich wspólnych definicji". Odnosić się to ma do przestępstw o ponadnarodowym charakterze: tzw. przestępstw komputerowych, handlu ludźmi, dobrami kultury lub bronią, „ praniu brudnych pieniędzy" i innych przestępstw gospodarczych oraz przestępstw przeciwko środowisku. Notuje się już pierwsze rezultaty tych prac. Komitet Rady Ministrów Rady Europy uchwalił w 1990 r. wytyczne (standardy minimum) odnośnie typizowania tzw. przestępstw komputerowych[16]. W 1991 r. Rada Europy uchwaliła zaś wytyczne dotyczące zapobiegania wykorzystaniu systemu finansowego do celów „prania brudnych pieniędzy"[17]. Do tych „mniej intensywnie" zobowiązujących państwa członkowskie form, zaleceń, postanowień, wytycznych - sięga Rada Europy w tych przypadkach, gdy z uwagi na różnorodność sytuacji życiowych w poszczególnych krajach lub

15. Por. Fh. Vogler: Die strafrechliche Konventionen des Europarates. Jura nr 11, 1991, s. 586-825.

16. Por. P. Wieleitzki: Die Regionalisierung des internationalen Strafrecht 2St, nr 4, 1993, s. 824-825.

17. Por. E. Pływaczewski: Pranie brudnych pieniędzy. Toruń 1993, s. 138 i n.

też z innych względów, nie należy oczekiwać, że przygotowana konwencja uzyska w przyszłości wymaganą ilość ratyfikacji. Tą drogą Rada Europy może nadzwyczaj efektywnie wpływać na ukształtowanie się prawa karnego i praktyki jego stosowania w Europie[18]. Podobne rezultaty w skali globalnej lub regionalnej przynosi też działalność różnych organów ONZ[19] oraz działalność wielu organizacji międzynarodowych zajmujących się problematyką prawa karnego i kryminologii[20].

Może też należało wspomnieć o propozycjach stworzenia modelowego k.k. i k.p.k. dla krajów europejskich. Wzorem tu miałby być „Model Penal Code" Amerykańskiego Instytutu Prawa z 1962 r. lub modelowy k.k z 1971 r. dla krajów Ameryki Łacińskiej. Wątpliwe jest jednak czy taka próba udałaby się w Europie. Między porządkami prawnokarnymi poszczególnych krajów (należących nawet do jednej rodziny prawa) istnieją zbyt daleko idące różnice. W grę wchodzą tu nie tylko różnice kulturowe ale też delikatne kwestie politycznej suwerenności państw[21].

18. Por. E. Corves, H. J. Bartsch: Strukturen und Methoden internationaler und regionaler Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Strafrechts. ZStW nr 2, 1984, s. 513.

19. J. Pradel (s. 213-214) wymienia tu np. wzorcowe reguły minimum Narodów Zjednoczonych dotyczące środków alternatywnych wobec pozbawienia wolności (reguły tokijskie) - rezolucje Zgromadzenia Ogólnego z 1990 r. oraz podstawowe zasady niezależności sądów i niezawisłości sędziów - uchwała VII Kongresu ONZ z 1985 r. poświęconego Zapobieganiu Przestępczości i Postępowaniu z Przestępcami.

20. Np. jednym z tematów ostatniego kongresu Międzynarodowego Zrzeszenia Prawa Karnego (AIDP) w 1994 r. w Rio de Janerio było ustalenie możliwości ujednolicenia prawa karnego w dziedzinie tzw. przestępstw komputerowych, jak też ustalenie roli regionalnych organizacji międzynarodowych w procesie harmonizacji prawa karnego. Por. B. Kunicka-Michalska: Rezolucja XV Międzynarodowego Kongresu Prawa Karnego AIDP. Przegląd Prawa Karnego nr 12, 1995, s. 78.

21. W doktrynie europejskiej przeważa sceptyczny co do możliwości i pożytku opracowania modelowych k.k. i k.p.k. Por. M. Cieślak: W kwestii międzynarodowej unifikacji prawa karnego. Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji UG nr 7, 1979, s. 76; Fh. Vogler: Bemühungen um eine europäische Strafrechtsvergleichung, (w:) H. Lutger (red): Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung. Berlin. New York 1979, s. 577-579; Ch. J. Enschede: EEn Uniform Europes Strafrecht? Arnhem 1990, s. 9; F. Ruter: Harmonie trotz Dissonanz. ZStW nr

Bardziej relistyczna jest idea opracowywania modelowych projektów przepisów dotyczących określonych instytucji lub kwestii. Jak wiadomo próby takie podejmowane są nie od dziś z różnymi skutkami praktycznymi. Wydaje się, że większe szanse harmonizacji istnieją w dziedzinie prawa karnego procesowego (głównie problematyka rzetelnego procesu karnego)[22] niż w dziedzinie prawa karnego materialnego. Tutaj ustawodawcy, także w demokratycznym państwie praw, mają dość szeroki margines typów przestępstw, zasad odpowiedzialności karnej i sankcji karnych,

Nie chcę się już wdawać w bliższe prezentowanie - wraz ze swoim komentarzem - poszczególnych partii pracy J. Pradela, zawartych w nich informacji, analiz, syntez, ocen. Rzecz nie ulega wątpliwości. Mamy tu do czynienia ze znakomitą, nie mającą zapewne obecnie sobie równych, pracą z dziedziny komparatystyki prawa karnego, obejmującą wszystkie dziedziny prawa karnego i mającą przy tym zasięg światowy. Jest to dzieło bogate w treść, pulsujące erudycją, pisane z polotem (bez szkody dla ścisłości i głębi wywodu). Autor z należytą kompetencją badawczą, świadom jednak istnienia pułapek w pracy komparatysty, swobodnie przemieszcza się ponad granicami prawa karnego różnych krajów w świecie. Nie gubi się przy tym w mnogości zgromadzonych i wykorzystanych materiałów. Ma on, jak to mówią Niemcy, „Durchsicht und Übersicht". Oceny swoje formułuje w sposób wyważony, ale przy tym jednoznaczny.

1, 1993, s. 37; T. Weigend: Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur? ZStW nr 4, 1993, s. 79-792; K. Gunther: Strafrechtslehrertagung in Basel 1993. StV nr 1, 1994, s. 50.

22. Por. opracowane przez uczestników grupy roboczej pracującej pod auspicjami ONZ „Reguły Majorki". Entwurf von Mindestgrundsätzen der Vereinten Nationen für Strafverfahren. ZStW nr 4, 1993, s. 931 i n.. Zwraca uwagę okoliczność, że idea harmonizacji, a nawet unifikacji prawa cywilnego procesowego, zyskuje sobie ostatnio coraz więcej zwolenników. Por. M. Storme: Uniform procedure rules in Europe, (w:) M. Sawczuk (red.): International Symposium of Civil procedural law. Unity of civil precedural law and its national divergencies. Lublin 1994, s. 302-309.

W szerokim zakresie korzystał J. Pradel z różnego typu materiałów w językach francuskim, angielskim, włoskim, hiszpańskim, a nawet portugalskim. W skromniejszym zaś zakresie sięgał do literatury w języku niemieckim (głównie podręcznika części ogólnej niemieckiego prawa karnego H.H. Jeschecka). Zrozumiałe jest, że Autor zmuszony był z różnych względów do selekcji matriałów, z których miał korzystać. Trudno jednak nie wyrazić żalu, że w pracy swojej nie skorzystał (powołał je tylko w „bibliografii ogólnej", s. 692) ze znakomitego źródła wiedzy o prawie karnym (in book i in action) państw europejskich, jakim jest wydawana w kolejnych edycjach przez Instytut Międzynarodowego i Zagranicznego Prawa Karnego we Freiburgu i.Br. praca zbiorowa pod red. A. Esera i B. Huber: „Strafrechtsentwickung in Europa"[23]. Niewątpliwie na uwagę zasługiwały też inne prace komparatystyczne wydawane przez ten Instytut.

Są też w książce J. Pradela „polonica". Autor uwzględnił przepisy polskiego k.k., k.p.k. i k.k.w. z 1969 r. oraz sięgnął do około 10 prac polskich autorów opublikowanych w zachodnich czasopismach prawniczych. Wprawdzie powołał w „bibliografii ogólnej" (s. 699) „Droit penal polonais" (pod red. I. Andrejewa, Warszawa 1982) ale nie wykorzystał tej pozycji w swej pracy. Nie ma powodów, aby biadać i grzeszyć polocenryzmem. Polskie prawo karne i polska nauka prawa karnego na komparatystycznej mapie świata nie są wielkimi znakami. Dlaczego tak jest, nie ma tu potrzeby pisać. Ważne jest, że J. Pradel znaki te zauważył i odniósł się do nich, jak się wydaje z sympatią.

Jeśli polski czytelnik nie znajdzie w książce J. Pradela wielu odniesień do polskiego prawa karnego i polskiej nauki prawa karnego, to przecież sprawy te są mu dobrze znane. Łatwiej jest też nam za-

23. Por. A. Eser, B. Huber (red.): Strafrechtssentwicklung in Europa. Landesberichte 1989/1992 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur. 4.1., 4.2, 4.3. Freiburg i. Br. 1993, 1994, 1995. Trzecią część tej pracy - „Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft" napisał G. Dannecker.

poznać się ze stanem i funkcjonowaniem prawa karnego, a także refleksją teoretyczną nad tym prawem w krajach, którym J. Pradel poświęcił mniej uwagi: Niemcy, Austria, byłe europejskie kraje socjalistyczne. Dzieło J. Pradela otwiera nam jednak rozległy i barwny świat romańskiego i anglosaskiego modelu prawa karnego. Świat, tak z wielu względów różny od naszego. I już choćby z tego powodu warto sięgnąć do tej pracy. Dla każdego komparatysty praca ta będzie niewątpliwie bogatym źródłem wiedzy i inspiracji.

*****

SYNTHESE DU DROIT PÉNAL COMPARÉ DE J. PRADEL

Résumé

Le présent article est un compte-rendu de louvrage de J. Pradel intitulé Droit pénal comparé, Dalloz, Paris 1995.

L'importante publication, réalisée par J. Pradel, constitue sans aucun doute un événement de taille dans le droit pénal comparé et ne probablement pas sa pareille dans toute la litterature relative à cette matiere. L'importance de cet ouvrage releve non seulement du fait qu'il se tend sur l'ensemble du droit pénal au sens large du terme - droit pénal matériel, procédure pénale et droit pénal executif, mais aussi de l'ambition de l'auteur qui se veut de couvrir tous les pays du monde. Pour réaliser cette norme tâche, il fallait recueillir, puis analyser nombre de matériaux normatifs, en litterature et en jurisprudence, tout en tenant compte des projets de réformes du droit pénal. Il est cependant clair que l'auteur ne pouvait pas se contenter uniquement de présenter et d'analyser les différentes institutions de droit pénal des différents pays, car les valeurs comparatives d'un tel ouvrage auraient été fort restreintes. Il fallait procéder, et J. Pradel la

fait, à un examen de ces différentes institutions de droit pénal sous langle de leur convergence ou de leur divergence fonctionelle, de leur conformité au modele théorique, reconstruit ou revendiqué, de leur officacité pratiqe dans l'administration de la justice, de la place qu'elles occupent parmi les familles de droit du monde, et enfin, *last but not least,* de leur conformité aux droits de l'homme. L'ouvrage de J. Pradel répond plus au moins à chacune de ces exigences. Qui plus est, nous y trouvons des commentaires portant sur les conditions politiques de droit présentées; ceux-ci sont presents notamment dans les analyses des institutions de droit pénal chinoises (fond culturel et idéologique) et musulmanes (rapport strict avec la religion). Les préférences de J. Pradel vont, à juste titre, vers une approche dynamique des études comparatives en droit, ce qui signifie que l'analyse des institutions de droit tient nécessairement compte de leur développement historique.

Les dimensions de cet article ne permettant pas de faire une présentation détaillée de l'ouvrage de J. Pradel, nous avons procédé a un choix délibéré de themes traités. Dans un premier temps, notre article rend compte de la structure d'ensemble de l'ouvrage. Vient ensuite une présentation plus approfondie des opinions de J. Pradel en matiére de la notion même de droit pénal comparé, des classifications et des caractéristiques des models de droit pénal (autoritaire et libéra;, sans omettre les classifications secondaires) et du probleme de l'unification, de la réception et de l'harmonisation du droit pénal. Bien qu'approuvant l'ensemble des opinions de J. Pradel, nous nous devons néanmoins de mentionner quelques-une qui pretent à la critique (comme p.ex. celles qui rattachent certaines institutions de droit pénal au modele autoritaire ou libéral, ou qui définissent le proces pénal d'europe continentale comme un proces inquisitoire); certaines ont également besoin d'être complétées ou développées (comme p.ex. les opinions sur l'harmonisation du droit pénal en Europe).

