

21 სექტემბერი 2011

შავი ზღვის ქვეყნების სამეცნიერო სიმპოზიუმი

სესილის, სიყვარულით

სამედიცინო სამართალი

რედაქტორი

პროფ. ლაშა-გიორგი კუტალია



გრიგოლ რობაქიძის სახ. უნივერსიტეტის გამომცემლობა

თბილისი

2011

21 September 2011

BLACK SEA SCIENTIFIC SYMPOSIUM

MEDICAL LAW

Editor

Prof. Dr. Lasha-Giorgi Kutalia

GRIGOL ROBAKIDZE UNIVERSITY PRESS

TBILISI

UDC 614.251 (100)

M-46

2011 Online publication under

www.nplg.gov.ge

Das Symposium fand im Rahmen der II. Schwarzmeerjuristentage: Medizinrecht
statt, Grigol Robakidze Universität Tiflis,
21-22. September 2011

(I. Schwarzmeerjuristentage: Strafrecht, Ondokuz Mayıs Universität Samsun,
6-7. August 2010)

Editorial Board

Prof. Dr. Mamuka Tavkheldze (Gr. Robakidze University, Rector),
Prof. Dr. Nino Kemertelidze (Gr. Robakidze University, Vice-Rector),
Prof. Dr. Manana Mosulishvili (Gr. Robakidze University, Dean of Law School)
Prof. Dr. Guram Nachkebia (Iv. Javakhishvili Tbilisi State University)
Prof. Dr. Nino Gvenetadze (Georgian-American University)
Prof. Dr. Marina Kvachadze (Georgian-American University)
Prof. Dr. Merab Turava (University of Georgia)
Nunu Kvantaliani (Supreme Court of Georgia)
Elene Gventsadze (Caucasus International University)

Special Thanks for Conceptual Recommendations to:

Mariam Kirvalidze, Tornike Chukhua, Tamar Razmadze, Ketevan Aptsiauri,
Nino Tsikhiseli, Tsira Kukava, Omar Ivanov, Rusudan Kutalia

© 2011 Grigol Robakidze University Press

© 2011 National Parliamentary Library of Georgia

ISBN 978-9941-9174-4-8

სარჩევნი

CONTENTS * СОДЕРЖАНИЕ * INHALT

საქართველო

მედიცინის მშობლიური ალეგორია

პროფ. ლაშა-გიორგი კუტალია

გრ. რობაქიძის სახ. უნივერსიტეტი,

ანა კუკავა

თბილისის სახელმწიფო სამედიცინო უნივერსიტეტი;

Грузия

РОДНАЯ АЛЛЕГОРИЯ МЕДИЦИНЫ

Проф. *Лаша-Гиорги Куталия*

Тбилисский Университет им. Григола Робакидзе,

Ана Кукава

Тбилисский Государственный Медицинский Университет;

Georgia

NATIVE ALLEGORY OF MEDICINE

Prof. Dr. *Lasha-Giorgi Kutalia*

Gr. Robakidze University,

Ana Kukava

Tbilisi State Medical University ;

Russia

**CRIMINAL RESPONSIBILITY OF PHYSICIANS IN RUSSIA.
THE LATEST JUDGEMENTS**

Dr. h. c. *Albina Paul*

Julius-Maximilians-University Würzburg;

Russland

STRAFRECHTLICHE HAFTUNG DER ÄRZTE IN RUSSLAND.

AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

Von Dr. h. c. *Albina Paul*

Julius-Maximilians-Universität Würzburg ;

Turkey

ABORTION IN TURKEY

Prof. Dr. Dr. h. c. *Hakan Hakeri*

Samsun Ondokuz Mayıs University / Istanbul Medeniyet University ...

Türkei

SCHWANGERSCHAFTSABBRUCH IM TÜRKISCHEN RECHT

Von Prof. Dr. Dr. h. c. *Hakan Hakeri*

Ondokuz Mayıs Universität Samsun / Medeniyet Universität Istanbul;

Georgia

ORGAN TRADE AND CRIMINAL LAW

Kakha Tsikarishvili

Tinatin Tsereteli State and Law Institute, Tbilisi;

Romania

PHYSICIAN'S REFUSAL OF (LEGAL) ABORTION

IN ROMANIAN CRIMINAL LAW

Dr. Dr. h. c. *Tudor Avrigeanu*

Romanian Academy of Sciences, Acad. Andrei Rădulescu

Law Institute, Bucharest ;

Rumänien

DER SCHWANGERSCHAFTSABBRUCH UND DIE RECHTSSTELLUNG DES ABLEHNENDEN ARZTES IM RUMÄNISCHEN STRAFRECHT

Von Dr. Dr. h. c. *Tudor Avrigeanu*

Rumänische Akademie der Wissenschaften, Acad. Andrei Rădulescu

Rechtswissenschaftliches Institut, Bukarest;

Ukraine

**REFORM OF UKRAINIAN MEDICAL LAW WITH RESPECT
TO BIOETHICS AND RESPONSIBILITY OF PHYSICIANS**

H. Doc. Cand. jur. Dr. h. c. *Dimitri Krupko*

I. I. Mechnikov National University Odessa;

Ukraine

**REFORM DES UKRAINISCHEN MEDIZINRECHTS IM HINBLICK
AUF DIE BIOETHIK UND STRAFBARKEIT DER ÄRZTE**

Von O.Do. Kand. jur. Dr. h. c. *Dimitri Krupko*

I. I. Metschnikov-Nationaluniversität Odessa;

Bulgaria

**PENAL ASPECTS OF PATIENT RIGHTS
IN GERMAN AND BULGARIAN LAW**

Dr. Dr. h. c. *Dessislava Datcheva*

University of Hamburg;

Bulgarien

**PATIENTENRECHTE AUS DER SICHT DES STRAFRECHTS
IM DEUTSCH-BULGARISCHEN RECHTSVERGLEICH**

Von Dr. Dr. h. c. *Dessislava Datcheva*

Universität Hamburg ;

საქართველო

**ნარკოტიკების ნეგატიური ზეგავლენა
ადამიანის ჯანმრთელობაზე**

ასოც. პროფ. *ამირან მოსულიშვილი*

გრ. რობაქიძის უნივერსიტეტი;

Georgia

NEGATIVE EFFECTS OF DRUGS ON HEALTH

Assoc. Prof. Dr. *Amiran Mosulishvili*

Gr. Robakidze University;

Turkey

**CENTRAL RULINGS OF THE TURKISH SUPREME COURT
ON MEDICAL LAW**

Prof. Dr. Dr. h. c. *Yener Ünver*

Özyegin University Istanbul;

Türkei

**WÜRDIGUNG DER NEUEREN TÜRKISCHEN
HÖCHSTRICHTERLICHEN ENTSCHEIDUNGEN
ÜBER DAS GESUNDHEITSRECHT**

Von Prof. Dr. Dr. h. c. *Yener Ünver*

Özyegin Universität Istanbul;

საქართველო

სამედიცინო კრიმინოლოგია

დავით წულაია

თბილისის სულხან-საბა ორბელიანის სასწავლო

უნივერსიტეტი;

Georgia

MEDICAL CRIMINOLOGY

Davit Tsulaia

Tbilisi Sul Khan-Saba Orbeliani Teaching University.

ქრისტესთვის ღვთისმშობლისთვის საქართველოსთვის

თბილისი 21.09.2011

მედიცინის მშობლიური ალეგორია

ლაშა-გიორგი კუტალია, ანა კუკავა

მედიცინის პრაქტიკირების ერთ-ერთი უძველესი ისტორიულად დადასტურებული პრეცედენტი მომდინარეობს ძველი კოლხეთიდან. უმთავრესად: ჩვენი ცივილიზაციის ცნობიერებაში მედიცინა მომდინარეობს მედეას მცენარეული მედიცინიდან.

აქედან გამომდინარე, გთავაზობთ მედიცინის ახალ ალეგორიას:

მედეა გაშლილი ხელებით და ყვავილებით.

РОДНАЯ АЛЛЕГОРИЯ МЕДИЦИНЫ

Лаша-Гиорги Куталия, Ана Кукава

Один из древнейших исторически удостоверенных прецедентов практицирования медицины проистекает из древней Колхиды. Главным образом: В сознании нашей цивилизации медицина проистекает из растительной медицины Медеи.

ИСХОДЯ ИЗ ЭТОГО, МЫ ПРЕДЛАГАЕМ НОВУЮ АЛЛЕГОРИЮ
МЕДИЦИНЫ:

МЕДЕЯ С РАСПАХНУТЫМИ РУКАМИ И ЦВЕТАМИ.

NATIVE ALLEGORY OF MEDICINE

Lasha-Giorgi Kutalia, Ana Kukava

One of the oldest historically proven precedents of practicing medicine comes from ancient Colchis. Mainly: In the consciousness of our civilization medicine comes from herbal medicine of Medea.

THEREFORE, WE SUGGEST A NEW ALLEGORY OF MEDICINE:

MEDEA WITH OPEN ARMS AND FLOWERS.

Russia

**CRIMINAL RESPONSIBILITY OF PHYSICIANS IN RUSSIA.
THE LATEST JUDGEMENTS**

Dr. h. c. Albina Paul
Julius-Maximilians-University Würzburg

Already the 4000 years old Code of Hammurabi contains remarks about responsibility of physicians. In spite of enormous progress in the medicine the defective medical treatment still appears quite often. The judgements of last years have to reveal for what crimes people in white smocks have been sentenced in Russia and which punishments have been applied against them.

**STRAFRECHTLICHE HAFTUNG DER ÄRZTE IN RUSSLAND.
AKTUELLE RECHTSPRECHUNG**

Von Dr. h. c. Albina Paul (*)

I. Einleitung

Bereits der fast 4000 Jahre alte Codex Hammurapi enthält Ausführungen zur Arzthaftung. Trotz enormer Fortschritte in der Medizin und der Perfektionierung der Technik gibt es immer noch sehr häufig ärztliche Behandlungsfehler.

Hierbei können auch die "Halbgötter in Weiß" als natürliche Personen – wie normale "Sterbliche" – strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

Die öffentliche Resonanz auf die Verhängung einer Strafe ist natürlich viel größer, wenn eine solche Strafe gegen eine Ärztin bzw. einen Arzt verhängt wird, geschweige denn die Situationen, in denen die Ärzte infolge strafgerichtlicher Verurteilung ihre Arbeitsplätze oder gar den Beruf wechseln müssen. Auch wenn der Angeklagte freigesprochen oder das Verfahren eingestellt wird, wird der Ruf des Angeklagten in beruflicher und persönlicher Hinsicht wohl auf Dauer geschädigt sein.

Während die zivilrechtlichen Arzthaftungsprozesse von größter praktischer Relevanz sind, gibt es im Verhältnis hierzu relativ wenig Gerichtsurteile zur strafrechtlichen Haftung wegen eines berufsspezifischen ärztlichen Fehlverhaltens. Die gerichtliche Rechtsprechung in den Jahren 2010 und 2011

* Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtstheorie, Informationsrecht und Rechtsinformatik der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Lehrbeauftragte für das Russische Recht.

soll hier einen Überblick verschaffen, für welche Straftaten in Russland Menschen in "weißen Kitteln" verurteilt und welche Strafen gegen sie verhängt wurden.

Für die Beantwortung der Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit eines Mediziners müssen folgende Aspekte von den Staatsanwaltschaften und den Gerichten geklärt werden:

- War die medizinische Behandlung fehlerhaft oder wurde eine medizinische Hilfeleistung unterlassen?
- Lagen besondere rechtfertigende Umstände bei einer unterlassenen Hilfeleistung gegenüber einem Kranken vor?
- Hat die Handlung des Arztes die Herbeiführung eines erheblichen Gesundheitsschadens oder sogar den Tod des Kranken nach sich gezogen?
- Gibt es eine Kausalität zwischen dem Handeln des Arztes und dem Eintritt des strafrechtlichen Erfolges?
- Handelte der Arzt auch vorsätzlich?

Bei der juristischen Beurteilung des Geschehens müssen auch Faktoren berücksichtigt werden, die den Eintritt der Rechtsfolge beschleunigt haben. Solche Faktoren könnten z.B. das Fehlen des notwendigen Medizinpersonals bei einer Notoperation, der Mangel an fachlichen Kenntnissen und Qualifikationen oder auch das Fehlen der notwendigen Apparaten von Sachausstattung sein.

Das Verhalten des Patienten selbst ist auch nicht zu unterschätzen. In der heutigen Zeit wird der Patient selbstbewusster, kritischer, konfliktbereiter und misstrauischer. Er befolgt keine ärztlichen Anweisungen, erstrebt eine schnellere Entlastung aus dem Krankenhaus. Die großen Probleme der Staatsanwaltschaft liegen gerade im Beweisrecht für beide Seiten. Als Beweismittel stehen hier beispielsweise ein Geständnis des Arztes, Unterlagen und Aussagen dritter Personen zur Verfügung.

Nicht zu vergessen sind auch die Fälle, in denen der ärztliche Misserfolg nicht als ärztliches Versagen, sondern als Unglück qualifiziert werden soll. Es handelt sich dabei um die schuldlose Herbeiführung eines Schadens infolge vorhandener fachlicher Wissenslücken, fehlender Erkenntnissen in der Medizin oder Aufgrund des körperlichen Zustandes eines Patienten.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, dass gerichtliche Urteile gegen Ärzte äußerst selten sind und auch staatsanwaltliche Ermittlungen nur vereinzelt vorkommen. In drei Urteilen aus dem Jahr 2010 wurden Ärzte von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in Verbindung mit einer Aussöhnung mit

dem Verletzten¹ und mit dem Ablauf der Verjährungsfrist² befreit. Es werden jedoch überwiegend disziplinarrechtliche Ermittlungen vorgenommen, in denen gegen den beschuldigten Arzt ein Verweis verhängt bzw. ihm die Pflicht auferlegt wird, bestimmte ärztliche Maßnahmen auf gewisse Dauer zu unterlassen oder gegebenenfalls bestimmte Kurse zur Verbesserung seiner Qualifikation zu absolvieren.

Untersucht man die Gerichtsurteile der letzten zwei Jahre, so stehen die Verursachung des Todes aus Fahrlässigkeit infolge einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufspflichten (Art. 109 Abs. 2 des Strafgesetzbuches der Russischen Föderation³) und die Herbeiführung eines schweren Gesundheitsschadens aus Fahrlässigkeit infolge einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufspflichten (Art. 118 Abs. 2 rStGB) mit weitem Abstand an der Spitze der zu untersuchenden Delikte, wobei vor allem die Fachgebiete der Chirurgie, der Gynäkologie, der Anästhesie und der Allgemeinmedizin am häufigsten betroffen sind.

Das russische Strafgesetzbuch beinhaltet auch andere Straftatbestände, die sich zwar speziell an den Arzt wenden, aber in der Praxis nur eine untergeordnete Bedeutung haben: z.B. die unterlassene Hilfeleistung gegenüber einem Kranken (Art. 124 rStGB), das Verlassen in einer Gefahrensituation (Art. 125 rStGB), die ungesetzliche Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs (Art. 123 rStGB), das ungesetzliche Betreiben einer privaten medizinischen Praxis oder einer privaten pharmazeutischen Tätigkeit (Art. 235 rStGB), der Verstoß gegen sanitär-epidemiologische Vorschriften (Art. 236 rStGB), die dienstliche Urkundenfälschung (Art. 292 rStGB), das ungesetzliche Erwerben, Aufbewahren, Befördern, Herstellen oder Verarbeiten von narkotischen Mitteln, psychotropen Stoffen oder ihnen gleichwertigen Stoffen (Art. 228 rStGB), die Entwendung oder Erpressung von narkotischen Mitteln oder psychotropen Stoffen (Art. 229 rStGB), die ungesetzliche Ausgabe oder Fälschung von Rezepten oder sonstigen Dokumenten, die zum Erhalt von narkotischen Mitteln oder psychotropen Stoffen berechtigen (Art. 233 rStGB), der ungesetzliche Umgang mit starkwirkenden oder giftigen Stoffen in der Absicht des Inverkehrbringens (Art. 234 rStGB), die Vernachlässigung von Dienstpflichten (Art. 293 rStGB) und die Annahme von Bestechungsgelder (Art. 290 rStGB).

Die Sterilisation von Frauen und Männern ohne medizinische Indikation sowie illegale Experimente am Menschen sind im russischen Strafgesetzbuch explizit

¹ Kamyzyaksky Amtsgericht, Kamyzyak, Urteil vom 21.09.2010; Kyrinsky Amtsgericht, Trans-Baikal-Region, Urteil vom 06.09.2010, Az. 1-70/2010.

² Zavolzhskiy Amtsgericht, Uljanowsk, Urteil vom 08.07.2010.

³ Ferner rStGB.

nicht geregelt, sondern als vorsätzliche Herbeiführung eines schweren Gesundheitsschadens, der den Verlust eines Organs nach sich gezogen hat (Art. 111 rStGB) in dem ersten Fall bzw. als Missbrauch von Amtsbefugnissen (Art. 285 rStGB) in dem letzten Fall zu qualifizieren.

Vor diesem Hintergrund erscheint es deshalb sinnvoll, die wichtigsten Straftatbestände vorzustellen, die für einen Arzt im Rahmen seiner Berufsausübung von Bedeutung sind bzw. in der Gerichtspraxis der letzten zwei Jahre am häufigsten zu finden sind und die Ausführungen zur strafrechtlichen Haftung der Ärzte mit den Fahrlässigkeitsdelikten zu beginnen. Denn in den meisten Fällen kommt eine vorsätzliche Tötung eines Patienten eher selten in Betracht.

II. Einzelne Straftatbestände

1. Verursachung des Todes aus Fahrlässigkeit infolge einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufspflichten (Art. 109 Abs. 2 rStGB)

In der medizinischen Praxis kommt häufig die Verursachung des Todes eines Patienten aus Fahrlässigkeit infolge einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufspflichten durch einen Arzt vor, wobei es möglich ist, dass diese Straftat aus Leichtsinn oder Nachlässigkeit begangen wurde (Art. 26 Abs. 1 rStGB).

Bei dem Begehen einer Straftat *aus Leichtsinn* sieht der Täter die Möglichkeit des Eintritts von gesellschaftsgefährlichen Folgen seiner Handlungen (Unterlassung) voraus, rechnet jedoch ohne hierfür ausreichende Gründe in Selbstüberschätzung mit der Abwendung dieser Folgen, so der Art. 26 Abs. 2 rStGB.

Unter einer *nicht ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufspflichten* soll dabei ein Verhalten eines Arztes verstanden werden, das komplett oder teilweise im Widerspruch zu den offiziellen Anforderungen, Anweisungen und Vorschriften hinsichtlich des betreffenden Berufs steht und sich aus den Gesetzen, normativen Akten, Regeln und Instruktionen ergibt.⁴ Dies sind z.B. die Grundlagen der Gesetzgebung der Russischen Föderation über die Gesundheitsversorgung der Bürger vom 22.07.1993, № 5487-1, eine Reihe von Standards für die ambulante und stationäre Behandlung von Patienten mit unterschiedlichen Erkrankungen (erlassen vom Ministerium für Gesundheit und soziale Entwicklung), Instruktionen eines Notarztes, einer Oberkrankenschwester u.ä.

⁴ Levoberezhny Amtsgericht, Voronezh, Urteil vom 20.12.2010, Az. 1-6/2010.

Die Anordnung und die Erstellung einer Sachverständigenexpertise sind für die Feststellung der Todesursache gem. Art. 196 Punkt 1 der russischen Strafprozessordnung obligatorisch. Nach den Qualifikationsmerkmalen eines gerichtsmedizinischen Sachverständigen (Anhang 1 zum Erlass des Gesundheitsministeriums der UdSSR vom 21.07.1988, № 579, „Über die Genehmigung der Qualifikation der Fachärzte“ – Stand 25. 09.2006 – muss ein gerichtsmedizinischer Sachverständiger die Kausalität zwischen der Schädigung und dem eingetretenen Erfolg feststellen können.

Widersprechen sich die Meinungen der Sachverständigen bzw. tragen – im Falle einer Expertise durch mehrere Sachverständige – ihre Beschlüsse den Charakter von Mutmaßungen, dann können sie einem strafrechtlichen Vorwurf nicht zugrunde gelegt werden. Unter solchen Umständen kommt das Gericht dann zu dem Schluss, den Angeklagten in Zusammenhang mit dem Fehlen der Tatbestandsvoraussetzungen in seinem Verhalten freizusprechen.⁵

Nachfolgend sollen zur Verdeutlichung einige Beispiele dargestellt werden, in denen Gerichte über die Frage hinsichtlich einer Verursachung des Todes eines Patienten aus Fahrlässigkeit in Form von Leichtsinn zu entscheiden hatten:

- Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs in der 16.-16,5. Schwangerschaftswoche ohne das Vorliegen der obligatorischen sozialen und medizinischen Gründe für einen Schwangerschaftsabbruch ab der 12. Schwangerschaftswoche, wobei auch keine obligatorische komplette medizinische Untersuchung der Patientin durchgeführt wurde. So wurde vor dem medizinischen Eingriff auf ein gebotenes Koagulogramm, eine biochemische Blut- und EKG-Untersuchung, eine Röntgenaufnahme vom Brustkorb, eine Urinanalyse und eine therapeutische Untersuchung verzichtet. Während der Operation kam es zur Perforation der Gebärmutterwand, deren Folge eine schwere Blutung war. Obwohl die Fachärztin die Möglichkeit des Eintritts der schweren Folgen bei einem späterem Schwangerschaftsabbruch voraussah, rechnete sie in Selbstüberschätzung ohne hierfür ausreichende Gründe mit der Abwendung dieser Folgen und verzichtete auf eine ärztliche Kontrolle nach dem operativen Eingriff. Die nicht vorgenommene, aber in diesem Fall – laut dem Bericht einer Sachverständigenkommission – dringend notwendige Nachoperation bzw. Entfernung der Gebärmutter und die unterlassene Bluttransfusion führten zur disseminierten intravasalen Koagulopathie, dem hämorrhagischen Schock und dem Tod der

⁵ Ebd.

Patientin.⁶

- Verzicht auf eine notwendige Drainage der Bauchhöhle bei der Durchführung von einer laparoskopischen Cholezystektomie und Verzicht auf eine Kontrolluntersuchung der Hämostase der Gallenblase in der postoperativen Phase – wohl wissend der Gefahr von Komplikationen in der postoperativen Phase. Die Folgen der unterlassenen Maßnahmen waren eine intraabdominale Blutung, massiver Blutverlust, Anämie und Endotoxämie und letztendlich der Tod des Patienten.⁷
- Verzicht auf eine in der präoperativen Phase gebotene Sondierung des Magens ohne ausreichende Gründe. Die Folge der ärztlichen Selbstüberschätzung war eine akute respiratorische Insuffizienz und Herzstillstand des Patienten. Dem Angeklagten wurde eine aus Fahrlässigkeit in Form von Leichtsinnigkeit begangene Straftat vorgeworfen. Er war jedoch von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in Zusammenhang mit dem Ablauf der Verjährungsfrist gem. Art. 78 rStGB und Art. 24 Abs. 1 Nr. 3 rStPO befreit.⁸
- Verzicht auf eine Voruntersuchung vor einer operativen Hysteroskopie aufgrund eigener Erfahrung bei der Durchführung von Operationen dieser Art. Während der Operation traumatisierte der Angeklagte die Gebärmutterwand der Patientin, was die darauf folgende Entwicklung von Komplikationen in Form einer Hämolyse und Luftembolie vorherbestimmt und schließlich auch den Tod der Patientin nach sich gezogen hat.⁹

Bei dem Begehen einer Straftat *aus Nachlässigkeit* sieht der Täter dagegen nicht die Möglichkeit des Eintritts von gesellschaftsgefährlichen Folgen seiner Handlungen (Unterlassung) voraus, obwohl er bei der hier erforderlichen Aufmerksamkeit und Vorsicht diese Folgen vorhersehen musste und konnte (Art. 26 Abs. 3 rStGB).

Mit den nachfolgend aufgeführten Beispielen soll verdeutlicht werden, wie die Gerichte über die Frage hinsichtlich der Verursachung des Todes eines Patienten aus Fahrlässigkeit in Form von Nachlässigkeit zu entscheiden hatten:

- Infolge eines Lagerungsfehlers durch den operierenden Arzt für Onkologie und einer damit verbundenen übermäßigen Biegung des Halses kam es zu einem größeren (als notwendigen) Schnitt der

⁶ Presnensky Amtsgericht Moskau, Urteil vom 05.05.2010, Az. 1-7/2010.

⁷ Kamyzyaksky Amtsgericht, Kamyzyak, Urteil vom 21.09.2010.

⁸ Zawolzhskiy Amtsgericht, Uljanowsk, Gerichtsbeschluss vom 08.07.2010.

⁹ Levoberezhnyy Amtsgericht, Voronezh, Urteil vom 20.12.2010, Az. 1-6/2010.

membranösen Trachealwand. Dies wurde von dem Arzt nachlässig nicht diagnostiziert und die Operation fortgeführt. Im Zusammenhang mit der darauf folgenden endotrachealen Intubation, wobei die Luft vom Arzt unbemerkt nicht in die Lungen, sondern in das Mediastinum gepumpt wurde, kam es – so die Experten – zur Asphyxie und zum Tod des Patienten.¹⁰

- Unterlassen einer rechtzeitigen und angemessenen ärztlichen Überwachung und Beurteilung des Zustandes eines minderjährigen Patienten durch den zuständigen diensthabenden Arzt, was zu einem lebensbedrohlichen Zustand des Patienten und trotz verspätet durchgeführter Intensivtherapie zu seinem Tod führte.¹¹
- Ungenügende Maßnahmen bei der Behandlung von Thrombozytopenie mit Eintritt von Komplikationen wie eine übermäßige Blutung und daraus folgendem hämorrhagischen Schock.¹²
- Eine unvollständige Diagnose und das Unterlassen einer notwendigen Therapie, die Nichtvornahme eines operativen Eingriffs und die unterlassene Beiziehung von Fachärzten für die Feststellung weiterer Behandlungsstrategien durch einen Chirurgen führten insgesamt zum hepatorenenalen Syndrom und zum Tode des Patienten infolge einer nicht rechtzeitig diagnostizierten Cholelithiasis, chronischen calculösen Cholezystitis und Choledocholithiasis.¹³
- Verstoß gegen die Bestimmungen der Grundlagen der Gesetzgebung der Russischen Föderation über die Gesundheitsversorgung der Bürger vom 22.07.1993 und die Regelungen über die Verwendung von Blutbestandteilen vom 25.11.2002 durch das Verlassen des Patienten während der Operation zur Bluttransfusion und das Unterlassen der Durchführung einer biologischen Probe einer neuen Blutdosis und der Blutbestandteile, wobei es zur Transfusion falscher Blutkonserven und zum Tod des Patienten kam.¹⁴

Vor diesem Hintergrund erscheint es gerechtfertigt auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit des medizinischen Hilfspersonals zu erwähnen.