Notre appréciation de la l'oeuvre de J. Pradel est extremement favorable. C'est une l'oeuvre riche en connaissances, pleine d'érudition et d'esprit. Faisant preuve de grandes competences dans la recherche, mais en même temps conscient des risques quencourt l'auteur d'une étude comparée, J. Pradel passe librement les frontieres des pays du monde, sans pour autant se perdre dans la multitude des matériaux réunis et analysés. Il a, comme disent les Allemands, *Dursicht und Übersicht.* Ses conclusions sont formulées d'une manière tant équilibrée q'univoque dans un ouvrage qui, pour chaque comparatise, sera certainement une riche source de savoir et d'inspiration.

Keiichi Yamanaka

GEDANKEN ZUM AKZESSORIETÄTSRINZIP

Plädoyer für eine japanische Mindermeinung

I. Unabhängigkeit der Straftatsart und des Strafgrundes

1. Der Bedeutungsgehalt des Begriffs „Akzessorietät"

In der japanischen Strafrechtswissenschaft bildeten bis in die 60er Jahre die „Unabhängigkeitstheorie" und die „Abhängigkeitstheorie" die widerstreitenden Pole der Teilnahmelehre.

-Nach der Unabhängigkeitstheorie muß das Unrecht, die Verantwortlichkeit und die Strafbarkeit der Teilnahme unabhängig von der Haupttat bestimmt werden. Danach ist der Teilnehmer bereits dann strafbar, wenn er versucht anzustiften, selbst wenn der Haupttäter noch nicht mit der Tatausführung begonnen hat.

-Dem entgegengesetzt kann nach der Abhängigkeitstheorie Unrecht, Art der Straftat und eventuell auch Verantwortung und Strafbarkeit des Teilnehmers nur in Abhängigkeit von der Haupttat bestimmt werden.

Nachdem Anfang der 70er Jahre zwei einflußreiche Vertreter der Unabhängigkeitstheorie verstorben waren[1], verlor diese rasch ihre Bedeutung. Die heute in der japanischen Teilnahmelehre überwie-

1. Zwei repräsentative Vertreter der Unabhängigkeitstheorie waren Eiichi Makino (1878-1970) und Kemeji Kimura (1897-1972).

gend vertretene Meinung geht von einer Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat i.S.d. Abhängigkeitstheorie aus.

Schon Anfang der 50er Jahre wurde begonnen, den Begriff der Akzessorietät auf seine möglichen unterschiedlichen Bedeutungen hin zu untersuchen, ihn also nicht mehr nur in einem absoluten Verständnis als Gegenpol zur Unabhängigkeitstheorie zu definieren.[2] Dieser Versuch einer differenzierteren Betrachtung des Akzessorietätsbegriffs fand aber vor dem heftigen Streit zwischen Un- und Abhängigkeitstheorie kaum Zustimmung.[3] Erst in den 70er Jahren, als die Untersuchungen zum Inhalt des Akzessorietätsbegriffs von Hirano wieder aufgegriffen wurden,[4] fand die differenziertere Betrachtungsweise allmählich Eingang in der japanischen Strafrechtslehre.

Ihr zufolge können dem Begriff der Akzessorietät drei Bedeutungen zukommen:

1) Abhängigkeit der Strafbarkeit der Teilnahme von der Tatausführung der Haupttat,

2) Abhängigkeit der Straftatsart der Teilnahme von der Art der Haupttat, und

3) Abhängigkeit der Strafbarkeit der Teilnahme von der Haupttatstrafbarkeit.

Dabei soll nach der Begriffsbestimmung von Ueda und Naka eine Abhängigkeit zwischen Teilnahme und Haupttat nur im ersten Sinne bestehen. Die Bedeutung der Akzessorietät erschöpft sich demzufolge in der These, daß der Teilnehmer nur dann bestraft werden kann, wenn der Haupttäter mit der Tatausführung begonnen hat. Die Art

2. Vgl. Shigemasa Ueda - Kyohan no Kihonmondai (Grundprobleme der Teilnahme), 1952, S. 163.

3. Nur der Schüler Uedas, Naka trat in den 60er Jahren energisch für eine solche differenziertere Betrachtung des Akzessorietätsbegriffes ein. Vgl. z.B. Yoshikatsu Naka - Kansetsuseihan (Die mittelbare Täterschaft), 1963.

4. Ryuichi Hirano - Keiho Soron II, 1975, S. 345.

der Straftat des Haupttäters ist hingegen für die Bestimmung der Straftatart des Teilnehmers ohne Bedeutung. Alle anderen Abhängigkeitserfordernisse seien nicht nur nicht notwendig, sondern sogar irreführend.[5] Im Gegensatz dazu besteht nach Hirano die Akzessorietät zwischen Teilnahme und Haupttat aus einer Abhängigkeit zwischen der rechtlichen Eigenschaft der Teilnahme und der Haupttat.

In diesem Beitrag soll insbesondere die Straftatartunabhängigkeit als Wesenselement der Akzessorietät verdeutlicht und ihre praktischen Konsequenzen aufgezeigt werden. Dabei ist mein Standpunkt im Bezug zu der entsprechenden Mindermeinung in Japan und in Deutschland zu sehen.[6] Intention dieses Beitrages ist es, das theoretische Potential dieser Mindermeinung darzustellen und anhand ihrer praktischen Ergebnisse ihre Vorteile aufzuzeigen.

2. Straftatgemeinsamkeitstheorie und Tatgemeinsamkeitstheorie bei der Mittäterschaft

In diesem Zusammenhang ist auch auf den in Japan zur Mittäterschaftslehre herrschenden Streit zwischen der Straftatgemeinsamkeitstheorie und der Tatgemeinsamkeitstheorie einzugehen. Ersterer zufolge verwirklichen die Mittäter ein und dieselbe Straftat gemeinsam, während die Tatgemeinsamkeitstheorie annimmt, daß die Mittäter verschiedene Straftaten gemeinsam in Mittäterschaft begehen. Sieht man diesen Streit vor dem Hintergrund der oben dargestellten differenzierten Betrachtungen zur Akzessorietät der Teilnahme, so muß festgestellt werden, daß es auch bei diesem Streit um

5. Demgemäß bestimmen sie die Art der Straftat des Teilnehmers unabhängig von der Haupttat, konsequent ihrer Prämisse folgend, daß der Teilnehmer nur wegen von ihm selbst verwirklichten Unrecht strafbar ist.

6. Die in diesem Beitrag dargestellte Auffassung kann nicht unverändert auf das deutsche Strafrechtssystem angewendet werden, weil hier die §§ 26 ff. StGB entgegenstehen. Z.B. ist die Anstiftung zum Fahrlässigkeitsdelikt im deutschen Strafrecht wegen § 26 nicht möglich. vgl. aber die in Deutschland von Lüderssen vertretene - in die gleiche Richtung zielende - Auffassung: Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 119 ff.

nicht anderes als die Un- oder Abhängigkeit der Straftatsart der Beteiligung (hier: der Mittäterschaft) von derjenigen der Haupttat geht.

Beispiel: A schlägt die C (mit Raubvorsatz) nieder und B nimmt ihr (mit Diebstahlsvorsatz) gemäß des mit A vereinbarten gemeinsamen Tatplanes die Brieftasche weg.

Im Sinne der Straftatgemeinsamkeitstheorie haben A und B gemeinsam, je nachdem ob man der partiellen oder der vollständigen Straftatgemeinsamkeitstheorie folgt, einen Raub oder einen Diebstahl begangen. Da nach der Tatgemeinsamkeitstheorie die Täter verschiedene Straftaten gemeinsam begehen können, hätte A gemeinsam mit B einen Raub begangen und B zusammen mit A einen Diebstahl. Nach dieser Lehre ist es also möglich, daß die Täter *verschiedene eigene* Straftaten gemeinsam begehen, soweit die Täter den Kausalverlauf zu den Tatbestandsverwirklichungen gemeinsam beherrschen. Aus der Bezeichnung dieser Lehre als „Tatgemeinsamkeitstheorie" darf jedoch nicht gefolgert werden, daß lediglich eine Gemeinsamkeit der bloßen - gesetzlich unwichtigen - natürlichen Handlung erforderlich sei. Entscheidend ist vielmehr eine Gemeinsamkeit der (verschiedenen Straf-) tatbestandlichen Handlungen.[7]

Die in Japan vorherrschende Meinung ist die Straftatgemeinsamkeitstheorie, die aber auch von der h.M. nicht mehr in ihrer reinen Form vertreten wird.[8] So ist heute gemeinhin anerkannt, daß, wenn sich die verschiedenen Tatbestände auf einen gemeinsamen Grundtatbestand zurückführen lassen, oder es einen tatsächlich übereinstimmenden Teil zwischen den beiden Tatbeständen gibt, auch verschiedene Straftaten im Bereich des Grundtatbestandes, bzw. des überein-

7. Wörtlich übersetzt ist der Begriff „Handlungsgemeinsamkeitstheorie" zutreffender. Teilweise wird auch der Begriff „Tatsachengemeinsamkeitstheorie" verwandt.

8. Dando und Otsuka vertreten in ihrer Straftatgemeinsamkeitstheorie noch den Urtypus dieser Lehre.

stimmenden Tatbestandes gemeinsam in Mittäterschaft verwirklicht werden können.

Beispiel: A und B verprügeln gemeinsam den C. B will den C jedoch im Gegensatz zu A von Anfang an töten.

Nach der partiellen Straftatgemeinsamkeitstheorie haben A und B gemeinsam eine Körperverletzung in Mittäterschaft begangen, B darüber hinaus einen Totschlag in Alleintäterschaft. Nach der vollständigen Straftatgemeinsamkeitstheorie haben A und B gemeinsam einen Totschlag begangen. A wird jedoch nach §38 Abs. 2 nur wegen Körperverletzung zur Verantwortung gezogen. Nach dieser Regelung wird derjenige, der bezüglich der schwereren Straftat keinen Vorsatz hat, nicht nach der schwereren Tat bestraft. Diese Lösungen sind schon theoretisch nicht klar und auch nicht praktikabel.

Dagegen bestimmt sich nach der Tatgemeinsamkeitstheorie, jedenfalls soweit es die kausalen und tatsächlichen Gemeinsamkeiten zwischen den Beteiligten gibt, die Strafbarkeit jedes Mittäters jeweils aus der Sicht des einzelnen. Für diese Auffassung spricht auch, daß sie sich besser in das Konzept der individuellen Verantwortungszurechnung des modernen Strafrechts einfügt.[9]

3. Unabhängigkeit von der Straftatart des Haupttäters

Wie oben bereits angedeutet, ist die Art der Teilnehmerstraftat nach der Straftatartunabhängigkeitstheorie unabhängig von der Straftatart des Haupttäters.

9. Dando kritisiert diese Theorie gerade mit dem Argument, daß sie auf der modernen Schule und dem individuellen Verantwortungsprinzip fuße. (Dando, Keiho Koyo Soron, Grundzüge des Strafrechts AT, 1991, S. 390 f.). Er argumentiert, man müsse auch zwischen Täter und Anstifter, bzw. Gehilfe die Mittäterschaft bejahen, wenn man dieser Theorie folgt. Denn es sei auch möglich, nicht nur die „Haupttat", sondern auch die Teilnahmehandlung als gemeinsam verwirklicht anzusehen. Dando geht dabei aber von einem falschen Verständnis dieser Theorie aus. Mit der „Tat" ist auch hier die „Straftat", im Fall der Mittäterschaft die „Haupttat" gemeint. Der Unterschied liegt darin, daß verschiedene Tatbestände erfüllt worden sein können.

Beispiel:[10] X will durch Y den A töten. Der X gibt dem Y eine Ampulle und erklärt ihm es sei ein Brechmittel, das er dem A geben solle, um ihm eins auszuwischen. In Wirklichkeit handelt es sich dabei aber um ein tödliches Gift. Y gibt A das Mittel, woraufhin dieser stirbt.

Nach der herrschenden Meinung soll X wegen Mord in mittelbarer Täterschaft bestraft werden, da er den Y kraft Irrtums in seiner Handlung beherrscht hatte. Zu diesem Ergebnis kommt die h.M. eher aus dem theoretischen Resultat des Akzessorietätsprinzips. X kann nämlich nicht wegen Anstiftung zum Mord bestraft werden, weil die Straftatsart des Haupttäters, d.h. des Y, Körperverletzung ist und die Straftatsart des Teilnehmers nach dem herrschenden Verständnis des Akzessorietätsbegriffs von der des Haupttäters abhängig ist.