¹⁰ Oktiabrsky Amtsgericht, Belgorod, Urteil vom 11.01.2011, Az. 1-109/2011. Der Berufung wurde nicht stattgegeben, vgl. Belgorod Landgericht, Berufungsentscheid vom 14.03.2011.

¹¹ Alatyr Amtsgericht Republik Tschuwaschien, Urteil vom 25.01.2010. Der Berufung wurde stattgegeben und der Entzug des Rechts zur Ausübung des ärztlichen Berufs wurde auf die Dauer von zwei Jahren gemindert. Hinsichtlich des Freiheitsentzugs blieb das Urteil ohne Änderung.

¹² Zjeleznodorogniy Amtsgericht Uljanowsk, Urteil vom 16.02.2011, Az. 1-62/ 2011.

¹³ Kyrinsky Amtsgericht, Trans-Baikal-Region, Urteil vom 06.09.2010, Az. 1-70/ 2010.

¹⁴ Suzdalsky Amtsgericht Vladimir Region, Urteil vom 15.07.2010, Az. 1-5/2010.

- Eine nachlässige Pflichtverletzung einer OP-Krankenschwester lag im Unterlassen des obligatorischen Zählens aller Materialien vor, die bei einer Operation zum Einsatz kamen – also alle möglichen und zumutbaren Sicherungsvorkehrungen – was zum Zurücklassen eines Fremdkörpers im Bauchraum durch einen operierenden Arzt und damit zum Tod des Patienten führte (ein ursächlicher Zusammenhang wurde durch die Experten nachgewiesen).¹⁵
- Der Austausch eines durch den Arzt verordneten Medikamentes durch eine Krankenschwester ohne vorherige Absprache mit dem behandelnden Arzt führte zum Tod des allergisch gegen diese Arzneimittel reagierenden Patienten.¹⁶
- Verzögerte Rettungsmaßnahmen bei der Anaphylaxie durch eine Krankenschwester verursachten den Tod eines Patienten.¹⁷

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass es für die Verursachung des Todes eines Patienten aus Fahrlässigkeit infolge einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufspflichten durch einen Arzt zu den folgenden Strafen kommen kann:

1. Freiheitsbeschränkung für die Dauer von bis zu drei Jahren
2. Freiheitsentzug für dieselbe Dauer in Verbindung mit dem Entzug des Rechts zur Ausübung seiner Tätigkeit für die Dauer von bis zu drei Jahren oder ohne einen solchen Rechtsentzug.

Die Strafverbüßung für fahrlässige Täter wird in Ansiedlungskolonien gem. Art. 58 Abs. 1 Buchstabe a rStGB angeordnet.

Kommt das Gericht bei der Verhängung der Strafe zu dem Schluss, dass sich der Verurteilte ohne reale Verbüßung der Strafe bessert, so beschließt es die verhängte Strafe zur Bewährung auszusetzen (vgl. Art. 73 rStGB).

2. Herbeiführen eines schweren Gesundheitsschadens aus Fahrlässigkeit infolge einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufspflichten (Art. 118 Abs. 2 rStGB)

Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für das Herbeiführen eines leichten Gesundheitsschadens ist im russischen Strafgesetzbuch nicht vorgesehen. Für den Geschädigten steht in diesem Fall der Zivilrechtsweg offen.

¹⁵ Petrozavodsky Stadtgericht Republik Karelien, Urteil vom 01.07.2010, Az. 1-508/7.

¹⁶ Industrielles Amtsgericht Izhevsk, Urteil vom 30.06.2010.

¹⁷ Piy-Khemskiy Amtsgericht Republik Tuva, Urteil vom 13.11.2010, Az. 1-84/ 2010 (5-531/05).

Die Anordnung und die Erstellung einer Sachverständigenexpertise sind für die Feststellung des Charakters und des Schweregrades eines Gesundheitsschadens gem. Art. 196 Punkt 2 der russischen Strafprozessordnung obligatorisch. Hierbei richten sich die gerichtsmedizinischen Sachverständigen nach den „Regeln über die Bestimmung des Schweregrades der körperlichen Verletzungen“ – Anhang zum Erlass des Gesundheitsministeriums der UdSSR, № 1208, vom 11.12.1978. Danach stellt *eine Gesundheitsschädigung* aus medizinischer Sicht die Verletzung von körperlicher Integrität oder die Beeinträchtigung der physiologischen Funktion von Organen und Geweben aufgrund von äußeren Einwirkungen dar.

Nach den Qualifikationsmerkmalen eines gerichtsmedizinischen Sachverständigen (Anhang 1 zum Erlass des Gesundheitsministeriums der UdSSR vom 21.07.1988 „Über die Genehmigung der Qualifikation der Fachärzte“ № 579 – Stand 25.09.2006 – muss ein gerichtsmedizinischer Sachverständiger ebenso die Kausalität zwischen der Verletzung und dem eingetretenen Erfolg feststellen können.

Im Einzelnen bejaht das Gesetz *einen schweren Gesundheitsschaden* beim Vorliegen folgender Merkmale (vgl. Art. 111 Abs. 1 rStGB):

- Lebensgefährlichkeit
- Verlust der Sehkraft
- Verlust der Sprache
- Verlust des Gehörs
- Verlust eines Organs
- Verlust der Funktionen eines Organs
- wenn das Handeln des Täters einen Schwangerschaftsabbruch zur Folge hat
- eine psychische Störung
- eine Erkrankung Drogensucht oder Toxikomanie nach sich gezogen hat
- in der unbehebaren Entstellung einer Person zum Ausdruck gekommen ist
- bei einem bedeutenden, dauernden Verlust von mindestens einem Drittel der allgemeinen Arbeitsfähigkeit
- wenn mit Wissen des Täters ein voller Verlust der beruflichen Arbeitsfähigkeit hervorgerufen wurde.

Nach diesen Grundsätzen wurde in der Judikatur das Herbeiführen eines schweren Gesundheitsschadens aus Fahrlässigkeit (in Form von Leichtsinns bzw. Nachlässigkeit) in folgenden Fällen bejaht:

- Das Unterlassen einer Kontrolle der Fixierung eines sich im alkoholisierten Zustand befindlichen Patienten zwecks Behandlung eines Alkoholdeliriums – verstoßend gegen die Grundlagen über die

Behandlung des Alkoholdeliriums – was zu einem schweren Gesundheitsschaden in Form eines bedeutenden, dauernden Verlusts von mehr als 30% der allgemeinen Arbeitsfähigkeit führte.¹⁸

- Das Nichterkennen eines technischen Fehlers bei der Laparoskopie führte aus Nachlässigkeit zu einer Peritonitis – einem schweren lebensgefährlichen Gesundheitsschaden. Der handelnde Chirurg wurde jedoch von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in Zusammenhang mit dem Ablauf der Verjährungsfristen gem. Art. 78 Abs. 1 Buchstabe a rStGB befreit.¹⁹
- Wegen einer Unterschätzung des Blutbildes, welches auf eine akute Entzündung im Körper einer Patientin hindeutete, wurde eine Patientin von dem Chirurgen verspätet in eine entsprechende Klinik eingewiesen, in der ein rechtzeitiger operativer Eingriff unterlassen worden war. Im Folgenden kam es zu Komplikationen und zum Tod der Patientin. Ein operativer Eingriff und die damit verbundene operative Behandlung waren bei gegebenen positiven Umständen und entsprechender Ausstattung des Krankenhauses unmöglich gewesen. Die verspätete Klinikeinweisung stand in einem ursächlichen Zusammenhang mit der Gesundheitsschädigung zu dem gegebenen Zeitpunkt. Der Arzt wurde wegen des Herbeiführens eines schweren Gesundheitsschadens aus Fahrlässigkeit in Form der Nachlässigkeit bei der Erfüllung seiner Berufspflichten verurteilt. Der gegen das Urteil des Gerichts erster Instanz eingelegten Beschwerde wurde nicht stattgegeben.²⁰

Für das Herbeiführen eines schweren Gesundheitsschadens aus Fahrlässigkeit infolge einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufspflichten durch einen Arzt sind folgende Strafen möglich:

1. Freiheitsbeschränkung für die Dauer von bis zu vier Jahren oder
2. Freiheitsentzug für die Dauer von bis zu einem Jahr in Verbindung mit dem Entzug des Rechts zur Ausübung bestimmter Ämter oder zur Ausübung bestimmter Tätigkeiten für die Dauer von bis zu drei Jahren oder ohne einen solchen Rechtsentzug.

Die Strafverbüßung für fahrlässige Täter erfolgt in Ansiedlungskolonien gem. Art. 58 Abs. 1 Buchstabe a rStGB.

¹⁸ Ust-Ischim Amtsgericht Region Omsk, Urteil vom 02.02.2011, Az. 10-1/2011.

¹⁹ Oktiabrsky Amtsgericht Tomsk, Urteil vom 12.02.2010, Az. 1-5/09.

²⁰ Landgericht Kirov, Kassationsbeschluß vom 15.10.2010, Az. 22-2498.

Kommt das Gericht bei der Verhängung der Strafe zu dem Schluss, dass sich der Verurteilte ohne reale Verbüßung der Strafe bessert, so beschließt es die verhängte Strafe zur Bewährung auszusetzen (vgl. Art. 73 rStGB).

3. Vernachlässigung von Dienstpflichten, wenn dies einen schweren Gesundheitsschaden oder den Tod eines Menschen verursacht hat (Art. 293 Abs. 2 rStGB)

Dieser Straftatbestand ist gegen die Staatsgewalt, die Interessen des Staatsdienstes und der Dienste in Organen der örtlichen Selbstverwaltung gerichtet und kann im Unterschied zu den Art. 109 Abs. 2 und Art. 118 Abs. 2 rStGB insoweit nur von Amtspersonen begangen werden.

Als *Amtspersonen* gelten Personen, die ständig, zeitweise oder auf Grund spezieller Bevollmächtigung Funktionen eines Vertreters der Staatsgewalt ausüben oder Organisations- und Dispositions- oder Verwaltungs- und Wirtschaftsfunktionen in staatlichen Organen, Organen der örtlichen Selbstverwaltung, staatlichen und städtischen Einrichtungen sowie in den Streitkräften der Russischen Föderation oder in sonstigen Truppen und militärischen Formationen der Russischen Föderation ausüben (vgl. Anmerkung 1 zum Art. 285 rStGB).

In der medizinischen Praxis werden solche Funktionen z.B. von einem Stationsleiter oder einem Chefarzt übernommen. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Ärzten und medizinischem Hilfspersonal ergibt sich dagegen aus Art. 109 Abs. 2 bzw. Art. 118 Abs. 2 rStGB.

Es muss ferner festgestellt werden:

- welche konkreten Pflichten und Aufgaben der Amtsperson auferlegt worden waren. Diese sind in der Regel in entsprechenden Gesetzen, Rechtsnormen, Dienstanweisungen, Arbeitsverträgen und anderen Dokumenten beschrieben und sollen der Amtsperson in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise auferlegt werden, wobei ein dafür erforderliches Verfahren – wie etwa Kenntnisnahme und die Unterzeichnung von entsprechenden Dokumenten o.ä. eingehalten werden muss.
- welche auferlegten Pflichten und Aufgaben nicht bzw. nicht ordnungsgemäß erfüllt worden waren und
- ob es der Amtsperson tatsächlich möglich war die Pflichten ordnungsgemäß zu erfüllen. Die tatsächliche Möglichkeit setzt voraus, dass die Amtsperson ihre Pflichten objektiv – unter gegebenen Umständen – und subjektiv – beim Vorliegen des erforderlichen

Ausbildungsniveaus, der beruflichen Erfahrung oder eines bekannten Krankheitszustandes o.ä. ordnungsgemäß erfüllen konnte. Fehlt diese Möglichkeit der ordnungsgemäßen Erfüllung von Dienstpflichten, dann liegt kein Straftatbestand der Vernachlässigung von Dienstpflichten vor. Ein niedriges Niveau der beruflichen Erfahrung stellt eine subjektive Unmöglichkeit der ordnungsgemäßen Erfüllung von Dienstpflichten dar und führt nur zur Einleitung eines Disziplinarverfahrens.²¹

Auf der subjektiven Seite ist das fahrlässige Begehen der Straftat erforderlich. Der Täter sieht zwar die Möglichkeit des Eintritts eines schweren Gesundheitsschadens oder des Todes eines Menschen infolge seiner gewissenlosen oder nachlässigen Einstellung zum Dienst voraus, rechnet jedoch in Selbstüberschätzung ohne hierfür ausreichende Gründe mit der Abwendung dieser Folgen (Fahrlässigkeit in Form von *Leichtsinn* gem. Art. 26 Abs. 2 rStGB) oder aber er sieht die Möglichkeit des Eintritts eines schweren Gesundheitsschadens oder des Todes eines Menschen infolge seiner gewissenlosen oder nachlässigen Einstellung zum Dienst nicht voraus, obwohl er bei erforderlicher Aufmerksamkeit und Vorsicht diese Folgen vorhersehen musste und konnte (Fahrlässigkeit in Form von *Nachlässigkeit* gem. Art. 26 Abs. 3 rStGB). Fehlt es an einer gewissenlosen oder nachlässigen Einstellung zum Dienst, handelt der Täter schuldlos. Die Strafbarkeit nach Art. 293 Abs. 2 rStGB ist somit ausgeschlossen.²²

Eine gewisse Beachtung verdient folgendes Beispiel:

- Das Verlassen des Krankenhauses durch eine sich im Notdienst befindliche Stationsleiterin mit organisatorisch-betriebswirtschaftlichen Funktionen stellt ein Verstoß gegen Dienstanweisungen der Notdienstärzte dar, die die Täterin bei ihrer Einstellung in entsprechender Weise zur Kenntnis genommen und unterschrieben hatte. In ihrer Abwesenheit kam es zum anaphylaktischen Schock und Tod einer Patientin. Ihre Handlung wurde als eine nicht ordnungsgemäße Erfüllung von Dienstpflichten infolge von Fahrlässigkeit in Form der Nachlässigkeit qualifiziert, die den Tod eines Menschen nach sich gezogen hat.²³

²¹ Vgl. *Бриллиантов А. В.* Статья 293. Халатность. Комментарий к статье 293 / Комментарий к Уголовному Кодексу Российской Федерации. 2011.