Andererseits wäre das daraus folgende Ergebnis, den X nur wegen Anstiftung zur Körperverletzung zu bestrafen, praktisch unerträglich, da der Tötungsvorsatz des X unberücksichtigt bliebe. Deshalb wird die mittelbare Täterschaft als Nothilfe herangezogen. Die theoretische Begründung der mittelbaren Täterschaft kann jedoch nicht überzeugen. Y ist weder ein Werkzeug, noch hat X Willensherrschaft. Als der Y von X angestiftet wurde, kannte er lediglich die heimliche Absicht des X nicht, den A mit seiner Hilfe töten zu wollen. Hätte X den heimlichen Mordvorsatz nicht gehabt und dem Y wirklich nur ein Brechmittel gegeben, so wäre er ohne weiteres wegen Anstiftung zur Körperverletzung bestraft worden. Stellt man nur auf die Motivation des Y zur Körperverletzung ab, so gibt es aus der Sicht der normativen Bewertung keinen Unterschied zwischen den beiden Konstellationen.

10. Vgl. Ueda, a.a.O. (Anm. 2), S. 28; ders., Keiho Yosetsu Soron (Kurzlehrbuch des Strafrechts AT), 1964, S. 154 f.; Naka, Kojutsu Hanzai Soron (Allgemeine Lehre vom Verbrechen), 1980, S. 223 f.

Als Kriterium dafür, ob der Vordermann das Werkzeug ist oder nicht, wird darauf abgestellt, ob der Vordermann bei seinem Entschluß zur Tatausführung eigene „normative Schranken"[11] verletzt hat oder nicht. Da Y sich hier vorsätzlich zur Körperverletzung des A entschieden hat, kann nur angenommen werden, daß er selbst „normative Schranken" verletzt hat. Demnach käme er nicht als Tatwerkzeug in Frage, sondern müßte selbst als Haupttäter angesehen werden. Ersichtlich ist auch, daß in diesen Fällen der Hintermann keine Willensherrschaft über den Vordermann hat, da X den Willen des Y zur Körperverletzung nicht beherrschen konnte!

Die theoretisch konsequente und vom Ergebnis her richtige Lösung wäre, den X wegen Anstiftung zum Mord zu bestrafen. Dies würde die Tatgemeinsamkeitstheorie ermöglichen.

4. Strafgrund der Teilnahme

Wie in Deutschland, so stehen sich auch in Japan die reine Verursachungstheorie, die modifizierte Verursachungstheorie und als eine, aus der Sicht der limitierten Akzessorietät, modifizierte Form der Schuldteilnahmetheorie, die Unrechtsteilnahmetheorie, gegenüber.

Da nach der Unabhängigkeitstheorie die Strafbarkeit des Teilnehmers gänzlich unabhängig von der des Haupttäters sein soll, der Teilnehmer also völlig eigenständig zu bestrafen ist, muß für diese der Strafgrund der Teilnahme in der Mitverursachung der Haupttat durch eine eigene Tathandlung liegen. Dies kommt der sog. reinen Verursachungstheorie sehr nahe, nach der die Akzessorietät „rein faktische Natur" hat. Die Haupttat braucht nicht eigentlich tatbestandsmäßig und rechtswidrig im Sinne eines normierten Straftatbestandes zu sein.

11. Dies ist auch der Schlüsselbegriff der von Ueda und Naka vertretenen Auffassung. Ueda, a.a.O. (Anm. 2), S. 80 f.; Naka, a.a.O. (Anm. 9), S. 229 f.

Nach der hier vertretenen Auffassung, daß der Teilnehmer nur bestraft werden kann, wenn die Haupttat strafbar ist, aber die Art der Strafbarkeit des Teilnehmers unabhängig von der des Haupttäters sein soll, muß der Strafgrund der Teilnahme jedoch anders bestimmt werden. Der Teilnehmer macht sich durch seine Handlungen strafbar, nicht weil er eine bloße unrechtmäßige Tat mitverursacht, wie es die reine Verursachungstheorie annimmt, sondern weil er eine unrechtmäßige und „strafwürdige" Tat mitverursacht hat.

Die Haupttat muß gesetzlich verpönt sein, der Haupttäter muß gesetzlich normierte Schranken verletzt haben, damit man den Teilnehmer wegen der Mitverursachung einer Straftat zur Verantwortung ziehen kann.

Im Ergebnis bedeutet dies z.B., daß der Anstifter des fahrlässigen Selbstmörders oder des fahrlässigen Sachbeschädigers, entgegen der in der japanischen Strafrechtswissenschaft vertretenen reinen Verursachungstheorie[12], als mittelbarer Täter strafbar ist, da die Haupttat unrechtmäßig, aber nicht „strafwürdig" ist.

Meine Auffassung unterscheidet sich also dadurch von der reinen Verursachungstheorie, daß der Strafgrund der Teilnahme nicht in der Verursachung der „rein faktischen Haupttat", sondern in der Verwirklichung einer eigenen strafbaren Handlung, nämlich der Mitverursachung des strafwürdigen Unrechts.

II. Die mittelbare Täterschaft

1. Strafwürdige normative Schranken

Ob ein Tatbeitrag als mittelbare Täterschaft oder Teilnahme gewertet werden muß, hängt davon ab, ob durch ihn eine normative Schranke verletzt wurde. Soweit bereits der unmittelbar Handelnde

12. Nach ihr ist die Anstiftung zum fahrlässigen Selbstmord oder zur fahrlässigen Sachbeschädigung auch als Anstiftung strafbar, obwohl die Haupttat an sich nicht strafbar ist. Vgl. Chihiro Saeki, Kyohanron no Genryu (Die Quelle der Teilnahmelehre), 1987, S. 116.

durch seine Tat normative Schranken verletzt hat, gibt es keinen Raum für die Annahme einer Tatherrschaft des Hintermannes. Normative Schranken bedeuten, daß der unmittelbar Handelnde, wenn er sich zur Tat entschließt, die vom Gesetz aufgestellte Handlungsbeschränkung durchbrechen muß. Hat der Vordermann den Vorsatz, irgendeine Straftat zu begehen, so stehen ihm in der Regel diese normativen Schranken entgegen. Fraglich ist jedoch, ob deren Durchbrechung gleichzeitig eine Verwirklichung von strafwürdigem Unrecht darstellen muß. Nach der von Ueda und Naka vertretenen Straftatartunabhängigkeitstheorie genügt jede Durchbrechung irgendeiner normativen Schranke, um den Tatbeitrag eines anderen zur Haupttat als Teilnahme zu qualifizieren (vgl. o.). M. E. muß die Haupttat aber nicht nur die Durchbrechung einer normativen Schranke darstellen, sondern darüber hinaus die Verwirklichung von strafwürdigem Unrecht bedeuten. Ich möchte dies an einigen Beispielen verdeutlichen:

a) Der erste Fall soll die Frage klären, ob das leichtfertige Opfer irgendwelche normativen Schranken verletzt, bzw. einen Straftatbestand erfüllt.

Beispiel: A bittet den B, für ihn kurz ein Stück Draht zu halten. Er verschweigt dem B jedoch, daß es sich um eine unter Spannung stehende, Starkstromleitung handelt. B erhält einen elektrischen Schlag und stirbt.

In diesem Fall hat das Opfer keine normative Schranke verletzt.[13] Die Tat, die B begangen hat, erfüllt keinen Straftatbestand. Es gibt auch keine (Rechts-) Norm, die es verbietet, sich selbst leichtfertig zu töten. Ergebnis: A ist mittelbarer Täter einer Tötung.

b) Ein weiteres Problem stellt die Frage dar, inwieweit die quantitative bzw. qualitative Geringfügigkeit der Straftat irgendeine Rolle für die Beurteilung der Schrankenverletzung spielt.

13. Vgl. Ueda, a.a.O. (Anm. 2), S. 81

1. Beispiel: A stiftet den B an, das Bild des C zu verunstalten. Er erklärt ihm, es handele sich bei dem Bild um eine wertlose Kopie. In Wirklichkeit handelt sich bei dem Bild aber um ein sehr wertvolles Gemälde.

2. Beispiel: A stiftet den B an, Löcher in eine fremde Mülltonne zu schießen. Er verschweigt ihm jedoch, daß in der Mülltonne der Landstreicher X sitzt und schläft. X kommt durch die Schüsse des B ums Leben.

In beiden Beispielen hat der Vordermann jeweils normative Schranken, die auch strafgesetzlich vertypt sind, verletzt. Hier drängt sich die Frage auf, warum es keine Rolle spielen soll, daß das qualitative und quantitative Ausmaß der Schrankenverletzung des Vordermannes eklatant von der des Hintermannes abweicht.

Dem Umfang der Schrankendurchbrechung kann jedoch im hier behandelten Zusammenhang keine Relevanz zukommen. Es geht nur um die Feststellung, ob der Täter strafwürdig ihm gesetzte normative Schranken durchbrochen hat. Nur der vermeintlichen Verwirklichung strafwürdigen Unrechts - nicht hingegen dem was, wie, wieviel, u.s.w. - kommt Relevanz zu.[14]

Soweit der Täter also selbst durch eine strafwürdige Handlung normative Schranken durchbricht, kann er nicht Werkzeug eines mittelbaren Täters sein. Der Hintermann kann daher nur als Anstifter bestraft werden.

14. Durch das zusätzliche Erfordernis der Strafwürdigkeit der Durchbrechung einer normativen Schranke, weiche ich von der von Ueda und Naka vertretenen Meinung (vgl. o.) ab. Es gibt keinen Straftatbestand für fahrlässigen Selbstmord. Auch wenn der fahrlässige Selbstmord unrechtmäßig wäre, so ist er doch nicht strafwürdig. Das Kriterium der „Strafwürdigkeit" wurde auch in den Untersuchungen von Ueda schon berücksichtigt. (Siehe Ueda, a.a.O. (Anm. 2), S. 81).

Für den Vordermann ist zu klären, inwieweit der fahrlässige Sachbeschädiger normative Schranken verletzt.[15] Gem. § 261 StGB ist die vorsätzliche Sachbeschädigung unter Strafe gestellt, die fahrlässige Sachbeschädigung hingegen nicht. Dazu muß die grundsätzliche Frage geklärt werden, ob der fahrlässig handelnde Vordermann noch Täter ist, der Hintermann also überhaupt Anstifter sein kann.

Beispiel: Arzt A will den Tod des ihm schon lange lästigen Patienten P. Er beauftragt die Krankenschwester K, dem Patienten P ein Vitaminpräparat zur Stärkung zu geben. Er nennt ihr den Namen des zu verabreichenden Vitaminpräparats und gibt ihr eine Ampulle. In der Ampulle befindet sich jedoch ein für P tödliches Gift. A weiß daß K niemals - wozu sie eigentlich verpflichtet wäre - überprüft ob sie auch das richtige Präparat bekommen hat. Er läßt daher das Etikett auf der Ampulle unverändert. K verabreicht dem P das Gift, ohne sich nochmals zu vergewissern, was sie ihm eigentlich gibt. P stirbt durch das Gift.

Nach der herrschenden Meinung müßte die fahrlässig handelnde Krankenschwester als Werkzeug des Arztes qualifiziert werden, der Arzt wäre also mittelbarer Täter. Aber hat die K nach den aufgestellten Kriterien eine normative Schranke strafwürdig verletzt? Die Krankenschwester hat gegen die strafrechtlich vertypte Norm, niemanden fahrlässig zu töten verstoßen, indem sie den Patienten sorgfaltspflichtwidrig getötet hat. Bei sorgfaltsgemäßem Verhalten, hätte sie den durch ihre Handlung verursachten Tod vorhersehen und vermeiden können. In diesem Fall ist sie kein Werkzeug.

Anders verhält es sich, wenn sie nicht sorgfaltspflichtwidrig gehandelt hat. Wenn der A also das Etikett auf der Ampulle ausge-

15. Die fahrlässige Tat des Vordermannes ist tatbestandsmäßig und rechtswidrig, wenn man keinen Tatbestandsvorsatz oder keine tatbestandsmäßige Fahrlässigkeit bejaht. Nach dieser Theorie ist jedoch das Unrecht des Teilnehmers vom Unrecht des fahrlässigen Täters abhängig. Da es aber keinen Tatbestand für die fahrlässige Sachbeschädigung gibt, fehlt es an der Strafwürdigkeit.

tauscht und K sich durch einen Blick auf das Etikett versichert hätte, ob sie dem P auch wirklich ein Vitaminpräparat gibt. In diesem Fall konnte sie nicht merken, daß sie dem P ein tödliches Gift gibt, sie hat nicht fahrlässig gehandelt. Danach hat sie auch keine normative Schranke in strafwürdiger Weise verletzt.

Festzuhalten bleibt, daß der fahrlässig handelnde Vordermann durchaus Täter und dessen Hintermann Anstifter im strafbaren Sinne sein kann.