²² Ebd.

²³ Piy-Khemskiy Amtsgericht Republik Tuva, Urteil vom 13.11.2010, Az. 1-84/ 2010 (5-531/05).

Zur Verdeutlichung des Unterschieds zwischen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 118 Abs. 2 und nach Art. 293 Abs. 2 rStGB dient folgendes Beispiel:

- Die Stellung einer falschen Diagnose (Dammriss 2. Grades statt 3. Grades) durch eine Fachärztin für Gynäkologie und Geburtshilfe und die Nichtvornahme einer entsprechenden Behandlung führten zu einem schweren Gesundheitsschaden bei einer Patientin. Hier lag die fahrlässige Herbeiführung eines schweren Gesundheitsschadens vor, indem die Ärztin ihre *Berufspflichten* nicht ordnungsgemäß im Sinne des Art. 118 Abs. 2 rStGB erfüllte. Als Leiterin der gynäkologisch-geburtshilflichen Abteilung vernachlässigte sie auch ihre *dienstlichen Pflichten*, indem sie unter den gegebenen Umständen und den sich entwickelnden Komplikationen eine rechtzeitige Beiziehung von Spezialisten unterließ. Folglich hat sie sich in Herbeiführung eines schweren Gesundheitsschadens aus Fahrlässigkeit bei der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Berufspflichten gem. Art. 118 Abs. 2 rStGB und in Vernachlässigung der Dienstpflichten infolge von Fahrlässigkeit gem. Art. 293 Abs. 2 rStGB strafbar gemacht.²⁴

Als Strafe für das Begehen dieser Straftat ist Freiheitsentzug für die Dauer von bis zu fünf Jahren in Verbindung mit dem Entzug des Rechts zur Ausübung bestimmter Ämter oder zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit für die Dauer von bis zu drei Jahren oder ohne einen solchen Rechtsentzug vorgesehen.

4. Unterlassene Hilfeleistung gegenüber einem Kranken (Art. 124 rStGB)

Nach dem Sinn dieser Vorschrift wird unter einem *Kranken* jede Person verstanden, die medizinische Hilfe tatsächlich benötigt, sie aufsucht, sich in einer planmäßigen Untersuchung befindet oder der ohne ihre Einwilligung medizinische Hilfe geleistet wird, sowie jede Person, die bei einem Unglücksfall sofortige medizinische Hilfe benötigt (z.B. bei einem Autounfall), wobei eine Krankheit in medizinischer Hinsicht keine notwendige Voraussetzung bei der Anwendung dieser Vorschrift ist – wie bei Schwangeren.²⁵

Die Voraussetzungen für die Strafbarkeit sind:

- der Eintritt des tatbestandlichen Erfolges – des mittelschweren, schweren Gesundheitsschadens oder des Todes des Kranken, wobei unter einem

²⁴ Gergebilsky Amtsgericht Republik Dagestan, Urteil vom 03.03.2010.

²⁵ Vgl. *Бриллиантов А. В.* Статья 124. Неоказание помощи больному. Комментарий к статье 124 / Комментарий к Уголовному Кодексу Российской Федерации. 2011.

mittelschweren Gesundheitsschaden eine langandauernde Schädigung der Gesundheit oder ein bedeutender dauernder Verlust von weniger als einem Drittel der allgemeinen Arbeitsfähigkeit im Sinne des Art. 112 Abs. 1 rStGB zu verstehen ist.

- die Nichtvornahme einer medizinischen Handlung – wie z.B. das Nichterscheinen eines Arztes auf Abruf, die Nichteinweisung eines Kranken in eine Klinik oder das Unterlassen der Hinzuziehung eines Spezialisten, – soweit sie auch objektiv erforderlich war. Die Regeln und die Bedingungen der medizinischen Hilfeleistung werden in den Rechtsakten der Exekutive beschrieben (wie z.B. der Erlass der Regierung der Russischen Föderation vom 01.09.2005 „Die Regel über die medizinische Hilfeleistung gegenüber ausländischen Bürgern auf dem Territorium Russlands“).
- ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Untätigbleiben des Arztes und dem Erfolgseintritt. Die Straftat der unterlassenen Hilfeleistung gegenüber einem Kranken ist mit dem Eintritt des Erfolgs beendet.
- Die Garantenstellung des Unterlassenden. Der strafrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegen Ärzte aller Kategorien, medizinisches Hilfspersonal und sogar Polizisten und Mitarbeiter anderer Behörden und Organisationen zur Gefahrenabwehr.
- das Fehlen von triftigen Gründen für die Nichtvornahme der Hilfeleistung. Darunter fallen Umstände, die die Eigenschaft einer Tat als Straftat ausschließen wie z.B. äußerste Notwendigkeit, physischer oder psychischer Zwang, die Ausführung eines Befehls sowie andere Umstände (höhere Gewalt, das Fehlen von notwendiger Ausrüstung oder die Krankheit des Arztes selbst).
- das Begehen der Straftat infolge von Fahrlässigkeit in Form von Leichtsinne gem. Art. 26 Abs. 2 rStGB und Nachlässigkeit gem. Art. 26 Abs. 3 rStGB.

Tritt der tatbestandliche Erfolg trotz geleisteter medizinischer Hilfe dennoch ein, so ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dieser Vorschrift ausgeschlossen.

Als unterlassene Hilfeleistung durch einen Arzt gegenüber einem Kranken wurden folgende Fälle qualifiziert:

- Das Unterlassen einer EKG-Untersuchung an dem Patienten trotz über mehrere Tage geklagter starker Schmerzen am Herzen und

Nichtvornahme einer notwendigen Behandlung ohne triftige Gründe.²⁶

- Das Unterlassen einer sofortigen Hilfe für eine Patientin, die mit dem Rettungswagen zum Krankenhaus gebracht wurde und die Nichtberücksichtigung ihres bedrohlichen Zustandes bei der tatsächlichen Möglichkeit der Vornahme der medizinischen Behandlung durch einen Facharzt für Neurologie.²⁷

Für das Herbeiführen eines mittelschweren Gesundheitsschadens bei einem Kranken sind folgende Strafarten vorgesehen:

1. Geldstrafe in Höhe von bis zu vierzigtausend Rubeln oder in Höhe des Arbeitsentgelts oder eines sonstigen Einkommens des Verurteilten für die Zeit von bis zu drei Monaten oder
2. Pflichtarbeit für die Dauer von 120 bis zu 180 Stunden oder
3. Besserungsarbeit für die Dauer von bis zu einem Jahr oder
4. Arrest für die Dauer von bis zu vier Monaten.

Das Herbeiführen eines schweren Gesundheitsschadens oder des Todes des Kranken wird mit Freiheitsentzug für die Dauer von bis zu drei Jahren in Verbindung mit dem Entzug des Rechts zur Ausübung bestimmter Ämter oder zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit für die Dauer von bis zu drei Jahren oder ohne einen solchen Rechtsentzug bestraft.

5. Verlassen in einer Gefahrensituation (Art. 125 rStGB)

Von der unterlassenen Hilfeleistung gem. Art. 124 rStGB ist das wissentliche Verlassen in einer Gefahrensituation gem. Art. 125 rStGB abzugrenzen.

Bei dieser Straftat muss sich die geschädigte Person in einem für das Leben oder die Gesundheit gefährlichen Zustand befinden und wegen jungen Alters, hohen Alters, Krankheit oder infolge ihrer Hilflosigkeit der Möglichkeit beraubt sein, Maßnahmen zum Selbstschutz zu ergreifen. Der Gefahrzustand charakterisiert sich durch externe Auswirkungen auf den Körper eines Menschen – Brand, Erdbeben, Hochwasser u.ä. und interne Auswirkungen auf seinen Körper – wie z.B. Krankheit.

Hat das Verlassen in einer Gefahrenlage durch einen Mediziner einen mittelschweren, schweren Gesundheitsschadens oder den Tod eines Menschen nach sich gezogen, kommt seine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach der Vorschrift über unterlassene Hilfeleistung gem. Art. 124 rStGB in Betracht.

²⁶ Jarzevo Amtsgericht Smolensk, Urteil vom 13.08.2010, Az. 1-121/10.

²⁷ Industrielles Amtsgericht Smolensk, Urteil vom 24.12.2010, Az. 1-296/10.

Treten genannte Rechtsfolgen unter den gegebenen Umständen jedoch nicht ein, so kommt die Strafbarkeit nach der Vorschrift über das Verlassen in einer Gefahrensituation gem. Art. 125 rStGB in Betracht.²⁸

Um sich strafbar zu machen, muss der Täter grundsätzlich die Möglichkeit zur Hilfeleistung haben und verpflichtet sein, für den Verlassenen Sorge zu tragen – die Rechtsgrundlage einer solchen Verpflichtung lässt sich aus einem Gesetz oder einer Rechtsnorm, einem Vertrag, den Charakter des Berufs und das vorherige Verhalten entnehmen – oder alternativ die andere (schutzwürdige) Person in den für das Leben oder die Gesundheit gefährlichen Zustand bringen.

In der Praxis kommen häufig Fälle einer Ablehnung einer Klinikaufnahme vor, weil die notwendigen Papiere nicht ausgefüllt bzw. die hilfebedürftige Person einer anderen Klinik zugewiesen ist.²⁹

Bei dieser Straftat sind folgende Strafarten vorgesehen:

1. Geldstrafe in Höhe von bis zu achtzigtausend Rubeln oder in Höhe des Arbeitsentgelts oder eines sonstigen Einkommens des Verurteilten für die Zeit von bis zu sechs Monaten oder
2. Pflichtarbeit für die Dauer von 120 bis zu 180 Stunden oder
3. Besserungsarbeit für die Dauer von bis zu einem Jahr oder
4. Arrest für die Dauer von bis zu drei Monaten oder
5. Freiheitsentzug für die Dauer von bis zu einem Jahr.

6. Annahme von Bestechungslohn (Art. 290 rStGB)

Chefärzte, Stationsleiter und andere Mediziner mit Organisations-, Dispositions-, Verwaltungs- oder Wirtschaftsfunktionen wie z.B. ein Arzt als Sachverständiger – betraut mit der Erstellung von Sachverständigengutachten – oder ein Arzt – betraut mit der Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen – können der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach dieser Vorschrift unterliegen, wenn sie einen Vorteil mit Vermögenscharakter als Gegenleistung dafür angenommen haben, dass sie *als Amtspersonen eine Amtshandlung* vorgenommen haben oder künftig vornehmen werden, – auch wenn keine vorherige Verabredung stattgefunden hat – und die Täter nach der Vornahme ihrer Amtshandlung die Gegenleistung angenommen haben.

²⁸ Vgl. *Бриллиантов А. В.* Статья 124. Неоказание помощи больному. Комментарий к статье 124 / Комментарий к Уголовному Кодексу Российской Федерации. 2011.

²⁹ *Zheleznodorozhniy Amtsgericht Ulan-Ude*, Urteil vom 19.04.2011, Az. 2-1082/ 2011.

Gehören die Handlungen eines Arztes jedoch zu seinen *beruflichen Befugnissen*, so entfällt bei der Annahme von Lohn die Bestrafung nach Art. 290 rStGB.³⁰

Zum medizinischen Alltag gehören leider oft die Situationen, in denen ein Vorschlag seitens eines beamteten Arztes an die Angehörigen eines Kranken dergestalt erfolgt, dass im Falle einer entsprechenden Belohnung der Kranke eine bessere medikamentöse Versorgung erhält, verbunden mit dem Transport in eine andere Krankenstation mit einer besseren technischen Ausstattung und ohne eine solche Belohnung der Kranke auf die einfachere medizinische Versorgung angewiesen bleibt. Der Grund darin liegt meistens in der niedrigen Bezahlung und Überforderung der Ärzte, sowie in einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen.

Die Annahme von Bestechungslohn kann durch eine Amtsperson – wie in den folgenden Fällen aufgezeigt – persönlich erfolgen:

- Die wissentliche Ausstellung unrichtiger Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen durch eine Fachärztin mit entsprechenden Dienstfunktionen gegen Annahme von Geld – die Annahme von Bestechungslohn für ungesetzliche Handlungen.³¹
- Ein Angebot eines Hausarztes eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für eine Gegenleistung in Geld auszustellen wurde durch ein Ermittlungsexperiment bestätigt.³²

oder auch durch einen Mittelsmann, wie z.B. in dem letzten Fall:

- Annahme von Geld durch eine Leiterin einer therapeutischen Abteilung mit Organisations- und Verwaltungsfunktionen mithilfe ihres Bekannten für die Ausstellung unrichtiger Gesundheitszeugnisse zur Befreiung vom Wehrdienst – die Annahme von Bestechungslohn für ungesetzliche Handlungen im Sinne des Art. 290 Abs. 2 rStGB.³³

Als Strafe für die Annahme von Bestechungslohn für Handlungen (Unterlassen) zum Nutzen des Bestechungslohngebers oder durch ihn vertretene Personen sind vorgesehen:

1. Geldstrafe in Höhe des 25-fachen bis zu 50-fachen der Summe des Bestechungslohnes in Verbindung mit dem Entzug des Rechts zur Ausübung bestimmter Ämter oder zur Ausübung einer bestimmten

³⁰ Vgl. *Егизарова С. В.* Должностные преступления в сфере здравоохранения: получение взятки, служебный подлог. // Медицинское право. № 2, 2003.

³¹ Aldansky Amtsgericht Republik Sacha, Jakutien, Urteil vom 16.12.2010, Az. 1-49/2010.

³² Baltyisky Amtsgericht Kaliningrad, Urteil vom 20.12.2010, Az. 1-243/2010.

³³ Blagoveshchensk Stadtgericht Amur-Gebiet, Gerichtsbeschluss vom 14.12.2010, Az. 1-940/2010.

- Tätigkeit für die Dauer von bis zu drei Jahren oder
2. Freiheitsentzug für die Dauer von bis zu drei Jahren in Verbindung mit einer Geldstrafe in Höhe der 20-fachen der Summe des Bestechungslohnes.

Die Annahme von Bestechungslohn für ungesetzliche Handlungen (Unterlassen) dagegen wird bestraft mit:

3. einer Geldstrafe in Höhe des 30-fachen bis zu 60-fachen der Summe des Bestechungslohnes in Verbindung mit dem Entzug des Rechts zur Ausübung bestimmter Ämter oder zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit für die Dauer von bis zu drei Jahren oder
4. Freiheitsentzug für die Dauer von bis zu sechs Jahren in Verbindung mit einer Geldstrafe in Höhe des 30-fachen der Summe des Bestechungslohnes.

7. Straftaten der Mediziner im Bereich des unerlaubten Verkehrs mit narkotischen Mitteln oder psychotropen Stoffen

Seit einigen Jahren werden in der Medizin als Drogen und psychotrope Stoffe eingestufte Substanzen zur Bekämpfung von verschiedenen Krankheiten eingesetzt, die normalerweise nur auf illegalem Weg beschafft werden können. Hierin liegt jedoch die Gefahr der illegalen Drogenkriminalität bei den Medizinern.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mediziner für den unerlaubten Verkehr mit narkotischen Mitteln oder psychotropen Stoffen ist in den folgenden Artikeln des Strafgesetzbuchs vorgesehen:

- Ungesetzliches Erwerben, Aufbewahren, Befördern, Herstellen oder Verarbeiten von narkotischen Mitteln, psychotropen Stoffen oder ihnen gleichwertigen Stoffen (Art. 228 rStGB). Darunter fällt auch der Erwerb von Fertigarzneimitteln durch ausgestellte falsche Rezepte in den Apotheken oder anderen Medizineinrichtungen, die Drogen oder Drogenzubereitungen enthalten.³⁴

Bei dieser Straftat (Art. 228 Abs. 1 rStGB) sind folgende Strafarten vorgesehen:

1. Geldstrafe in Höhe von bis zu vierzigtausend Rubeln oder in Höhe des Arbeitsentgelts oder eines sonstigen Einkommens des Verurteilten für die Zeit von bis zu drei Monaten oder
2. Pflichtarbeit für die Dauer von 180 bis zu 240 Stunden oder

³⁴ Vgl. *Дерягин Г. Б.* Преступления медиков, связанные с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ.

3. Besserungsarbeit für die Dauer von bis zu zwei Jahren oder
 4. Freiheitsbeschränkung für die Dauer von bis zu drei Jahren oder
 5. Freiheitsentzug für die Dauer von bis zu drei Jahren.
- Entwendung oder Erpressung von narkotischen Mitteln oder psychotropen Stoffen (Art. 229 rStGB), wobei diese Straftat sowohl von einer Dienstperson (Art. 229 Abs. 2 Buchstabe c rStGB) als auch einer anderen Person begangen werden kann, denen die besagten Substanzen aufgrund ihrer beruflichen Stellung anvertraut worden sind – wie z.B. Arzt oder Apotheker. Hierzu folgendes Beispiel: Die Entwendung einer Ampulle „Omnopon“ durch eine Ärztin im Rettungsdienst bei der Rettungsdienststation während ihrer Dienstzeit mit Zueignungsabsicht.³⁵

Als Strafe für die Entwendung oder Erpressung von narkotischen Mitteln oder psychotropen Stoffen von einer Person unter Ausnutzung ihrer Dienststellung ist Freiheitsentzug für die Dauer von sechs bis zu zehn Jahren in Verbindung mit Geldstrafe in Höhe von bis zu fünfhunderttausend Rubeln oder in Höhe des Arbeitsentgelts oder eines sonstigen Einkommens des Verurteilten für die Zeit von bis zu drei Jahren oder ohne eine solche Geldstrafe und in Verbindung mit Freiheitsbeschränkung für die Dauer von bis zu einem Jahr oder ohne eine solche Freiheitsbeschränkung vorgesehen.

- Die ungesetzliche Ausgabe oder Fälschung von Rezepten oder sonstigen Dokumenten, die zum Erhalt von narkotischen Mitteln oder psychotropen Stoffen berechtigen (Art. 233 rStGB), stellt eine der wichtigsten Straftaten für Mediziner dar. Nach dem Erlass des Gesundheitsministeriums und des Ministeriums für soziale Entwicklung № 110 vom 12.02.2007 werden die Rezeptformulare und das Bestandsverzeichnis mit den Anleitungen zum Ausfüllen und Verwahren von Arzneimitteln, medizinischen Produkten und Mitteln zur Ernährungsversorgung o.ä. bestätigt. Die Kenntnisnahme und die Einhaltung dieser Regeln sind für jeden Arzt obligatorisch. Der Verstoß gegen den besagten Erlass verbunden mit der Ausstellung von Rezepten zum Erhalt von narkotischen Mitteln oder psychotropen Stoffen führt zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 233 rStGB.

Ebenso führt eine Ausgabe von solchen Rezepten ohne medizinische Indikation zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 233 rStGB.

³⁵ Buinakskiy Amtsgericht Republik Dagestan, Urteil vom 24.03.2010.

Der Erhalt von narkotischen Mitteln und psychotropen Stoffen auf Grund von gefälschten Rezepten oder sonstigen Dokumenten bedarf einer zusätzlichen Qualifikation nach Art. 228 rStGB als ungesetzlicher Erwerb dieser Substanzen.³⁶

Bei dem Erhalt von in Arzneien enthaltenen narkotischen Mitteln durch eine Person unterliegt der ausstellende Arzt der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für die Mitbeteiligung an einem ungesetzlichen Erwerb von narkotischen Mitteln, psychotropen oder ihnen gleichwertigen Stoffen ohne die Absicht des Inverkehrbringens (Art. 32 und Art. 228 Abs. 1 rStGB).³⁷

Bei einem Entwenden von Rezepten oder sonstigen Dokumenten, die zum Erhalt von narkotischen Mitteln oder psychotropen Stoffen berechtigen, kommt eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach Art. 233 rStGB und nach Art. 325 rStGB (Entwendung oder Beschädigung von Dokumenten, Stempeln oder Siegeln oder Entwendung von Verbrauchssteuermarken, speziellen Marken oder Entsprechungszeichen) in Betracht.³⁸

Bei dieser Straftat (Art. 233 rStGB) sind folgende Strafarten vorgesehen:

1. Geldstrafe in Höhe von bis zu achtzigtausend Rubeln oder in Höhe des Arbeitsentgelts oder eines sonstigen Einkommens des Verurteilten für die Zeit von bis zu sechs Monaten oder
 2. Pflichtarbeit für die Dauer von bis zu 180 Stunden oder
 3. Besserungsarbeit für die Dauer von bis zu einem Jahr oder
 4. Freiheitsentzug für die Dauer von bis zu zwei Jahren in Verbindung mit dem Entzug des Rechts zur Ausübung bestimmter Ämter oder zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit für die Dauer von bis zu drei Jahren oder ohne einen solchen Rechtsentzug.
- Ungesetzlicher Umgang mit starkwirkenden oder giftigen Stoffen *in der Absicht des Inverkehrbringens* (Art. 234 rStGB). Durch den Regierungsbeschluss der Russischen Föderation № 964 vom 29.12.2007 wurde eine Liste mit starkwirkenden oder giftigen Stoffen bestätigt. Darunter fallen Stoffe, die keine narkotischen Mittel oder psychotropen Stoffe sind. Der Umgang mit diesen Stoffen im Widerspruch zu dem

³⁶ Vgl. Старченко А. А., Третьякова Е. Н., Тарасова О. В., Фуркалюк М. Ю., Рыкова И. В. Судебная практика: особенности приговоров по должностным преступлениям в сфере здравоохранения. // Заместитель главного врача. № 11, 2009.

³⁷ Vgl. Дерягин Г. Б. Преступления медиков, связанные с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ.

³⁸ Ebd.

besagten Beschluss führt zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 233 rStGB.

Hierzu ein Beispiel: Der Erwerb der Arzneimittel „Sibason“ und „Relanium“ unter Vorlage eines gefälschten Rezepts und der darauf folgende Verkauf dieser Arzneien durch einen Arzt im Rettungsdienst.³⁹

Das russische Strafgesetzbuch sieht folgende Strafen für diese Straftat vor (Art. 234 Abs. 1 rStGB):

1. Geldstrafe in Höhe von bis zu vierzigtausend Rubeln oder in Höhe des Arbeitsentgelts oder eines sonstigen Einkommens des Verurteilten für die Zeit von bis zu drei Monaten oder
2. Pflichtarbeit für die Dauer von bis zu 180 Stunden oder
3. Besserungsarbeit für die Dauer von bis zu einem Jahr oder
4. Freiheitsbeschränkung für die Dauer von bis zu drei Jahren oder
5. Freiheitsentzug für die Dauer von bis zu drei Jahren.

³⁹ Фармацевтический вестник (Stand 25.05.2011). <http://www.pharmvestnik.ru/text/25161.html>.

Turkey

ABORTION IN TURKEY

Prof. Dr. Dr. h. c. Hakan Hakeri

Samsun Ondokuz Mayıs University / Istanbul Medeniyet University

Abortion is regulated in Turkish legislation by two laws – The Population Planning Law from 1983 and the new Turkish Penal Code from 2005. The Law from 1983 is an expressly liberal law and allows abortion without any special restrictions in the first 10 weeks of pregnancy. The law from 2005 expands the abortion permission as it excludes the punishability of termination as long as the pregnancy does not exceed 20 weeks and the woman is pregnant as a victim of criminal act.

SCHWANGERSCHAFTSABBRUCH IM TÜRKISCHEN RECHT

Prof. Dr. Dr. h. c. Hakan Hakeri*

Ondokuz Mayıs Universität Samsun / Medeniyet Universität Istanbul

A. EINFÜHRUNG

Die Abtreibung ist ein medizinischer Eingriff, der auf den Embryo wirkt, vorgenommen durch eine andere Person als die schwangere Frau (*Aber die Frau kann es doch auch selbst tun, vgl. Art. 100 tStGB*), um die Schwangerschaft vor der Geburt zu beenden¹.

Das Leben des Embryos wird nicht wie das des geborenen Menschen geschützt. Das Leben des Embryos wird aber auch nicht in das freie Belieben der Schwangeren gestellt. Es gibt im türkischen Recht, wie auch in anderen Ländern, Bestimmungen, die zum Schutz des Embryos dienen.

“In den meisten europäischen Ländern gibt es in erster Linie sogenannte Schwangerschaftsabbruch-Gesetze, wobei teilweise auf eine Regelung im Strafgesetzbuch ganz verzichtet wird. Nur vergleichsweise wenige Länder haben demgegenüber an dem rein strafrechtlichen Modell trotz zumeist umfassender Reform festgehalten.”²

* ISTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ, www.hakanhakeri.com.

¹ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, 4. Auflage, Ankara 2006, 206.

² ESER, Albin, „ Schwangerschaftsabbruch: Zwischenergebnisse eines internationalen Vergleichs“, Festschrift für Prof. Dr. Hae-Mock Sonn, Seoul: Verl. Bub Moon Sa, 1993, 672, 673.

Abtreibung wird im türkischen Gesetz über Bevölkerungsplanung von 1983 und im neuen türkischen Strafgesetzbuch³ von 2005 geregelt. Das Gesetz über Bevölkerungsplanung enthält allgemeine Bestimmungen über den Schwangerschaftsabbruch. Die Sanktionen für Verstöße gegen dieses Gesetz und auch einige separate Regelungen finden sich im StGB. Nicht nur im neuen StGB, sondern auch im alten StGB war die Abtreibung unter Strafe gestellt.