Der fahrlässige Sachbeschädiger hingegen kann mangels strafbaren Unrechts nicht Vordermann für eine strafbare Anstiftung des Hintermannes sein. Seine Handlung ist nicht strafwürdig, er verwirklicht kein strafwürdiges Unrecht zu dem der Hintermann strafbar angestiftet haben könnte.

c)Verwirklicht der Vordermann durch ein und dieselbe Handlung eine vorsätzliche und eine fahrlässige Tat, so kommt in der Regel nur der vorsätzlichen Relevanz zu.

Beispiel:[16] A gibt dem B einen Revolver, der so umgebaut wurde, daß die Kugel nicht vorne aus dem Lauf kommt, sondern nach hinten herausschießt. Er beauftragt den B, mit diesem Revolver den C zu erschießen. Der B führt dies auch aus, zielt auf den C, drückt ab und erschießt sich selbst.

Die Handlung des B ist einerseits der Versuch einer vorsätzlichen Tötung des C, andererseits ein fahrlässiger Selbstmord, der nicht strafbar ist (s. o.). In diesem Fall standen dem B jedoch strafrechtlich normierte Schranken entgegen, die es ihm verboten hätten, den C zu töten. Diese Schranken hat B durch den Entschluß, C zu töten und das Auslösen des Revolvers verletzt. Dies genügt um den A wegen Anstiftung zum vollendeten Mord zu bestrafen.

16. Vgl. Makoto Ida, Hanzairon no Genzai to Mokutekikoiron (Moderne Verbrechenslehre und finale Handlungslehre), 1995, S. 179

2. Das Werkzeug bei der mittelbaren Täterschaft

a) Der mittelbare Täter muß ebenso wie der unmittelbare Täter Inhaber der Tatherrschaft sein. Diesbezüglich gibt es keine Sonderregelungen für die mittelbare Täterschaft. Der Täter muß das Tatgeschehen ohne eine dazwischenstehende Person, die sich selbstverantwortlich entscheiden kann, beherrschen. Die herrschende Meinung erweitert bei der mittelbaren Täterschaft fälschlicherweise den Umfang des Täterschaftsbereiches.

Der Hintermann des fahrlässig handelnden unmittelbaren Täters ist nicht mittelbarer Täter, sondern Anstifter. Die Vertreter der herrschenden Meinung werden dem entgegensetzen, daß es keine Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikt geben könne. Denn die Anstiftung bedeute per Definition die Verursachung des *Vorsatzes* zur Verwirklichung eines Straftatbestandes. Die Intention des Anstiftenden ist es aber, beim Täter den Entschluß zu einer Handlung hervorzurufen, durch die eine tatbestandsmäßige Straftat verwirklicht wird. Davon umfaßt wird auch der Entschluß zu einer Handlung, durch die der Straftatbestand eines Fahrläßigkeitsdelikts erfüllt wird.[17]

b) Schwer zu lösen ist das Problem des sog. qualifikationslosen dolosen Werkzeuges. Nach der herrschenden Meinung ist, in Fällen, in denen der qualifizierte Hintermann einen qualifikationslosen, vorsätzlich handelnden Vordermann benutzt, der Hintermann mittelbarer Täter und der Vordermann dessen Gehilfe. Die hier vertretene Auffassung kommt zu dem Ergebnis, daß der Hintermann Anstifter und der Vordermann Täter ist.[18] Problematisch ist hier aber, zu welcher Straftat der Anstifter angestiftet hat. Die herrschende Meinung führt dies auch als Argument gegen die hier vertretene Meinung aus. Sie

17. So auch Minoru Nomura, Keiho Soron (Strafrecht AT), 1990, S. 384

18. Chihoro Saeki, Keiho Kogi Soron (Vorlesung Strafrecht AT), 1968, S. 358. Er vetritt die Auffassung, daß der Nicht-Beamte Täter, der Beamte Anstifter ist.

kritisiert, daß es demnach zu einer *Teilnahme ohne Täterschaft* kommt. Diese Frage soll nunmehr untersucht werden.

3. Teilnahme ohne Täterschaft

Beispiel: Der Beamte A veranlaßt den Nicht-Beamten B, der alle Umstände kennt, für ihn von C Bestechungsgelder zu empfangen.

B ist auch nach der hier vertretenen Meinung Gehilfe des A, insofern besteht kein Unterschied zur herrschenden Meinung. Wenn man aber nun, wie oben ausgeführt, den A nicht als mittelbaren Täter sondern als Anstifter qualifiziert, wo ist dann der Täter, dem der B geholfen hat? Stellt dies eine Teilnahme ohne Täterschaft dar?[19]

In § 62 des japanischen StGB ist die Strafbarkeit der Beihilfe folgendermaßen geregelt: „Derjenige, der dem Täter Hilfe geleistet hat, wird als Gehilfe bezeichnet." In unserem Fall hat der B nicht einem „Täter" Hilfe geleistet, sondern nur dem Anstifter. Deshalb wird argumentiert, daß es unmöglich sei, das qualifikationslose dolose Werkzeug als Gehilfe zu bezeichnen, wenn man den Hintermann als Anstifter qualifiziert.[20] Gem. § 65 Abs. 1 des japansichen StGB ist jedoch eine Beteiligung an *Straftaten*, die nur von qualifizierten Tätern begangen werden können, auch dann als Teilnahme anzusehen, wenn der Teilnehmer selbst die Qualifikation in seiner Person nicht erfüllt.[21] Der Gesetzgeber hat hier bewußt den offenen Begriff der Beteiligung an *Straftaten* verwendet. Wendet man die Vorschrift auf unseren obigen Fall an, so kommt man ohne Schwierigkeiten zu der Gehilfeneigenschaft des B, auch wenn man A als Anstifter qualifi-

19. Außer Ueda und Naka vgl. auch Nomura, a.a.O. (Anm. 15), S. 409.

20. Akira Morii kritisiert die Auffassung Nakas mit dieser Begründung. Akira Morii, Kansetsuseihan, in: Festschrift für Yoshikatsu Naka zum 70. Geburtstag (Keihoriron no Tankyu), 1992, S. 300.

21. Schon früher hat Ueda darauf hingewiesen, daß in dieser Konstellation auf § 65 I zurückgegriffen werden kann. Ueda - Kurzlehrbuch, S. 248; ders., Kyohanronjo no Shomondai (Probleme der Teilnahmelehre), 1985, S. 70 f.

ziert. Denn B hat sich an einer Straftat des A, nämlich der Anstiftung beteiligt. § 65 Abs. 1 ist also so aufzufassen, daß er ausnahmsweise bei den Sonderdelikten die Teilnahme ohne Täterschaft regelt. Das bedeutet, daß der Inhalt des Akzessorietätsbegriffs bei den Sonderdelikten modifiziert wird: Die Strafbarkeit des Teilnehmers hängt nicht von der Tatausführung des Täters, sondern nur von den erfüllten Straftaten ab. Dabei ist die Form der Beteiligung - ob Täterschaft oder Teilnahme - ohne Bedeutung.

Wenn man diese Erkenntnis jetzt wieder auf den obigen Beispielsfall überträgt, so beteiligt sich der A an der Beihilfe des B, die die Straftat darstellt. Als Beteiligungsform kommt für A nur die Anstiftung in Frage. Der Angestiftete B leistet dem Anstifter A durch Ausführung des Angesonnenen Beihilfe. Bei Vorliegen der Täterqualifikation in der Person des B, käme man hier natürlich zur Täterschaft des B.

Bisher wurde im Zusammenhang mit dieser Auffassung ausschließlich auf die „Relativität des normativen Bezugs" abgestellt[22] und die Tat des Vordermannes (normativer Bezug) immer vom Standpunkt des Hintermannes betrachtet (Relativität) - m.a.W: zwischen Hintermann und Tat gibt es keinen direkten Bezug. Diese Ansicht kann jedoch nicht in jedem Fall richtig sein. Ihr folgend müßte man den Inhalt der Tatausführung aus der Sicht des Hintermannes erheblich erweitern. Zieht man dazu das Beispiel des fahrlässigen Selbstmörders (vgl. o.) heran, so kommt man durch eine uneingeschränkte Anwendung des Prinzips der „Relativität des normativen Bezugs" zum Ergebnis, daß der Hintermann zwar nicht unbedingt Täter (s.o.), aber Anstifter sei. Stellt man hier nur auf die „Relativität des normativen Bezugs" ab, so kann dieses Ergebnis nicht widerlegt werden. Nach materiellen Gesichtspunkten muß die „dazwischenste-

22. Ueda, a.a.O. (Anm. 2), S. 91; Saeki, a.a.O. (Anm. 16), S. 357, Fn. 2.; Vgl. Hidenaga Miyamoto, Hieho Taiko (Grundzüge des Strafrechts AT), 1935, S. 55.

hende" Tat jedoch strafwürdig sein (vgl. o.). Mit dieser Betrachtung muß bei dieser Fallkonstellation eine Qualifikation des Hintermannes als Anstifter ausgeschlossen werden. Im Regelfall muß der Anstifter den anderen diese Straftat „begehen" lassen (§ 61 japanisches StGB).

Anders jedoch bei den Sonderdelikten. Hier regelt § 65 Abs. 1 des japanischen StGB die Ausnahme, daß die „Straftat", die auch in einer Teilnahme liegen kann, als akzessorische Tat angesehen werden kann. Insoweit fordert das Akzessorietätsprinzip nicht die Abhängigkeit der Teilnahme von der Tatausführung des Täters, sondern die Abhängigkeit der Teilnahme von der Strafwürdigkeit der Haupttat.

III. Die Mittäterschaft

1. Theoretische Grundlagen

Die hier vertretene Tatgemeinsamkeitstheorie (s.o.) setzt die Verursachungstheorie voraus. Bei dieser wird, wie oben dargestellt, die strafrechtliche Handlung des einzelnen Teilnehmers durch seinen zurechenbaren (kausalen) Beitrag zur Tatbestandsverwirklichung des Täters begründet. Der Beteiligte wird nicht deswegen verantwortlich gemacht, weil er gemeinsam mit anderen eine Straftat verwirklicht hat, sondern weil er persönlich zur Tatbestandsverwirklichung beigetragen und sich die Taten der anderen Beteiligten zu nutze gemacht hat. Eine gegenseitige Zurechnung der einzelnen Tatbeiträge, um bei jedem Beteilgten die Verwirklichung des gesamten Straftatbestandes erfüllt sehen zu können, bedarf es daher nicht. Jedem Beteiligten wird nur sein eigener Tatbeitrag zugerechnet. Die Theorie geht daher von einer sehr individuellen Betrachtungsweise des Teilnahmegeschehen aus.

2. Sukzessive Mittäterschaft

Als sukzessive Mittäterschaft soll hier nur die Fallkonstellation angesehen werden, bei der sich ein bisher Unbeteiligter an der schon von einem oder mehreren anderen begonnenen, aber noch nicht beendeten Tatbestandsverwirklichung beteiligt.

Beispiel: A hat den C mit der Absicht niedergeschlagen, ihn auszurauben. Nachdem der C bewußtlos am Boden liegt, kommt der B, der das Geschehen heimlich beobachtet hat, hinzu und nimmt dem C gemeinsam mit A die Brieftasche und andere Wertgegenstände weg.

Nach der Straftatgemeinsamkeitstheorie hat sich auch der B neben A eines Raubes in Mittäterschaft strafbar gemacht. Dieses Ergebnis wird damit begründet, daß der Nachbeteiligte dadurch, daß er später mitmacht, den gesamten Tatplan des Vorbeteiligten mittragen will und ab dem Zeitpunkt des Hinzukommens, den Tatplan auch gemeinsam mit dem Vorbeteiligten ausführt. Der Nachbeteiligte wird so behandelt, als ob er von Anfang an einen gemeinsamen Tatplan mit dem Vorbeteiligten gehabt und ihn gemeinsam mit diesem ausgeführt hätte.[23]

Diese Lösung erscheint jedoch ungerecht. In unserem Fall hat der B selbst ja keine Gewalt ausgeübt. Das sich zu „nutze" machen des bereits Geschehenen bedeutet jedoch keine kausale Verursachung vom dem, was schon geschehen ist. Würde man jeweils nur die durch die Täter selbst verwirklichten Handlungen für die Bestimmung der Strafbarkeit heranziehen, so dürfte man nur den A wegen Raubes bestrafen, den B hingegen nur wegen Diebstahls. Nach dem allgemeinen Verständnis von Mittäterschaft ist es jedoch theoretisch unmöglich, dem einen Mittäter die eine und dem anderen Mittäter eine andere Straftat anzulasten. Auch ist es nach der Straftatgemeinsamkeitstheorie nicht erlaubt, ein zusammengesetztes Delikt wie den Raub einfach aufzuspalten. Der Raub darf demnach nicht in ein Gewaltanwendungs-/Drohungsdelikt und einen Diebstahl aufgespalten werden. Dies basiert auf der Prämisse, daß die Mittäterschaft ein und dasselbe Delikt für die beteiligten Täter voraussetzt.