Nach Art. 2 des Gesetzes über Bevölkerungsplanung werden Schwangerschaftsabbruch und Sterilisation vom Staat überwacht und kontrolliert. Die Schwangerschaft darf nur in den in diesem Gesetz vorgesehenen Fällen abgebrochen werden.

In Art. 99 tStGB ist die "Fremdabtreibung" geregelt:

1. Wer ohne ihre Zustimmung das Kind einer Frau abtreibt, wird mit fünf bis zu zehn Jahren Gefängnis bestraft.
2. Wer ohne medizinische Notwendigkeit, auch wenn eine Einwilligung vorliegt, das Kind einer Frau abtreibt, deren Schwangerschaft mehr als zehn Wochen besteht, wird mit zwei bis zu vier Jahren Gefängnis bestraft. In

³ Fremdabtreibung

Art. 99

1. Wer ohne ihre Zustimmung das Kind einer Frau abtreibt, wird mit fünf bis zu zehn Jahren Gefängnis bestraft.
2. Wer ohne medizinische Notwendigkeit, auch wenn eine Einwilligung vorliegt, das Kind einer Frau abtreibt, deren Schwangerschaft mehr als zehn Wochen besteht, wird mit zwei bis zu vier Jahren Gefängnis bestraft. In diesem Fall wird die Frau, welche die Einwilligung zur Abtreibung des Kindes gibt, mit bis zu einem Jahr Gefängnis oder Geldstrafe bestraft.
3. Hat die in Abs. 1 umschriebene Tat die körperliche oder geistige Gesundheit der Frau verletzt, so wird der Täter mit sechs bis zu zwölf Jahren Gefängnis bestraft; hat die Tat den Tod der Frau zur Folge gehabt, so wird eine Strafe von 15 bis zu 20 Jahren Gefängnis verhängt.
4. Hat die in Abs. 2 umschriebene Tat die körperliche oder geistige Gesundheit der Frau verletzt, so wird der Täter mit drei bis zu sechs Jahren Gefängnis bestraft; hat die Tat den Tod der Frau zur Folge gehabt, so wird eine Strafe von vier bis zu acht Jahren Gefängnis verhängt.
5. Wird das Kind einer Frau, deren Schwangerschaft noch keine zehn Wochen dauert, und sei es mit ihrer Einwilligung, von einer Person abgetrieben, die nicht dazu befugt ist, so wird eine Strafe von zwei bis zu vier Jahren Gefängnis verhängt. Werden die sonstigen in den obigen Absätzen genannten Taten von einer unbefugten Person begangen, so wird die gemäß diesen Absätzen zu verhängende Strafe um die Hälfte erhöht.
6. Wird die Frau als Opfer einer Straftat schwanger, so wird derjenige, der die Schwangerschaft abbricht, nicht bestraft, wenn diese nicht länger als 20 Wochen besteht und die Einwilligung der Frau vorliegt. Jedoch muss dann die Schwangerschaft durch einen Facharzt in einem Krankenhaus abgebrochen werden.

Selbstabtreibung

Art. 100

1. Treibt eine Frau, deren Schwangerschaft länger als zehn Wochen besteht, ihr Kind willentlich ab, so wird sie mit bis zu einem Jahr Gefängnis oder Geldstrafe bestraft.

Für die Übersetzung des tStGB s. Tellenbach, Silvia, Das türkische Strafgesetzbuch, Berlin 2008.

diesem Fall wird die Frau, welche in die Abtreibung einwilligt, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr Gefängnis oder Geldstrafe bestraft.“

Durch diese Strafnorm wird das Leben des Embryos geschützt. Der Embryo ist nicht schutzlos. Außerdem wird auch die Mutter geschützt⁴. Für eine Abtreibung durch eine nichtärztliche Person gilt:

„Wird das Kind einer Frau, deren Schwangerschaft noch keine zehn Wochen dauert, und sei es mit ihrer Einwilligung, von einer Person abgetrieben, die nicht dazu befugt ist, so wird eine Strafe von zwei bis zu vier Jahren Gefängnis verhängt. Werden die sonstigen in den obigen Absätzen genannten Taten von einer unbefugten Person begangen, so wird die gemäß diesen Absätzen zu verhängende Strafe um die Hälfte erhöht.“ (Art. 99/5)

Das türkische StGB spricht von Abtreibung eines Kindes (*çocuk*). Eigentlich ist “Kind” im Sinne der Strafgesetze eine Person, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (Art. 6 tStGB) –. Hier ist das Kind jedoch als Embryo zu verstehen, das heißt, das Wesen ab der Befruchtung bis zur Geburt.

Es ist von großer Bedeutung, ab welchem Zeitpunkt ein Embryo als Mensch anzunehmen ist. Dies spielt eine große Rolle, um die Tötungsdelikte von der Abtreibung zu unterscheiden (*In Deutschland heißt der 16. Abschnitt im StGB: „Straftaten gegen das Leben“*). Außerdem ist dies von großer Bedeutung, weil fahrlässige Handlungen des Arztes, die zum Schwangerschaftsabbruch führen, nicht strafbar sind. Dagegen ist die fahrlässige Tötung strafbar. Hier muss ich sofort betonen, dass der fahrlässig handelnde Arzt bestraft werden kann, wenn seine (fahrlässige) Handlung bei der schwangeren Frau auch zu einer Frühgeburt oder den Verlust des Kindes führt. So kann der Arzt nicht bestraft werden, wenn er den Schwangerschaftsabbruch fahrlässig verursacht, während er bestraft werden kann, wenn seine fahrlässige Körperverletzung den Schwangerschaftsabbruch zur Folge hat.

Im türkischen Recht wird ein Embryo erst dann ein Mensch, wenn der Geburtsvorgang endet, das heißt, wenn das Kind den Körper der Mutter komplett verlässt⁵. Im deutschen Recht dagegen, wird das Kind schon ein Mensch, wenn die Eröffnungswehen beginnen⁶. Dieser Unterschied hat erhebliche Folgen:

⁴ ÖNDER, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, 175; DÖNMEZER, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Auflage, İstanbul 2001, 200.

⁵ ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994, 7, TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2005; 22; vgl. SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Auflage, Ankara 2005, 99.

⁶ BGHSt 32, 197; SS-ESER, Vorbem. §§211 ff., kn. 13 (26. Auflage); TRÖNDLE/FISCHER, vor §§ 211 bis 216, kn. 2 (52. Auflage).

Fall: “Im Rahmen des ärztlichen Notdienstes wurde der angeklagte Assistenzarzt zu einer Patientin gerufen, die über Krämpfe im Unterleib klagte. In Wirklichkeit handelte es sich dabei jedoch um Wehen im 9. Schwangerschaftsmonat. Trotz seiner Annahme, dass entgegen der Meinung der Patientin doch eine Schwangerschaft vorliege, unterließ der Angeklagte eine gynäkologische Untersuchung und verordnete Buskopanzäpfchen, ohne etwas von seinem Schwangerschaftsverdacht zu sagen. Zwei Tage später gebar die Patientin ein totes Kind, das an den Folgen des Sauerstoffmangels während der überlangen Geburt innerhalb der letzten 24 Stunden gestorben war”⁷.

In diesem Fall kann der Arzt nach deutschem Recht wegen fahrlässiger Tötung des Kindes bestraft werden, weil das menschliche Leben mit den Eröffnungswehen beginnt, während der Arzt nach türkischem Recht nicht wegen Tötung bestraft werden kann, weil das Kind noch ein Embryo und fahrlässige Abtreibung nicht strafbar ist. Der Arzt kann jedoch im türkischen Recht wegen fahrlässiger Körperverletzung der Mutter bestraft werden.

Tauglicher Täter einer *Fremdabtreibung* kann jeder sein außer der Mutter. Hier möchte ich diese Straftat jedoch nur hinsichtlich des medizinischen Personals behandeln.

Es stellt sich die Frage, wer berechtigt/befugt ist, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen. Dies ist in der Verordnung für die Durchführung und Überwachung des Schwangerschaftsabbruchs und Sterilisationsleistungen geregelt. Nach Art. 3 darf die Schwangerschaft nur durch Gynäkologen abgebrochen werden. Allgemeinmediziner dürfen ebenfalls eine Schwangerschaft abbrechen, wenn sie dafür besonders ausgebildet sind und unter der Aufsicht eines Gynäkologen arbeiten. Sie dürfen aber nur dann die Schwangerschaft abbrechen, wenn diese nicht länger als zehn Wochen dauert. Ist diese Frist von zehn Wochen überschritten, darf die Schwangerschaft abgebrochen werden, wenn ein Gynäkologe und ein anderer Facharzt dies als nötig ansehen (Bevölkerungsplanungsgesetz Art. 5/2).

Dauert die Schwangerschaft länger als zehn Wochen, und beendet sie eine nicht befugte unzuständige Person mit Einwilligung der Mutter, so wird der Täter bestraft:

„Wird das Kind einer Frau, deren Schwangerschaft noch keine zehn Wochen dauert, und sei es mit ihrer Einwilligung, von einer Person abgetrieben, die nicht dazu befugt ist, so wird eine Strafe von zwei bis zu vier Jahren Gefängnis verhängt.“
(tStGB Art. 99/5)

Hat die Mutter nicht eingewilligt und ist der Täter befugt, so wird die Strafe erhöht:

⁷ Vgl. BGHSt 31, 348 ff.

„Werden die sonstigen in den obigen Absätzen genannten Taten von einer unbefugten Person begangen, so wird die gemäß diesen Absätzen zu verhängende Strafe um die Hälfte erhöht“ (Art. 99/5 Satz 2 tStGB).

Was ist unter Abtreibung zu verstehen?

Zuerst ist zu erörtern, was keine Abtreibung ist: Verhütung ist keine Abtreibung sowie Handlungen nach der Geburt. Die letzteren sind Tötungen, wenn das Kind lebend geboren ist⁸. Abtreibung ist also alles, was zum Tod des Embryos führt. Diese Handlungen müssen nicht in einer bestimmten Weise begangen werden⁹. So kann man unmittelbar den Embryo töten, wie durch Ausschabung der Gebärmutter (sog. Curettage) oder auf die Mutter einwirken, z.B. durch das Verabreichen eines Medikamentes, so dass der Embryo stirbt¹⁰.

Es spielt keine Rolle, ob der Embryo aus dem Körper der Mutter herausgelangt oder nicht. Er kann auch in der Gebärmutter verbleiben. Außerdem der tote Embryo wird auf jeden Fall rauskommen¹¹.

Hier taucht die Frage auf, ob der Arzt zu bestrafen ist, wenn das Kind infolge der Abtreibung doch lebend zur Welt kommt, aber danach nicht behandelt wird und stirbt. In jedem aktiven Verhalten gibt es auch eine Unterlassung und diese Unterlassung wird nicht bestraft¹². So wird das Unterlassen des Arztes nicht als Tötung durch Unterlassen bestraft.

Meines Erachtens richtet sich der Eingriff jedoch gegen den Embryo. Wenn infolge dieser Handlung das Kind lebend zur Welt kommt, ist es ein Mensch, und die darauffolgende Unterlassung ist eine Straftat. Somit ist das Tatobjekt der Unterlassung nicht mehr der Embryo, sondern ein Mensch.

Das wirft eine weitere Frage auf: Wird ein eine schwangere Frau tötender Täter auch wegen Schwangerschaftsabbruch bestraft, wenn er gleichzeitig mit der Frau den Embryo tötet? Zuerst muss festgestellt werden, dass die Tötung einer schwangeren Frau keinen Schwangerschaftsabbruch darstellt. Beabsichtigt jedoch der Täter die Tötung des Embryos und nimmt den Tod der Mutter in Kauf, so wird er wegen zwei Straftaten bestraft. Das heißt, die Tötung einer schwangeren Frau beinhaltet meist die Tötung des Embryos. Dagegen beinhaltet die Tötung des Embryos nicht automatisch die Tötung der Mutter. Die Tötung

⁸ ERMAN/ÖZEK, 196.

⁹ SS-ESER, § 218, kn. 20.

¹⁰ ULSENHEIMER, Klaus, Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Auflage, Heidelberg 2003, I § 5, kn. 325.

¹¹ ÖNDER, 184. In den meisten Fällen verbleibt der tote Embryo nicht in der Gebärmutter, sondern wird geboren oder operativ entfernt.

¹² HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, 305, 306.

des Embryos wird im ersten Fall nicht bestraft, während sie im zweiten bestraft wird. Obwohl das türkische Strafgesetzbuch keine Strafbarkeit für die Tötung des Embryos vorsieht, wenn eine schwangere Frau getötet wird, ist dieser Fall ein Straferhöhungsgrund (Art. 82/1-f)¹³:

“Wird die vorsätzliche Tötung, gegen eine bekanntermaßen schwangere Frau begangen, so wird der Täter mit erschwerem lebenslangem Gefängnis bestraft.”

Der Tod der Mutter ist ein erfolgsqualifiziertes Delikt, wenn die Frau wegen/infolge der Abtreibung stirbt (Art. 99/3, 4 tStGB):

3. Hat die in Abs. 1 umschriebene Tat die körperliche oder geistige Gesundheit der Frau verletzt, so wird der Täter mit sechs bis zu zwölf Jahren Gefängnis bestraft; **hat die Tat den Tod der Frau zur Folge gehabt**, so wird eine Strafe von 15 bis zu 20 Jahren Gefängnis verhängt.
4. Hat die in Abs. 2 umschriebene Tat die körperliche oder geistige Gesundheit der Frau verletzt, so wird der Täter mit drei bis zu sechs Jahren Gefängnis bestraft; **hat die Tat den Tod der Frau zur Folge gehabt**, so wird eine Strafe von vier bis zu acht Jahren Gefängnis verhängt.

So wird der Täter nicht wegen zwei Straftaten (Abtreibung und Tötung), sondern nur wegen einer Straftat (Abtreibung mit Todesfolge) bestraft.

Der Schwangerschaftsabbruch kann mit allen Mitteln begangen werden.

Der Schwangerschaftsabbruch muss für den Tod des Feten ursächlich sein. Ist der Embryo bereits tot, so ist es ein untauglicher Versuch. Der Täter kann aber trotzdem wegen Körperverletzung gegen die Mutter bestraft werden¹⁴.

Die Tat ist nur dann strafbar, wenn sie vorsätzlich begangen wird. Sollte ein Arzt der Mutter ein Medikament verabreichen und dieses Medikament zum Tod des Embryos führen, wird der Arzt nicht wegen Schwangerschaftsabbruchs, sondern wegen fahrlässiger Körperverletzung der Mutter bestraft (Art. 89/3-e):

“Hat die fahrlässige Körperverletzung bei dem Opfer den Verlust des Kindes zur Folge gehabt....”

RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE

Der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung gilt auch hier.

¹³ Für weitere Informationen, s. HAKERİ, Hakan, *Kasten Öldürme Suçları*, Ankara 2006, 234, 235.

¹⁴ s. ERMAN/ÖZEK, 194.

In Art. 5 des Gesetzes über Bevölkerungsplanung wird die Einwilligung ausdrücklich geregelt:

„Gibt es keine gesundheitlichen Gründe, die dagegen sprechen, kann die Schwangerschaft bis zum Ende der zehnten Woche mit der Einwilligung der Mutter abgebrochen werden.“

Besteht die Schwangerschaft mehr als zehn Wochen, darf man das Kind einer Frau nur dann abtreiben, wenn die Schwangerschaft das Leben der Mutter bedroht oder das Kind oder die nächste Generation schwer beschädigt sein würde. In diesem Fall müssen ein Gynäkologe und ein Facharzt dies diagnostizieren. Beim Notfall, in dem das Leben oder lebenswichtige Organe der Mutter in der Gefahr sind, kann der Schwangerschaftsabbruch durch den zuständigen Arzt erfolgen.

Somit werden zwei Rechtfertigungsgründe und einen Notstandsfall geregelt.

1. Schwangerschaftsabbruch bis zur zehnten Woche
2. Gefahr der Schädigung des Kindes oder der nächsten Generationen und
3. Notstand.

1. Schwangerschaftsabbruch bis zur zehnten Woche (Fristenmodell)

Das Bevölkerungsplanungsgesetz erlaubt den Schwangerschaftsabbruch bis zur zehnten Woche ohne weiteres. So ist der Schwangerschaftsabbruch bis zur zehnten Woche kraft Gesetzes rechtmäßig. Das tStGB sieht auch dieses Kriterium vor:

„Wer ohne medizinische Notwendigkeit, auch wenn eine Einwilligung vorliegt, das Kind einer Frau abtreibt, deren Schwangerschaft mehr als **zehn Wochen** besteht...“ (Art. 99/2).

„Wird das Kind einer Frau, deren Schwangerschaft noch keine **zehn Wochen** dauert, und sei es mit ihrer Einwilligung ...“ (Art. 99/5).

„Treibt eine Frau, deren Schwangerschaft länger als **zehn Wochen** besteht, ihr Kind willentlich ab, so wird sie mit bis zu einem Jahr Gefängnis oder Geldstrafe bestraft“ (Art. 100).

Warum gerade zehn Wochen? Dies wird damit erklärt, dass der Schwangerschaftsabbruch bis zur zehnten Woche für die Mutter nicht gefährlich sei¹⁵.

¹⁵ DÖNMEZER, 218.

Der Vater hat auch ein Entscheidungsrecht über die Fortführung oder den Abbruch der Schwangerschaft. So müssen auch die Interessen des Vaters als Erzeuger berücksichtigt werden. In einigen Ländern wird die Zustimmung des Vaters zu einem Schwangerschaftsabbruch vorausgesetzt. „So wird in den USA in manchen Krankenhäusern der Eingriff nur vorgenommen, wenn die Zustimmung des Mannes vorliegt, und zwar obwohl ein Urteil des US-Supreme Court den einzelstaatlichen Gesetzgebern verbietet, Schwangerschaftsabbrüche gegen den Willen des Mannes zu untersagen. Das heißt, dass in den USA die Zustimmung des Mannes zwar nicht von Gesetzes wegen erzwungen, wohl aber von manchen Krankenhäusern verlangt wird“. In einigen Ländern dagegen wird nur die Möglichkeit einer Anhörung des Ehemannes im Indikationsfeststellungsverfahren vorgesehen. In den meisten Ländern wird jedoch der Vater nur einbezogen, wenn dies die Schwangere selbst wünscht oder jedenfalls darin einwilligt¹⁶.

Das türkische Bevölkerungsplanungsgesetz fordert bei verheirateten Schwangeren die Einwilligung des Ehegatten in den Abbruch. Das Strafgesetz sieht diese nicht vor. So werden Verstöße gegen das Bevölkerungsplanungsgesetz lediglich als Ordnungsverstoß betrachtet¹⁷. Bei Minderjährigen ist die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich (Art. 6 Bevölkerungsplanungsgesetz)

In diesem Fall darf die Schwangerschaft nur dann abgebrochen werden, wenn dies für die Mutter keine Gefahr darstellt (Art. 5/1, Bevölkerungsplanungsgesetz).

2. Gefahr der Schwerstbehinderung (Indikationsmodell)

Das Gesetz über Bevölkerungsplanung enthält einen Rechtfertigungsgrund für die Abtreibung, wenn die Schwangerschaft für den Embryo oder für die nächsten Generationen zu schweren Schädigungen führen kann. Insofern kann man hier von einem Indikationsmodell sprechen.

Im deutschen Recht wird ausdrücklich betont, dass behindert zu sein keine Indikation für den Schwangerschaftsabbruch sei¹⁸.

Beispiel zur schweren Schädigung: Wegen der Zeugung eines Kindes durch nahe Verwandte ist das erste Kind blind. Die Wahrscheinlichkeit ist groß, dass auch weitere Kinder blind oder schwerstbehindert sein werden¹⁹.

¹⁶ ESER, 675, 676.

¹⁷ 8. CD, 26.11.1985, 5039/5473.

¹⁸ BT-Drucksache, 13/1850, s. 26.

¹⁹ ÖNDER, 181.

Hier taucht die Frage auf, was „schwer“ behindert zu sein heißt, und wer dies bestimmt. „Schwer behindert“ sein heißt, eine Behinderung zu haben, die nicht geheilt werden kann, wie z.B. das Fehlen eines Organs²⁰.

Es gibt auch eine Liste für bestimmte schwere Krankheiten bzw. Behinderungen in einer Verordnung²¹. Die in dieser Liste aufgeführten Krankheiten sind ein numerus clausus.

Im türkischen Recht gibt es keine Fristen für den Schwangerschaftsabbruch wegen schwerer Schädigung. Dagegen enthält das deutsche Recht eine starre Fristenbegrenzung auf 22 Wochen. Diese wird jedoch kritisiert, weil dies angesichts des medizinisch-technischen Fortschritts auf dem Gebiet der Pränataldiagnostik und der Komplexität unterschiedlicher Zumutbarkeitslagen zu eng wäre²².

3. Allgemeine Notlagenindikation

Hier wird der Schwangerschaftsabbruch vom Vorliegen einer bestimmten Art von Notlage abhängig gemacht.

Nach Art. 5 Bevölkerungsplanungsgesetz darf das Kind einer Frau, deren Schwangerschaft mehr als zehn Wochen besteht, nur dann abgetrieben werden, wenn die Schwangerschaft das Leben der Mutter nicht gefährdet. In einem solchen Fall gibt es keine Frist für den Schwangerschaftsabbruch.

Aber selbst wenn es diese Regelung nicht gäbe, wäre ein Schwangerschaftsabbruch nach der allgemeinen Notstandsregelung möglich (Art. 25/2 tStGB).

Straferschwerungsgründe

Im alten tStGB gab es Strafminderungsgründe bei der Abtreibung, während das neue tStGB nur Straferschwerungsgründe vorsieht.

Art. 99/3 sieht vor: „Hat die in Abs. 1 umschriebene Tat die körperliche oder geistige Gesundheit der Frau verletzt, so wird der Täter mit sechs bis zu zwölf Jahren Gefängnis bestraft; hat die Tat den Tod der Frau zur Folge gehabt, so wird eine Strafe von 15 bis zu 20 Jahren Gefängnis verhängt“.

Nach Art. 99/4: „Hat die in Abs. 2 umschriebene Tat die körperliche oder geistige Gesundheit der Frau verletzt, so wird der Täter mit drei bis zu sechs Jahren

²⁰ ERMAN/ÖZEK, 199.

²¹ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük.

²² CZERNER, Frank, „Reform der Reform: Wiedereinführung der embryopathischen Indikation bei Spätabtreibungen?“, ZRP 2009, 236 (s. 233-236).

Gefängnis bestraft; hat die Tat den Tod der Frau zur Folge gehabt, so wird eine Strafe von vier bis zu acht Jahren Gefängnis verhängt“.

„Wird das Kind einer Frau, deren Schwangerschaft noch keine zehn Wochen dauert, und sei es mit ihrer Einwilligung, von einer Person abgetrieben, die nicht dazu befugt ist, so wird eine Strafe von zwei bis zu vier Jahren Gefängnis verhängt“ (Art. 99/5, S. 1).

„Werden die sonstigen in den obigen Absätzen genannten Taten von einer unbefugten Person begangen, so wird die gemäß diesen Absätzen zu verhängende Strafe um die Hälfte erhöht“ (Art. 99/5, S. 2).

Der Versuch zu dieser Straftat ist möglich und strafbar.

Verständigt sich die Frau mit dem Arzt über die geplante Abtreibung oder begibt sich sogar für die Abtreibung in die Klinik, sind diese Handlungen Vorbereitungshandlungen und nicht strafbar. Erst wenn sich die Frau auf den Operationstisch legt, ist die Tat ab diesem Zeitpunkt als Versuch zu bestrafen. Auch das Bezahlen der Abtreibungsgebühr ist Vorbereitungshandlung und damit straflos²³.

In einem Fall hat der Arzt mit der Abtreibung begonnen. Wegen einer Perforation der Gebärmutter wurde die Frau in ein Krankenhaus gebracht. Das Kind starb. Der türkische Kassationsgerichtshof hat diese Handlung als Versuch bestraft²⁴.

Bleiben die Abtreibungshandlungen des Arztes erfolglos, so ist dies auch Versuch²⁵.

Beteiligung

Die Mutter ist (eigentlich) das Opfer dieser Straftat. So werden keine Beteiligungsregeln (zwischen dem Täter und der Mutter) angewendet.

Die Mutter kann auch nach Art. 99 tStGB bestraft werden: „Wer ohne medizinische Notwendigkeit, auch wenn eine Einwilligung vorliegt, das Kind einer Frau abtreibt, deren Schwangerschaft mehr als zehn Wochen besteht, wird ... bestraft.“ In diesem Fall wird auch die Frau, welche die Einwilligung zur Abtreibung des Kindes gibt, mit bis zu einem Jahr Gefängnis oder Geldstrafe bestraft. Mit dieser Formulierung sieht der Gesetzgeber vor, dass keine Beteiligungsregeln, sondern diese besondere Bestimmung angewendet wird.

²³ 1.CD, 16.7.1954, 1106/1202, DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 12. Auflage, İstanbul 1997, 433.

²⁴ 8.CD, 18.2.1998, 837/1919.

²⁵ ULSENHEIMER, I §5, kn. 327; ERMAN/ÖZEK, 197.

Konkurrenzen

Werden Zwillinge abgetrieben, so wird der Täter wegen zwei Abtreibungen bestraft. Dagegen wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass in einem solchen Fall Art. 43/2 tStGB anzuwenden ist²⁶. Nach Art. 43/2 tStGB wird eine einzige Strafe verhängt, wenn eine Straftat durch eine einzige Handlung gegen mehr als eine Person begangen wird. Diese Strafe wird jedoch um ein Viertel bis um drei Viertel verschärft. Das Problem ist jedoch, dass die Feten (*Embryos*) keine „Person“ im Sinne des Art. 43/2 tStGB sind.

Es wird auch die Meinung vertreten, dass auch bei Zwillingen nur eine Straftat vorliegt, weil das Opfer nur die Mutter ist²⁷.