23. Vgl. Dando, a.a.O., S. 392 f.; Otsuka, a.a.O., S. 258; Oya, a.a.O., S. 437 f.

Die Tatgemeinsamkeitstheorie käme hier hingegen zum Ergebnis, daß der A sich wegen Raubes in Mittäterschaft und der B sich wegen Diebstahls in Mittäterschaft verantworten muß.

Nun könnte natürlich entgegengesetzt werden, daß die Konstruktion der Mittäterschaft durch die Tatgemeinsamkeitstheorie überflüßig gemacht werde, wenn man jeden Beteiligten eigenständig bestrafen kann. Die Konstruktion der Mittäterschaft ist aber auch für die Tatgemeinsamkeitstheorie unverzichtbar. Dies verdeutlicht eine Abwandlung des Beispiels: Der A nimmt dem C, nachdem er ihn niedergeschlagen hat und der B gekommen ist, selbst nichts weg. Er dreht den C lediglich so zur Seite, daß der B die Brieftasche leichter entnehmen kann.

Hier ist der A obwohl er selbst keinen vollständigen Diebstahl verwirklicht hat, wegen vollendeten Raubes zu bestrafen und nicht nur wegen Körperverletzung. Die Mittäterschaftskonstruktion hat hier also nach wie vor die Funktion, gemeinsame Handlungen verbinden zu können. Es wird nur stärker auf die individuell verwirklichten Straftatbestände abgestellt.

3. Die einseitige Mittäterschaft

Die herrschende Lehre fordert für die Begründung von Mittäterschaft einen gemeinsamen Tatplan aller Beteiligten. Bezüglich der relevanten Punkte der Straftatbestandsverwirklichung muß zwischen den Tätern *Willensübereinstimmung* vorhanden sein. Geht man aber von der oben bereits dargestellten individuellen Betrachtungsweise der Tatgemeinsamkeitstheorie aus, so benötigt man ein solches Willensmoment nur, um die strafrechtliche Verantwortung der einzelnen Tatbeteiligten zu begründen.[24]

24. Außer Ueda und Naka bejaht neuerdings auch Yoshihisa Okoshi die einseitige Mittäterschaft: Kyohanro Saiko (Neue Betrachtung der Teilnahmelehre), 1989, S. 78 ff., 84; vgl. dazu auch Keiichi Yamanaka, Probleme der Teilnahmelehre in: Keihoriron no gendaiteki Kadai (Soron) II, Hrsg. v. Nishida u. a., S. 199 (209). Interessant ist, daß die neueren Vertreter

Beispiel:[25] A hat vor, den C zu berauben. Er bedroht deshalb C mit den Fäusten und erklärt ihm, daß er ihn niederschlagen werde, wenn er ihm nicht sein Geld gäbe. C ist jedoch im Gegensatz zu A von großer kräftiger Statur und könnte sich gegen A leicht wehren. Er händigt ihm sein Geld aber dennoch aus, denn in einiger Entfernung sieht er - wovon A nichts weiß - den B mit einem Gewehr auf ihn zielen und weiß, daß B ihn erschießen wird, wenn er A sein Geld nicht gibt.

Bezüglich des A kommen hier sowohl die Strafttat- als auch die Tatgemeinsamkeitstheorie zum gleichen Ergebnis. Da A nichts von der Handlung des B weiß, handelt er nur als Alleintäter. Anders hingegen beim B:

- Nach der herrschenden Meinung handelt auch dieser als Alleintäter, denn zwischen A und B bestand objektiv kein gemeinsamer Tatplan.

- Nach der Tatgemeinsamkeitstheorie darf jedoch nur auf den individuellen Willen des B abgestellt werden, so daß es irrelevant ist, ob dieser mit dem der anderen Beteiligten korrespondiert. Nur die Handlungen müssen gemeinsam ausgeführt worden sein, der Wille kann nur subjektiv beim einzelnen bestimmt werden.

B beobachtete das Geschehen und beschließt dem A zu helfen, sich also an dessen Tat zu beteiligen. Er erklärt durch sein „Einsteigen" in den Tatvollzug sein Einverständnis mit dem Tatplan des A. Er nutzt den Tatbeitrag des A für seine eigene Handlung, und übernimmt damit auch die Mitverantwortung für das Gesamtgeschehen. Es bestehen zwar keine „korrespondierenden Willenserklärungen"

---

der Tatgemeinsamkeitstheorie dazu tendieren, die Konstruktion einer einseitigen Mittäterschaft abzulehnen. Vgl. Hiroshi Kawabata, Keiho Soron Kogi (Vorlesung Strafrecht AT), 1995, S. 534; Nomura, a.a.O., S. 392. Es ist jedoch m.E. fraglich, ob diese Auffassung ein richtiges Verständnis der Tatgemeinschaftstheorie wiederspiegeln kann.

25. Vgl. Ueda, Kyohanronjo no Shomondai, S. 253 f.

zwischen A und B bezüglich eines gemeinsamen Tatplanes, der B drückt aber durch sein Handeln den Willen aus, sich an der Tat des A zu beteiligen.

Voraussetzung für eine so verstandene einseitige Mittäterschaft ist demnach, daß der Mittäter einen Teil der Tatausführung begeht und auf den Tatbeitrag des oder der anderen Täter einen dynamisch-kausalen Einfluß ausgeübt hat. Deshalb kann als Mittäter nicht qualifiziert werden, wer bei einem Raub, der von anderen verübt wurde, von den anderen unbemerkt, dem Opfer einen Geldbeutel wegnimmt und damit verschwindet.[26] Denn dieser hat die eigentliche Handlung, die den Straftatbestand des Raubes erfüllt, nicht gemeinsam mit den anderen verübt. Er hat weder einen Tatbeitrag zur Gewaltanwendung geleistet (sukzessive Mittäterschaft), noch hat er durch den Diebstahl einen dynamisch-kausalen Beitrag zum gesamten Geschehen geleistet.

4. Die Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten

Eine Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten ist nach der herrschenden Meinung deshalb nicht möglich, da sie einen gemeinsamen Tatentschluß bei allen Beteiligten verlangt, der bei der Fahrlässigkeit gerade nicht vorhanden sei. Denn das Wesen der Fahrlässigkeit liege gerade in der unbewußten Verwirklichung eines Straftatbestandes.[27] Es sei jedoch unmöglich, im Bereich des Unbewußten zusammenzuwirken.

Diese absolute Ablehnung der Mittäterschaft hat aber heute auch innerhalb der Vertreter der Straftatgemeinsamkeitstheorie eine Modifikation erfahren. Nicht wenige vertreten neuerdings die Auffassung, daß es auch bei Fahrlässigkeitsdelikten Mittäterschaft geben könne.

26. Minoru Oya, Keiho Kogi Soron (Vorlesung über das Strafrecht AT), 4. Aufl., 1994, S. 441 führt dieses Beispiel fälschlicherweise als einen Fall von einseitiger Mittäterschaft an.

27. Dando, a.a.O., S. 393.

Sie argumentieren damit, daß es bei Fahrlässigkeitsdelikten eine mittäterschaftliche Verletzung einer gemeinsamen Pflicht geben könne.[28] In Japan wird das gleiche Ergebnis damit begründet, daß die Beteiligten untereinander Aufsichtspflichten für die Verhaltensweisen der anderen haben.[29] Meiner Ansicht nach kann eine solche Pflicht jedoch nicht begründet werden.[30]

Nach der Tatgemeinschaftstheorie kann Mittäterschaft auch ohne die Konstruktion einer solchen Pflicht begründet werden. Bei Fahrlässigkeitsdelikten stellt die objektive Erfolgszurechnung das relevante Element zur Begründung von Mittäterschaft dar. (kausale Herrschaft über das Geschehen).[31] Die Mittäterschaftskonstruktion bei den Fahrlässigkeitsdelikten funktioniert in der Regel nicht anders als bei der fahrlässigen Alleintäterschaft.

Beispiel: A und B tragen gemeinsam einen Sack pulverförmigen Sprengstoff durch den Hof. Dabei gehen sie so ungeschickt vor, daß der Sprengstoff zum Teil auf dem Hof verstreut wird. Der Arbeiter C erzeugt beim Trennschneiden Funken, die den Sprengstoff zur Explosion bringen. C stirbt dabei.

Ergebnis: A und B sind gemeinsam unsorgfältig mit dem Sprengstoff umgegangen. Sie handelten fahrlässig in Mittäterschaft.

28. Vgl. Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl., 1967, S. 532. Roxin ist jedoch später von dieser Meinung wieder abgewichen (vgl. 5. Aufl., S. 652 f.).

29. Hitoshi Otsuka, Hansairon no Kihonmondai (Grundprobleme der Verbrechenslehre), 1982, S. 320 ff.

30. Vgl. Yamanaka, a.a.O., S. 205

31. Vgl. Yamanaka, Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, ZStW 102 (1990), S. 944.

IV. Teilnahme und Sonderdelikte

1. Gesetzliche Regel

In der japanischen Strafrechtswissenschaft werden zwei Arten von Sonderdelikten unterschieden: Das echte bzw. strafbegründende Sonderdelikt und das unechte bzw. strafschärfende/-mildernde Sonderdelikt. §65 Abs. 1 des japanischen StGB bestimmt, daß „wenn man sich an Straftaten, die eine Qualifikation der beteiligten Personen voraussetzen, beteiligt, dies als Teilnahme anzusehen ist, auch wenn der Beteiligte selbst diese geforderte Qualifikation nicht hat." Gem. §65 Abs. 2 gilt, daß, „wenn der Grad der Strafdrohung je nach Qualifikation der Tatbeteiligten unterschiedlich ist, die Tatbeteiligten, die diese Qualifikation nicht erfüllen, nur mit der im 'normalen' Straftatbestand festgelegten Strafe bestraft werden."

Nach der herrschenden Meinung stellt die Regelung des Abs. 1 das echte und die des Abs. 2 das unechte Sonderdelikt dar. Einer Mindermeinung zufolge stellt Abs. 1 die grundsätzliche Bestimmung der Art des Straftatbestandes für beide Sonderdelikte dar, gleich ob unecht oder echt; Abs. 2 sei eine bloße Regelung der Strafzumessung für die unechten Sonderdelikte.[32] Diese Mindermeinung baut auf einem Akzessorietätsverständnis auf, das eine Abhängigkeit der Straftatsart des Teilnehmers von der Art der Straftat des Haupttäters annimmt. Diese Ansicht scheint jedoch dem Wortlaut des §65 Abs. 2 zu widersprechen. Deswegen versteht die Mindermeinung den § 65 Abs. 1 als eine Vorschrift zur Bestimmung der Art des Straftatbestandes für beide Sonderdelikte und den § 65 Abs. 2 nur als eine Vorschrift für die Bestimmung der Art der Strafe. Nach dieser Auffassung müßte die Art der Straftat des Teilnehmers immer identisch mit der Art der Hauptstraftat sein. §65 Abs. 1 bestimmt den Straftatbestand und das Strafmaß für das echte Sonderdelikt, für das unechte Sonderdelikt gilt Abs. 2.

32. Dando, a.a.O., S. 418; Otsuka, a.a.O., S. 285.

2. Strafgrund der Teilnahme von Nicht-Qualifizierten

Auch nach der herrschenden Meinung scheinen sich die Absätze 1 und 2 des §65 (japanisches) StGB nicht nahtlos aneinander zu fügen. Denn nach den Prämissen der herrschenden Meinung soll das durch den Teilnehmer verwirklichte Unrecht von dem durch den Haupttäter begangenen Unrecht abhängen. Man versucht dieses Problem dadurch zu umgehen, daß man Abs. 2 als auf den Schuldmerkmalen aufbauendes strafverschärfendes/-milderndes Sonderdelikt interpretiert.[33] In der Praxis ist jedoch meist schwer festzustellen, ob das einschlägige Sonderdelikt durch das Unrechtselement oder durch das Schuldelement qualifiziert ist.[34]

Nach der hier vertretenen Meinung regelt §65 Abs. 2, was ohnehin selbstverständlich ist. Unter der Voraussetzung, daß eine strafwürdige Haupttat (strafwürdiges Unrecht) vorliegt, wird die Art des Unrechts für jeden einzelnen Beteiligten bestimmt. Das gleiche gilt auch für § 65 Abs. 1. Die echten Sonderdelikte stellen ihrem Wesen nach lediglich Normen dar, die die Verwirklichung des verpönten Strafttatbestandes verbieten und sich mit diesem Verbot an Jedermann richten. Bezieht man aber die Art der Verwirklichung des Tatbestandes in seine Betrachtungen mit ein, so muß man wie bei allen anderen Allgemeindelikten zwei Normtypen unterscheiden: Zunächst gilt grundsätzlich für beide zu unterscheidenden Normtypen, daß sie *Jedermann* als Normadressaten haben. Den Tatbestand eines Sonderdeliktes können jedoch nur Personen mit der geforderten Qualifikation direkt erfüllen. Personen ohne die im Tatbestand des Sonderdelikts beschriebene Qualifikation können diesen Tatbestand nur durch den qualifizierten Täter erfüllen. Diesen Fall regelt § 65 Abs. 1 StGB.

33. Vgl. Hirano, Keiho Soron (Strafrecht AT) II, S. 366; Nishida, Kyohan to Mibun (Teilnahme und Sonderdelikt), 1982, S. 167 ff.

34. kritisch z.B. Takehiko Sone, Keihono Juyomondai Soron (Wichtige Probleme des Strafrechts AT), 1993, S. 351.

V. Schlußwort

Der Begriff der Akzessorietät ist in der japanischen Strafrechtswissenschaft bisher nicht differenziert genug betrachtet worden. Der „Schlüsselbegriff" der Akzessorietät muß wissenschaftlich „entzaubert" werden. Die als feststehend angenommene Belegung des Begriffes Akzessorietät führt zu einer unpräzis durchgeführten und unzulässigen Erweiterung anderer Institute des allgemeinen Strafrechts. Beispielhaft sind hierfür die „Tat- oder Willensherrschaft" oder der Begriff des „Werkzeugs" zu nennen. Das qualifikationslos dolose Werkzeug oder der Vordermann, der den Vorsatz zur Körperverletzung hat, kann kein Werkzeug sein. Dies führt auch zu einer unzulässigen Erweiterung des Tatausführungsbegriffes.

Sieht man im Begriff der Akzessorietät nur die Abhängigkeit der Strafbarkeit des Teilnehmers von der Tatausführung durch den Haupttäter, so kommt den anderen Abhängigkeiten keine weitere selbstständige Bedeutung zu. In diesem Beitrag wurde vor allem die Unabhängigkeit der Art der vom Teilnehmer verwirklichten Straftat von der durch den Haupttäter verwirklichten Straftatsart erörtert. Die aus dieser Betrachtung folgenden Resultate sind im wesentlichen:

Erstens: Der Täterbegriff muß eingeschränkt werden. Die mittelbare Täterschaft wird von der herrschenden Meinung zu extensiv angwendet. Der Hintermann, der einen fahrlässig Handelnden oder einen über die Qualität oder Quantität seiner begangenen Straftat irrenden Vordermann benutzt, ist keine mittelbarer Täter, sondern Anstifter. Durch die Benutzung einer nicht qualifizierten Person bei den Sonderdelikten wird der Hintermann nicht zum mittelbaren Täter, sondern zum Anstifter. Hier wird die Akzessorietät im oben beschriebenen Sinne ausnahmsweise so verstanden, daß nicht nur die Tatausführung durch den Haupttäter erforderlich ist, sondern die Verwirklichung von strafwürdigem Unrecht durch den Haupttäter gegeben sein muß.

Zweitens: Der Mittäterschaftsbegriff kann durch die Verursachungstheorie ohne Systembrüche begründet werden. Bei der sukzessiven Mittäterschaft haftet der Nachbeteiligte, der sich nach Vollendung von selbstständigen Ausführungshandlungen an der Gesamtat beteiligt, nur für die Handlungen, an denen er selbst beteiligt war. Dadurch wird die wegen der Prinzipien der Straftatgemeinsamkeitstheorie notwendige theoretische Konstruktion des ex tunc entstehenden gemeinsamen Tatentschlußes und der aus dem gleichen Grunde zwingend erforderlichen Zurechnung von ohne Mitwirkung des Nachbeteiligten begangenen Handlungen vermieden. Da nach der hier vertretenen Auffassung kein gemeinsamer Tatenstchluß i.S.v. korrespondierenden Willenserklärungen zwischen den Beteiligten zur Konstituierung von Mittäterschaft erforderlich ist, bereitet die Konstruktion einer einseitigen Mittäterschaft keinerlei Schwierigkeiten. Ebenso läßt sich die auch von der h.M. teilweise vertretene fahrlässige Mittäterschaft mühelos in dieses System einfügen. Fahrlässige Mittäterschaft ist anzunehmen, wenn der zu beurteilende Täter durch den kausalen und psychischen Einfluß der anderen den Erfolg fahrlässig verursacht hat.

Drittens: Der Strafgrund der Teilnahme liegt nicht in der Akzessorietät zum Täter, sondern in der Verursachung des strafwürdigen Unrechts. In diesem Sinne ist die auf Akzessorietät gerichtete Verursachungstheorie abzulehnen. Der Strafgrund der Teilnahme ist - unabhängig vom Täterunrecht - aus der Verwirklichung von eigenem Unrecht, das auch erst nach der Tatausführung des Täters strafwürdig werden kann, zu begründen. Dieses Unrecht gründet nicht auf Verhaltens-, sondern auf Gefährdungs- bzw. Erfolgsunrecht.

Mein Ziel ist erreicht, wenn dieser Beitrag einen Anstoß zum Überdenken der mangelnden theoretischen Stringenz der herrschenden Meinung gegeben hat.

Keiichi Yamanaka

W KWESTII ZASADY AKCESORYJNOŚCI
Obrona japońskiego stanowiska mniejszości

Streszczenie

Pojęcie akcesoryjności w przypadku nauki o uczestnictwie ma różne znaczenia. Po pierwsze, oznacza zależność karalności uczestnictwa od realizacji czynu głównego. Po drugie, zależność rodzaju czynu w przypadku uczestnictwa od rodzaju czynu głównego. Po trzecie, zależność karalności uczestnictwa od karalności za czyn główny. Termin akcesoryjność odgrywa w dogmatyce tylko wtedy dużą rolę, jeśli się go używa w pierwszym z tych powyżej wymienionych znaczeń. Tutaj przy zanegowaniu pojęcia akcesoryjności w drugim i trzecim znaczeniu pokazana będzie teoretyczna możliwość, skonstruowania całkiem innego obrazu uczestnictwa niż ten przyjęty przez przeważający pogląd w doktrynie. Reprezentowany pogląd zbliża się mocno do poglądu reprezentowanego w Niemczech przez teorię sprawstwa. Pogląd ten powinien szczególnie dać pożyteczne rezultaty w odniesieniu do ograniczenia sprawstwa pośredniego, umożliwienia uznania konstrukcji jednostronnego współsprawstwa i współsprawstwa w zakresie czynów nieumyślnych.

Toshio Yoshida

EINE KURZFASSUNG DER FRAGEBEGONUNTERSUCHUNG ÜBER DEN AUßERGERICHTLICHEN VERGLEICH IN DER JAPANISCHEN STRAFRECHTSPFLEGE

Einführung

Die japanische „Arbeitsgemeinschaft zur Untersuchung der gegenwärtigen Verhältnisse der Opfer von Straftaten" (Vorsitzender: Prof. Dr. Dr.h.c. Koichi Miyazawa), gegründet im April 1992, hat mit der finanziellen Hilfe der „Stiftung zur Hilfe für die Opfer von Straftaten" eine Fragebogen-Untersuchung durchgeführt. Sie befaßt sich mit drei Untersuchungsgruppen, denen jeweils entsprechende Fragebögen zugeleitet wurden.

Fragebogen A wendet sich an die Opfer von Straftaten wie versuchter Tötung, Körperverletzung, Raub mit Körperverletzung und fahrlässiger Körperverletzung im Geschäftsbetrieb (ausschließlich der Straßenverkehrsdelikte). In diesem Bericht wird als Sammelbegriff „Opfer von Körperverletzungen" benutzt. Fragebogen B wendet sich an Hinterbliebene derer, die einer Tötung, Raub mit Todesfolge, Körperverletzung mit Todesfolge u.s.w. zum Opfer gefallen sind. Die Untersuchung wird auf den Personenkreis begrenzt, bei dem das „Entschädigungsgesetz für Straftatopfer von 1980" zur Anwendung gekommen ist. In diesem Bericht wird als Sammelbegriff „ Angehörige von Getöteten" benutzt. Fragebogen C wendet sich an Opfer von Diebstahl und Betrug. In diesem Bericht soll als Sammelbegriff „Opfer von Vermögensdelikten" benutzt werden.

Die Fragebögen A, B und C sind über das Nationale Polizeiamt (Tokio) den Präfekturalen Polizeiämtern (Hauptstellen) zugeleitet worden. Jedes Präfekturale Polizeiamt hat nach den von der Arbeitsgemeinschaft bestimmten Kriterien Befragte ausgewählt. Jedes Fragebogenexemplar ist persönlich vom Polizisten den Befragten ausgehändigt worden. Jeder Befragte sollte per Post freiwillig seine Antwort der „Stiftung zur Hilfe für die Opfer von Straftaten" zuschicken.

Die untersuchten Verbrechen wurden auf Taten beschränkt, die vor dem 31. Dezember 1991 geschehen sind. Die Antwort wurde bis zum 15. Dezember 1993 erwartet.

Die Rücklaufquoten be den drei Fragebögen lagen zwischen 66% und 71%.

Bei dem Fragebogen A sind 350 Exemplare ausgehändigt und 213 Exemplare beantwortet worden (Rücklaufquote: 66,0%).

Bei dem Fragebogen B sind 395 Exemplare ausgehändigt und 273 Exemplare beantwortet worden (Rücklaufquote: 69,1%).

Was den Fragebogen C anbelangt, sind 320 Exemplare ausgehändigt und 227 Exemplare beantwortet worden (Rücklaufquote: 70,9%).

In dieser Kurzfassung sollen lediglich einige wenige Seiten der Probleme, und zwar der außergerichtliche Vergleich und der Schadensersatz in der japanischen Strafrechtspflege und einige mit ihnen zusammenhängende Probleme zusammenfassend behandelt werden.

I. Die Gefühle der Straftatopfer

Die Gefühle des Straftatopfers können in verschiedene Aspekte eingeteilt werden. Die Fragebogen-Untersuchung hat die Gefühle der Opfer unter acht Aspekten untersucht, und zwar Angst, Haß, Rache, die Einstellung zur verhängten Strafe (zu leicht?), Ablehnung (Das Opfer will mit seinem Täter nichts zu tun haben.), Einfühlung (Fühlt sich das Opfer in seinen Täter ein?), Wiedereingliederung (Wünscht

das Opfer, daß sich sein Täter ins soziale Leben wieder eingliedert?) und Verzeihung.

A) Zuerst soll betrachtet werden, welche Variablen unmittelbar nach der Straftat die Gefühle der Opfer signifikant beeinflussen.

a) Geschlecht

Das Geschlecht beeinflußt das Gefühl der Angst bei allen drei Gruppen (hei den Opfern von Körperverletzungen, Männer: Ja & eher Ja, 52,94%. Frauen: Ja & eher Ja, 87,50%; bei den Angehörigen von Getöteten, Männer: Ja & eher Ja,44,94%. Frauen: Ja & eher Ja, 70,08%; bei den Opfern von Vermögensdelikten, Männer: Ja & eher Ja, 30,09%. Frauen: Ja & eher Ja, 55,89%). Aber nicht nur unmittelbar nach der Straftat, sondern auch bis zum Zeitpunkt der Untersuchung haben erheblch mehr Frauen als Männer Angst (bei den Opfern von Körperverletzungeny, Männer: Ja & eher Ja, 32,84%. Frauen: Ja & eher Ja, 80,59%; bei den Angehörigen von Getöteten, Männer: Ja & eher Ja, 35,48%. Frauen: Ja & eher Ja, 58,06%; bei den Opfern von Vermögensdelikten, Männer: Ja & eher Ja, 18,08%. Frauen: Ja & eher Ja, 37,57%).

b) Schadenssumme

Vermutlich beeinfluft die Schadenssumme bei Opfern von Vermögensdelikten das Gefühl der Angst und der Rache sowie den Wunsch, mit den Tätern nichts zu tun haben zu wollen. Je geringer die Schadenssumme ist, desto mehr haben merkwürdigerweise Angst (weniger als 100.000 Yen: Ja & eher Ja, 55,1%. 120.000 Yen-1.000.000 Yen: Ja & eher Ja, 41,5%. mehr als 1.000.000 Yen: Ja & eher Ja, 22,8%) und den Wunsch, mit den Tätern nichts zu tun haben zu wollen (weniger als 100.000 Yen: Ja & eher Ja, 83,7%. 120.000 Yen - 1.000.000 Yen: Ja & eher Ja, 75,6%. mehr als 1. 000.000 Yen: Ja & eher Ja, 42,5%). Je höher die Schadenssumme ist, desto mehr haben dagegen Rachegefühle (weniger als 100.000 Yen: Ja & eher Ja, 35,6%. 120.000 Yen - 1.000.000 Yen: Ja & eher Ja, 39,7%. mehr als 1.000.000 Yen: Ja & eher Ja, 67,7%).

c) Arten von Vermögensdelikten

Das Ergebnis der Untersuchung läßt vermuten, daß (die Art des Vermögensdelikts (Diebstahl, Betrug) auf die Angst und ihren Wunsch, mit den Tätern nichts zu tun haben zu wollen, einen Einfluf ausübt. Im Vergleich zu den Betrugsopfern haben mehr Diebstahlsopfer ein Gefühl der Angst (Diebstahlsopfer: Ja & eher Ja, 51,7%. Betrugsopfer: Ja & eher Ja, 25,9%) und den Wunsch, mit den Tätern nichts zu tun haben zu wollen (Diebstahlsopfer: Ja & eher Ja, 84,8%. Betrugsopfer: Ja & eher Ja, 60,0%).

B) Bei den Opfern von Körperverletzungen sind die Gefühle von Angst, Haß und Rache in dem Zeitraum zwischen der Begehung der Tat und der Untersuchung gesunken. Außerdem stieg bei den Opfern von Körperverletzungen die Anzahl der Opfer, die jetzt den Tätern die Straftaten verzeihen wollen, im Vergleich zu den Opfern, die unmittelbar nach der Straftat dazu bereit waren.

Auch bei den Angehörigen von Getöteten sind in dem Zeitraum zwischen der Begehung der Tat und der Untersuchung mit Ausnahme des gleichbleibenden Hasses die Gefühle von Angst und Rache gesunken. Außerdem stieg auch bei den Angehörigen von Getöteten die Anzahl derer, die jetzt ihren Tätern die Straftaten verzeihen wollen, im Vergleich zu den Opfern, die unmittelbar nach der Straftat dazu bereit waren.

Auch bei den Opfern von Vermögensdelikten sind in dem Zeitraum zwischen der Begehung der Tat und der Untersuchung die Gefühle von Angst, Haß und Rache gesunken. Aber die Anzahl derer, die im Zeitpunkt der Untersuchung mit den Tätern nichts zu tun haben wollen, stieg, im Vergleich zu den Opfern, die unmittelbar nach der Straftat mit den Tätern nichts zu tun haben wollten.

Also läßt sich im allgemeinen bei den Gefühlen unmittelbar nach der Tat und zur Zeit der Erhebung eine Wandlung feststellen. So soll jetzt betrachtet werden, welche Variablen den Verlauf dieser Wandlung der Gefühle der Opfer beeinflussen.

a) Die Annahme des Vergleichsgeldes oder der Schadensersatzes

Es läßt sich vermuten, daß die Annahme des Vergleichsgeldes oder des Schadensersatzes die Verzeihung der Opfer von Körperverletzungen positiv beeinflußt (Bei vollständiger Annahme: Ja & eher Ja, 58,7%. Bei partieller Annahme: Ja & eher Ja, 47,8%. Bei keiner Annahme: Ja & eher Ja, 31,5%).

Die Annahme des Vergleichsgeldes oder des Schadensersatzes beeinflußt die Angst und die Einstellung zur verhängten Strafe vermutlich ebenfalls positiv. Aber es ist bemerkenswert, daß 84% der Opfer von Körperverletzungen, die nur einen Teil der gesamten Schadenssumme bekommen haben, immer noch Angst haben (Bei vollständiger Annahme: Ja & eher Ja, 43,6%. Bei partieller Annahme: Ja & eher Ja, 84,0%. Bei keiner Annahme: Ja & eher Ja, 56,4%). Auch ist es noch bemerkenswert, daß 75% der Opfer von Körperverletzungen, die nur einen Teil der gesamten Schadenssumme bekommen haben, glauben, daß eine zu leichte Strafe verhängt worden ist (Bei vollständiger Annahme: Ja & eher Ja, 39,0%. Bei partieller Annahme: Ja & eher Ja, 75,0%. Bei keiner Annahme: Ja & eher Ja, 74,6%).

Bei den Angehörigen von Getöteten übt die Annahme des Vergleichsgeldes oder des Schadensersatzes auf die Einstellung zur verhängten Strafe (Bei vollständier Annahme & partieller Annahme: Ja, 69,0%. Bei keiner Annahme: Ja, 85,7%) und zur Wiedereingliederung des Täters in die Gesellschaft (Bei vollständiger Annahme & partieller Annahme: Ja, 69,6%. Bei keiner Annahme: Ja, 28,9%) einen positiven Einfluß aus, obwohl im allgemeinen nicht nur unmittelbar nach der Straftat, sondern auch zur Zeit der Untersuchung die Einstellung der Angehörigen von Getöteten zu den Tätern im Vergleich zu denen der Opfer von Körperverletzungen und Vermögensdelikten sehr hart ist.

b) Die Verhandlungen über das Vergleichsgeld oder den Schadensersatz

Es wird darauf hingewiesen, daß die Verhandlungen über das Vergleichsgeld oder den Schadensersatz die Verzeihung der Opfer von Körperverletzungen positiv beeinflußt (Weder die Opfer noch die Täter haben gefordert: Ja & eher Ja, 33,8%. Verhandelt: Ja & eher Ja, 53,2%).

c) Die Rückgabe des Geldes oder der durch eine Straftat gegen fremdes Vermögen erlangten Sache

Es läßt sich vermuten, daß sich die Rückgabe des Geldes oder der durch eine Straftat gegen fremdes Vermögen erlangten Sache auf die Gefühle von Haß (Bei völliger Rückgabe: Ja & eher Ja, 42,1%. Bei partieller Rückgabe: Ja & eher Ja, 63,3%. Bei keiner Rückgabe: Ja & eher Ja, 74,6%) und Rache (Bei völliger Rückgabe: Ja & eher Ja, 3,2%. Bei partieller Rückgabe: Ja & eher Ja, 21,7%. Bei keiner Rückgabe: Ja & eher Ja, 25,8) der Opfer von Vermögensdelikten positiv auswirkt.

d) Entschuldigung

49,2% der Opfer von Körperverletzungen, die die Entschuldigung ihrer Täter akzeptiert haben, glauben, daß eine zu leichte Strafe verhängt worden ist, wohingegen 71,7% der Opfer von Körperverletzungen, die mit ihren Tätern kein Gespräch gehabt haben, glauben, daß eine zu leichte Strafe verhängt worden ist.

51,4% der Opfer von Körperverletzungen, die die Entschuldigung ihrer Täter angenommen haben, haben das Gefühl von Verzeihung, wohingegen lediglich 35,1% der Opfer von Körperverletzungen, die mit ihren Tätern kein Gespräch gehabt haben, verzeihen.

II. Die gegenwärtige Situation des außergerichtlichen Vergleichs und des Schadensersatzes (Bei Opfern von Körperverletzungen und Angehörigen von Getöteten)

Der Anteil derer, die einen aufergerichtlichen Vergleich oder einen Schadensersatz besprochen haben und den außergerichtlichen

Vergleich abgeschlossen haben, beträgt 34% der befragten Opfer von Körperverletzungen, 10% der befragten Angehörigen von Getöteten.

Der Anteil derer, die das Vergleichsgeld oder den Schadensersatz bekommen haben, gleich, ob vollständig oder partiell, beträgt 44,1% der Opfer von Körperverletzungen, 19,9% der befragten Opfer von Getöteten.

Bei Körperverletzung ging die Initiative für einen außergerichtlichen Vergleich oder einen Schadensersatz überwiegend von der Täterseite aus (67,4%). Das kommt möglicherweise daher, daß die Täter damit eine Erleichterung der Strafe erwarten.

Bei vorsätzlicher Tötung, Raub mit Todesfolge oder Körperverletzung mit Todesfolge ging im Gegensatz dazu die Initiative für einen außergerichtlichen Vergleich oder einen Schadensersatz am häufigsten von der Opferseite aus (48,9%). Das kann damit zusammenhängen, daß die Angehörigen von Getöteten in finanzielle Not geraten sind. Von 261 Angehörigen von Getöteten haben 109 Personen (45,2%) geantwortet, sie seien in finanzielle Not geraten, was lediglich 39 Personen (18,5%) der Opfer von Körperverletzungen ausgegeben haben.

III. Die gegenwärtige Situation des außergerichtlichen Vergleichs und des Schadensersatzes (Bei Opfern von Vermögensdelikten)

Untersucht worden sind auch die Gründe, warum die Opfer von Vermögensdelikten der Polizei ihren Schaden meldeten. Dabei waren Mehrfachnennungen möglich. 66% der Befragten nennen als Grund des Schadensberichts die Festnahme des Täters. Aber es ist nicht unbedingt klar, ob für die Opfer die Festnahme selbst von großer Bedeutung ist. Denn die Anzahl derer, die als Grund des Schadensberichts die Rückgabe des Geldes oder der durch eine Straftat gegen fremdes Vermögen erlangten Sache nennen, beträgt 49,3% der Befragten. Die Anzahl derer, die als Grund des Schadensberichts die offizielle Bestätigung des Schadens nennen, beträgt 25,1% der Befrag-

ten. Daraus kann sich ergeben, daß nicht wenige Opfer erwarten, daß die Festnahme zur materiellen Wiedergutmachung führt. Deswegen ist es möglich, daß die Forderung der Festnahme nicht unbedingt zur Forderung nach Bestrafung führt.

17,2% der Befragten nennen als Grund des Schadensberichts „von der Polizei gefordert". Es ist aber bemerkenswert, daß mehr Betrugsopfer (30,53%) im Vergleich zu den Diebstahlsopfern (6,0%) als einen der Gründe des Schadensberichts das polizeiliche Verlangen genannt haben.

Als Grund, warum die Opfer von Vermögensdelikten zögerten, ihren Schaden zu berichten, nennt die Hälfte (48,6%) der Befragten „sowieso keine Restitution des wirtschaftlichen Schadens" (Dabei waren Mehrfachnennungen möglich.). Es läßt sich hier auch feststellen, daß das Interesse der Opfer eher der materiellen Wiedergutmachung gilt. Das kann auch darauf hinweisen, daß die Forderung der Festnahme nicht unbedingt zur Forderung nach Bestrafung führt.

Viele Befragte nennen als Gründe, warum sie den außergerichtlichen Vergleich oder den Schadensersatz wünschen, neben der Wiederherstellung des materiellen Schadens (39,0%) „ den Täter seine Aufrichtigkeit zeigen lassen zu wollen" (43,7%) und/oder „Entschüldigung des Täters" (36,6%) (Dabei waren Mehrfachnennungen möglich.).

Lediglich 43,5% der Befragten haben einen außergerichtlichen Vergleich mit ihrer Täterseite besprochen. Davon schlossen 80,4% einen außergerichtlichen Vergleich ab. Die Erfüllungsrate aller Vergleiche beträgt etwa 90%.

Bei den Verhandlungen des außergerichtlichen Vergleichs verhandelt in vielen Fällen auf der Seite des Opfers das Opfer selbst. Im Gegensatz dazu verhandeln in vielen Fällen auf der Seite des Täters die Angehörigen des Täters oder sein Rechtsanwalt. Nur 8% der Täter verhandeln selbst.

Bei der Besprechung des außergerichtlichen Vergleichs wurde in vielen Fällen (52,8%) von der Täterseite die Initiative ergriffen. Die Opferseite ergriff nicht so oft die Initiative (12,5%). Es ist bemerkenswert, daß in nicht wenigen Fällen Dritte die Initiative ergriffen (34,7%).

Als Gründe, warum der außergerichtliche Vergleich abgeschlossen wurde (Dabei waren Mehrfachnennungen möglich.), wurden „schnell die Strafsache erledigen und vergessen zu wollen" (45,7%), „die schnelle Wiederherstellung des Schadens" (31,4%) und „strafrechtliche Sanktion erleichtern zu wollen" (27,1%) genannt. Diejenigen, die den außergerichtlichen Vergleich abgeschlossen haben, gaben sich mit „Die Strafsache wurde einigermaßen gelöst." (67,1%), „die Wiederherstellung des materiellen Schadens" (30,0%) und/oder „die Wiederherstellung des psychischen Schlags" (27,1%) u.s.w. zufrieden. Daraus kann sich ergeben, daß der augergerichtliche Vergleich nicht nur wirtschaftliche Bedeutung hat.

Lediglich 10,2% der Befragten haben Schadensersatzklage erhoben oder haben noch vor, eine solche zu erheben.

83% der Befragten bejahten das Bedürfnis einer offiziellen Anstalt, die für die Wiederherstellung des Schadens zuständig ist.

IV. Maßnahmen gegen die Täter, die die Opfer von Vermögensdelikten verlangen

Die Opfer von Vermögensdelikten sind gefragt worden, welche Maßnahmen sie verlangen würden, wenn sie noch einmal Schaden erleiden würden. Dabei wurden folgende Maßnahmen genannt (Dabei waren Mehrfachnennungen möglich.). 1. Verhängen der Freiheitsstrafe oder Geldstrafe (Ja: 46%. Nein: 54%). 2. den Täter eine Niederschrift oder Gelöbnisschrift schreiben und geloben zu lassen, keine Straftat mehr zu begehen (Ja: 35,8%. Nein: 64,2%). 3. den Täter verstehen zu lassen, daß er selbst an der Tat schuldig ist, eher als ein Verlangen nach Geld oder Entschuldigung (Ja: 31,2%: Nein: 68,8%). 4. Eine persönliche Verhandlung zwischen Opfer und Täter, an-

schließend Schadensersatzleistung (Ja: 26,0%. Nein: 74,0%). 5. Eine Verhandlung zwischen dem Vertreter des Opfers und dem Täter, anschließend Schadensersatzleistung (Ja: 25,1%. Nein: 74,9%). 6. Der Täter entschuldigt sich bei dem Opfer vor einer behördlichen Stelle (Ja: 13,0% Nein: 87,0%). 7. Wegen Schadensersatz Klage zu erheben und kraft Rechts den Täter bezahlen zu lassen (Ja: 12,1%. Nein: 87,9%). 8. Eine persönliche Verhandlung zwischen Opfer und Täter, anschließend entschuldigt sich der Täter bei dem Opfer (Ja: 11,6%. Nein: 88,4%). 9. Alles ist Schicksal, sich dem Schicksal zu ergeben (Ja: 5,6%. Nein: 94,4%).

51,1% und 44,7% derjenigen, die zur Zeit der Untersuchung Angst haben, verlangen je „eine Niederschrift (Gelöbnisschrift) des Täters bei den Ermittlungsbehörden" und „Erfüllung des Schadensersatzes durch eine Verhandlung zwischen dem Vertreter und dem Täter", wohingegen lediglich 26,3% und 21,2% derjenigen, die wenig oder keine Angst haben, je „eine Niederschrift (Gelöbnisschrift) des Täters bei den Ermittlungsbehörden" und „Erfüllung des Schadensersatzes durch eine Verhandlung zwischen dem Vertreter des Opfers und dem Täter".

60,4% derjenigen, die gegenwärtig Haß haben, verlangen „Verhängen der Freiheitsstrafe oder Geldstrafe", wohingegen nur 38,6% derjenigen, die zur Zeit der Untersuchung wenig oder keinen Haß empfinden, „Verhängen der Freiheitsstrafe oder Geldstrafe" verlangen.

Bezüglich des Verlangens „Erfüllung des Schadensersatzes durch eine persönliche Verhandlung zwischen Opfer und Täter" haben 58,1% derjenigen, die gegenwärtig Rachegefühle empfinden, ein derartiges Verlangen, wohingegen nur 18% derjenigen, die wenig oder keine Rachegefühle haben, diesen Wunsch haben. Der Anteil derer, die „Erfüllung des Schadensersatzes durch eine Verhandlung zwischen dem Vertreter des Opfers und dem Täter" verlangen, beträgt 51,6% derjenigen, die zur Zeit der Untersuchung Rachegefühle emp-

finden, aber nur 22,7% derjenigen, die wenig oder keine Rachegefühle haben.

53,2% derjenigen, die mit ihren Tätern nichts zu tun haben wollen, verlangen, „Verhängen der Freiheitsstrafe oder Geldstrafe", obwohl nur 32,1% derjenigen, die diesen Wunsch wenig oder gar nicht haben, „Verhängen der Freiheitsstrafe oder Geldstrafe" verlangen.

Bei der Schadenssumme gilt, daß je geringer die Schadenssumme ist, desto häufiger eine Niederschrift (Gelöbnisschrift) des Täters (weniger als 100.000 Yen: Ja, 46,2%. 120.000 Yen - 1.000. 000 Yen: Ja, 34,0%. mehr als 1.000.000 Yen: Ja, 17,8%) und/oder Selbstvorwurf (weniger als 100.000 Yen: Ja, 36,5%. 100.000 Yen - 1.000.000 Yen: Ja, 29,8%. mehr als 1.000.000 Yen: Ja, 13,3%) verlangt wird.

Außerdem tendieren die Opfer von Vermögensdelikten mit höherer Schadenssumme dazu, wegen Schadensersatz Klage erheben zu wollen.

V. Schluß

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung kann grob wie folgt zusammengefat werden:

1. Angst-, Haß- und Rachegefühle tendieren dazu, im.Laufe der Zeit nach der Straftat abzunehmen.

2. Der gegenwärtige Wunsch nach Vergeltung führt nicht unbedingt zur Forderung nach Bestrafung.

3. Der außergerichtliche Vergleich oder der Schadensersatz kann nicht nur der Wiederherstellung des materiellen Schadens, sondern auch der Heilung des psychischen Traumas des Opfers dienen.

4. Wenn sich der Täter bei seinem Opfer für die Straftat rechtzeitig entschuldigt, kann die Entschuldigung die Gefühle des Opfers besänftigen.

5. Die aktive konstruktive Leistung des Täters wie z. B. Schadensersatz und Entschuldigung kann für die Wiederherstellung

des materiellen Schadens und die Heilung des psychischen Schadens sehr von Nutzen sein.

Diese Kurzfassung stellt die gekürzte Fassung eines Aufsatzes dar, der voraussichtlich im Jahre 1996 Freiburg im Breisgau unter dem Titel „Die Bedeutung des außergerichtlichen Vergleichs und des Schadensersatzes in der japanischen Strafrechtspflege" erscheint.

*****

KRÓTKIE OMÓWIENIE WYNIKÓW BADAŃ ANKIETOWYCH DOTYCZĄCYCH POZASĄDOWEJ UGODY W JAPOŃSKIM WYMIARZE SPRAWIEDLIWOŚCI

Streszczenie

Japońska Grupa Robocza do Badań nad Aktualną Sytuacją Ofiar Przestępstw przeprowadziła w roku 1993 badania ankietowe.

Zajmowała się trzema grupami badawczymi, którym każdorazowo dostarczono odpowiednie ankiety. Ankieta A skierowana była do ofiar czynów przestępnych takich jak usiłowane zabójstwo, uszkodzenie ciała, rabunek połączony z uszkodzeniem ciała i nieumyślne uszkodzenia ciała w obrocie gospodarczym (z wyłączeniem naruszeń przepisów ruchu drogowego). Ankieta B skierowana była do najbliższych krewnych osób będących ofiarami zabójstwa, rabunku ze skutkiem śmiertelnym, uszkodzenia ciała ze skutkiem śmiertelnym i.t.p. Badania ograniczono do osób, które obejmowała swoim zakresem ustawa o odszkodowaniach dla ofiar przestępstw z 1980 r.. Ankieta C skierowana była do ofiar kradzieży i oszustwa.

Przypadki powrotu do przestępstwa w odniesieniu do wszystkich trzech ankiet wynosiły pomiędzy 66% i 71%.

W tym krótkim streszczeniu, zaledwie na kilku stronach, będzie mowa tylko o niektórych problemach, w tym o pozasądowej ugodzie i odszkodowaniu według japońskiego wymiaru sprawiedliwości, jak również o niektórych związanych z tymi zagadnieniami problemach.

I. Stan psychiczny ofiar przestępstw

Odczucia ofiar przestępstw można podzielić ze względu na różne aspekty. Badania ankietowe analizowały stan psychiczny ofiar z uwzględnieniem następujących kryteriów: strach, nienawiść, zemsta, stosunek do wymierzonej kary (Za łatwe?), potępienie (Ofiara nie chce mieć nic do czynienia ze sprawcą), zrozumienie (Czy ofiara potrafi się wczuć w sytuację sprawcy?), resocjalizacja (Czy ofiara życzy sobie, by sprawcę ponownie włączyć w życie społeczności?) i wybaczenie.

Bezpośrednio po dokonaniu przestępstwa na stan psychiczny ofiar znaczący wpływ wywierają następujące elementy, a to: płeć, wielkość szkody i rodzaje przestępstw majątkowych. Płeć wywiera wpływ na uczucie strachu u wszystkich trzech grup. Także wysokość szkody u ofiar przestępstw majątkowych wywiera wpływ na uczucie strachu, zemsty jak również wywołuje niechęć do jakichkolwiek kontaktów ze sprawcą. Ponadto na uczucie strachu i niechęci do jakichkolwiek kontaktów ze sprawcą wywiera wpływ rodzaj przestępstw majątkowych (kradzież, oszustwo).

U ofiar uszkodzenia ciała intensywność uczucia strachu, nienawiści i zemsty maleje w okresie pomiędzy popełnieniem czynu, a momentem przeprowadzenia badań. Także w przypadku najbliższych krewnych zabitego uczucia strachu i zemsty słabną w tym przedziale czasowym. Podobnie i u ofiar przestępstw majątkowych uczucia strachu, nienawiści i zemsty tracą na intensywności.

Ogólnie można stwierdzić zmianę uczuć bezpośrednio po dokonaniu czynu, a momentem przeprowadzenia kontroli. Znaczący wpływ na stan tych uczuć i ich zmianę u ofiar mają następujące czynniki, jak: przyjęcie świadczenia w drodze ugody bądź odszko-

dowania, zwrot pieniędzy lub rzeczy uzyskanych przez sprawcę w wyniku dokonania przestępstwa przeciwko cudzemu mieniu oraz przeproszenie.

II. Aktualna sytuacja w odniesieniu do pozasądowej ugody i odszkodowania

Ze względu na powody, dla których ofiary deliktów majątkowych meldują swoje szkody policji, a z drugiej strony wahają się zgłosić własne szkody można stwierdzić, że żądanie aresztowania niekoniecznie pokrywa się z żądaniem ukarania.

III. Środki karne przeciwko sprawcom, których domagają się ofiary przestępstw majątkowych

Ofiarom przestępstw majątkowych postawiono pytanie, jakich środków domagaliby się, gdyby jeszcze raz ponieśli szkodę. Wymieniono przy tym następujące środki (można było podać kilka na raz).

1. Wymierzenie kary pozbawienia wolności bądź kary pieniężnej (tak: 46%).

2. Zmuszenie sprawcy do napisania tekstu przyrzeczenia lub przysięgi bądź skłonienie go do złożenia przyrzeczenia lub przysięgi, że nie popełni więcej przestępstwa (tak: 35,8%).

3. Danie sprawcy raczej do zrozumienia, że on sam zawinił dokonanie przestępstwa, zamiast żądania pieniędzy bądź przeprosin (tak: 31,2%), i.t.d.

60,4% tych osób, które aktualnie odczuwały nienawiść, żądało wymierzenia kary pozbawienia wolności lub kary pieniężnej, w przeciwieństwie do tego tylko 38,6% tych osób, które w momencie przeprowadzenia badań nie odczuwały w ogóle bądź odczuwały słabą nienawiść, żądało wymierzenia kary pozbawienia wolności bądź kary pieniężnej.

IV. Uwagi końcowe

Intensywność uczuć ofiar przestępstwa można osłabić przez aktywne i konstruktywne świadczenie sprawcy. To może wywrzeć wpływ na środki, jakich domagają się ofiary w stosunku do sprawcy.

242139

242139



Temida 2

Książki Wydawnictwa Temida 2 można nabyć składając zamówienia pod adresem Stowarzyszenia Absolwentów Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, ul. Mickiewicza 1, 15-213 Białystok, tel. 457-168, tel./fax 327-062 bądź bezpośrednio w lokalu Stowarzyszenia pod wyżej wymienionym adresem, a także w księgarniach warszawskich: ORPAN w Pałacu Kultury i Nauki; Głównej Księgarni Naukowej im. B. Prusa, Krakowskie Przedmieście 7; Księgarni Wydawnictwa Sejmowego, ul. Senacka1; Księgarni Ekonomicznej, ul. Grójecka 67; Księgarni Bankowej, Al. Solidarności 83/89 i Księgarni Uniwersyteckiej LIBER, Krakowskie Przedmieście 24; w Lublinie w księgarniach: ORPAN, pl. M.C. Skłodowskiej 4 i Iuris Prudentia, pl. M.C. Skłodowskiej 5; Katowice: ORPAN, ul. Bankowa 11.