Besonderer Notstandsfall

Dieser Notstandsfall wird in der deutschen Lehre als „kriminologische Indikation“ bezeichnet²⁸, und wurde im türkischen Recht zum ersten Mal im neuen StGB geregelt (Art. 99/6):

„Wird die Frau als Opfer einer Straftat schwanger, so wird derjenige, der die Schwangerschaft abbricht, nicht bestraft, wenn diese nicht länger als 20 Wochen besteht und die Einwilligung der Frau vorliegt. Jedoch muss dann die Schwangerschaft durch einen Facharzt in einem Krankenhaus abgebrochen werden.“

In diesem Fall gilt weder die Zehn-Wochen-Frist, noch das Indikationsmodell oder der allgemeine Notstand. Außerdem wird die Frist ziemlich gelockert. Das Wichtigste ist, dass die Frau Opfer einer Vergewaltigung ist.

Ursprünglich wurde im Ausschuss im Justizministerium eine Frist von 24 Wochen bestimmt. Aber im Parlament wurde sie auf 20 Wochen reduziert. Es wurde angenommen, dass es nicht sein könne, dass eine Frau, nach einer Vergewaltigung 24 Wochen wartet. Aber wenn Sie solange wartet, kann die Abtreibung nicht rechtmäßig sein. So hat man den Frist als 20 Wochen bestimmt²⁹.

Die Mutter *muss* in die Abtreibung einwilligen. Wenn die Mutter minderjährig ist, dann muss gesetzlicher Vertreter einwilligen.

²⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 209.

²⁷ KANBUR, Mehmet Nihat, „Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, S. 1254.

²⁸ LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, §218a, kn. 18 (24. Auflage).

²⁹ Das türkische Amt für Religionsangelegenheiten hat in einer Entscheidung vom 14.01.1993 betont, dass in solchen Fällen das Kind abgetrieben werden dürfe, s. AVCI, Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004, 155.

Wenn die Frau verheiratet ist, dann findet die Regelung hier keine Anwendung, die eine Einwilligung des Ehegatten vorsieht³⁰.

Die Abtreibung muss von einem Facharzt und in einem Krankenhaus durchgeführt werden. So will der Gesetzgeber garantieren, dass die Gesundheit der Mutter geschützt wird.

Hier wird die Frage diskutiert, wie man wissen soll, dass die Frau infolge einer Straftat schwanger ist.

Dies kann nicht durch den Arzt festgestellt werden. So wird in der Lehre vorgeschlagen, dass eine Kommission dies tun soll³¹.

Meines Erachtens soll man in der Praxis voraussetzen, dass die Mutter Strafanzeige erstattet haben soll. Dies kann für eine gewisse Sicherheit sorgen. Nur mit der Aussage der Mutter, sie sei vergewaltigt worden, darf man nicht das Kind abtreiben. Würde man dagegen auf das rechtskräftige Urteil gegen den Vergewaltiger warten, wäre dies zu spät für eine Abtreibung. Deshalb muss eine Anzeige genügen. Wenn die Anzeige rechtswidrig ist, dann kann die Frau bestraft werden. Diese von mir in der ersten Auflage meines Buches vertretene Meinung³² hat sich in der Praxis etabliert.

ZUSAMMENFASSEND muss man zuerst feststellen, dass man mit strafrechtlichen Mitteln den Schwangerschaftsabbruch nicht bekämpfen kann³³. Außerdem ist es eine Tatsache, „dass von strenger strafrechtlicher Sanktionsdrohung beim Schwangerschaftsabbruch in der modernen Gesellschaft keine nennenswerten spezialpräventiven ("Resozialisierung" und Sicherung aktueller Täter) und androhungsgeneralpräventiven ("Abschreckung" potentieller Täter) Effekte ausgehen. Für Systeme mit restriktiven Regelungen ist ein enormes Auseinanderklaffen von exorbitanten Dunkelzifferschätzungen einerseits und minimalen Verurteilungsziffern andererseits geradezu charakteristisch"³⁴.

³⁰ GÜLŞEN, Recep, "Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi (TCK 99/ son)", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, 1225.

³¹ ÜNVER, Yener, „Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun“, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, 106.

³² HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, 465.

³³ Nach dieser Auffassung, das Strafrecht sei für bestimmte, noch näher zu beschreibende, existentielle Grenzsituationen unangemessen, diese Situationen erforderten strafrechtliche Zurückhaltung, das (Straf-)Recht habe die Entscheidung des in Bedrängnis eigenverantwortlich Handelnden zu respektieren, S. KAYBER, Marijon, Abtreibung und die Grenzen des Strafrechts, Berlin 1997, 103.

³⁴ ESER, 677.

Dabei darf man nicht vergessen, dass der Schwangerschaftsabbruch in der Regel mit einer Indikation durchgeführt werden muss. Er ist keine Schönheitsoperation, die im "Belieben" steht.

In der Regel darf der Schwangerschaftsabbruch nur ein Ausweg aus einer Notlage sein³⁵. Was unter "Notlage" zu verstehen ist, muss jedoch weit bestimmt werden.

Georgia

ORGAN TRADE AND CRIMINAL LAW

Kakha Tsikarishvili

Tinatin Tsereteli State and Law Institute

The emergence of the crime of organ trade is related to the emergence of organ transplantation. Organ transplantation is defined as the moving of an organ from one body to another or from a donor site on the patient's own body, for the purpose of replacing the recipient's damaged or absent organ¹. Organs can be transplanted from a living or cadaveric source;

Organ transplantation became widespread in the 1970s, since pharmaceuticals that prevent organ rejection were introduced. Most commonly transplanted organs are kidneys, liver and heart.

According to World Health Organization (WHO), kidney transplants are carried out in 91 countries. Around 66 000 kidney transplants, 21 000 liver transplants and 6000 heart transplants were performed globally in 2005. The access of patients to organ transplantation, however, varies according to their national situations, and is partly determined by the cost of health care, the level of technical capacity and, most importantly, the availability of organs².

³⁵ ESER, 678.

¹ See also "Ethics of Organ Transplantation", (center for Bioethics, 2004) http://www.ahc.umn.edu/img/assets/26104/Organ_Transplantation.pdf.

² Yosuke Shimazono, "The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information", see at <http://www.who.int/bulletin/volumes/85/12/06039370/en/>.

In Georgia, organ transplantation is regulated by the law on organ transplantation adopted in 2000. The law envisages organ transplantation from living as well as cadaveric source.

Law envisages that when transplanting an organ from living source, following conditions must be fulfilled: Donor should be legally capable, genetic relative or spouse of the recipient, or genetic relative of recipient's spouse (the only exception from this precondition is when the transplanted organ can be regenerated), the transplantation does not jeopardize the health or life of the donor, the removal of the organ is done by appropriately licensed doctor of appropriately licensed institution.

The consensual nature of the organ transplantation is of utmost importance. The law envisages that the consent should be obtained in writing, and the donor should be informed about consequences and risks of organ removal (consent should be "informed"). When it comes to the transplantation from cadaveric source, consent should be obtained from the close relative of the deceased donor and there should be evidence that the organ transplantation does not contradict with the belief of the donor.

According to art. 26 the law, the general oversight over the transplantation is attributed to the Ministry of Labor, Health and Social affairs of Georgia.

According to this law, organ trade is illegal. The costs of organ transplantation can be reimbursed in accordance with the requirements stipulated by the legislation of Georgia.

The prohibition of organ trade is almost universally recognized. Among those international documents condemning organ trade, following can be mentioned:

- Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of Human Being related to Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, adopted by Council of Europe in 2002.
- World Health Organizations guiding principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation, endorsed by World Health Assembly, 2010.
- Taipei Recommendation on the Prohibition, Prevention and Elimination of Organ Trafficking in Asia, 2008. etc.

Organ trafficking is also banned by domestic legislations of most countries of the world. The only country which explicitly allows organ trade is Iran.

Despite the international and national prohibition of organ trade, it constitutes an internationally widespread crime. And there are two recognized major factors contributing to organ trade:

1. Shortage of organs

Patients in need of organ transplantation need to wait in line before they get the needed organ. Average waiting time for kidney transplantation in Europe varies from 3 to 5 years and from 15 to 30 percent of patients on waiting list die due to the shortage of organs³.

In the United States, 75 000 people are languishing on waiting lists for organs, and at least five thousand die on it every year (in 1988, only 16 000 were on the waiting lists, and the number has grown ever since). The biggest problem is kidney shortages, as 40 000 people are waiting for one. The same situation prevails in Canada, where 3 500 people wait for organs every year and approximately one-quarter of them will die while waiting⁴.

2. Readiness of poor donors to sell their organs in order to obtain financial benefit

According to COE Parliamentary Assembly Report on Trafficking of Organs in Europe:

As a result of poverty, young people in some parts of eastern Europe have sold one of their kidneys for sums of US\$2 500 to US\$3 000, while recipients are said to pay between US\$100 000 and US\$200 000 per transplant. It is a matter of grave concern that following illegal transplants the donor's state of health generally worsens in the medium term, due to the absence of any kind of medical follow-up, hard physical work and an unhealthy lifestyle connected to inadequate nutrition and a high consumption of alcohol. Most illegal donors will thus be forced in time to live on dialysis treatment or await, in turn, a kidney transplant⁵.

COE report goes on and states following:

“ This situation raises a number of ethical questions: Should the poor provide for the health of the rich? Should the price of alleviating poverty be human health? Should poverty compromise human dignity and health? And in terms of medical ethics, should help to recipients be counterbalanced by neglect of, and harm to, donors?

The Parliamentary Assembly therefore disapproves of recent trends in some western European countries towards less restrictive laws, which would allow greater scope for unrelated living donation”.

³ COE Parliamentary Assembly, Report on Trafficking of Organs in Europe: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc03/EDOC9822.htm>.

⁴ <http://liberator.net/articles/TremblayFrancois/OrganTrade.html>

⁵ Supra note 3.

What are the most common forms of international organ trade?

A common way to trade organs across national borders is via potential recipients who travel abroad to undergo organ transplantation, so called “transplant tourism”.

The international movement of potential recipients is often arranged or facilitated by intermediaries and health-care providers who arrange the travel and recruit donors. The Internet has often been used to attract foreign patients⁶.

There are other forms of international organ trade. In some cases, live donors are reportedly brought from their countries to the country of the recipient.

India is commonly known as organ-exporting country, where organs from local donors are regularly transplanted to foreigners through sale and purchase. Although the number of foreign recipients seems to have decreased after the enactment of a law banning the organ trade (the Human Organ Transplantation Act of 1994) the underground organ market is still existent and resurging in India. The Voluntary Health Association of India estimates that about 2000 Indians sell a kidney every year. Other donor countries are reported China, Pakistan, Philippines⁷.

Other countries where kidneys are reportedly sold include Bolivia, Brazil, Iraq, the Republic of Moldova, Peru and Turkey. In Iran, the trade of organs is practiced legally because it is not prohibited.

“As to “organ importing countries” accordingly, primarily Australia, Canada, Israel, Japan, Oman, Saudi Arabia and the USA.

As it was already mentioned, several international instruments call for the enforcement of prohibition of Organ trade worldwide.

For example, WHO’s Resolution on human organ and tissue transplantation, 2004 urges member States to:

“implement effective national oversight of procurement, processing and transplantation of human cells, tissues and organs, including ensuring accountability for human material for transplantation and its traceability. . .

to take measures to protect the poorest and vulnerable groups from “transplant tourism” and the sale of tissues and organs, including attention to the wider problem of international trafficking in human tissues and organs⁸”.

⁶ Yosuke Shimazono, “The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information”, see at <http://www.who.int/bulletin/volumes/85/12/06039370/en/>.

⁷ See supra.

⁸ http://www.who.int/transplantation/en/A57_R18-en.pdf

According to WHO's guiding principles on Human Cell, Tissue and Organ transplantation:

"Cells, tissues and organs should only be donated freely, without any monetary payment or other reward of monetary value. Purchasing, or offering to purchase, cells, tissues or organs for transplantation, or their sale by living persons or by the next of kin for deceased persons, should be banned.

The prohibition on sale or purchase of cells, tissues and organs does not preclude reimbursing reasonable and verifiable expenses incurred by the donor, including loss of income, or paying the costs of recovering, processing, preserving and supplying human cells, tissues or organs for transplantation".

COE report on Organ Trade in Europe states that the principle should be observed according to "which the human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain is part of the legal *acquis* of the Council of Europe".

Therefore COE recommends implementation of strict criminal liability for trade of organs even with *to ensure that those responsible for organ trafficking are adequately punished, including sanctions for medical staff involved in transplanting organs obtained through illegal trafficking,*

Despite the international consensus on the prohibition of organ trade, there are emerging arguments in its favor. Following would summarize the arguments against and in favor of organ trade:

Main argument is of ethical nature, it states that everything cannot be commercialized:

Human beings ... are of incomparable ethical worth and admit of no equivalent. Each has value that is beyond the contingencies of supply and demand or of any other relative estimation. They are priceless. Consequently, to sell an integral human body part is to corrupt the very meaning of human dignity⁹.

However, the contrary argument states that people should have right to dispose of their own body. Plus, the admission of organ trade would solve the problem of organ shortage and would save many lives.

Martin Wilkinson, a visiting professor at Keele University and former chairman of the New Zealand Bioethics Council, state that "[s]elling an organ should no longer be a criminal offence", arguing that "[p]unishing people for trying to sell their organs [...] infringes on a right to decide what to do with one's own body. He says that while "[p]eople who are desperate lay themselves open to exploitation and deceit, and organ sellers are exploited and deceived in black

⁹ L. de Castro: *Commodification and exploitation, arguments in favor of compensated organ donation* <http://jme.bmj.com/content/29/3/142.full>.

markets now", he thinks that "the answer is to regulate the market, not to drive it underground¹⁰.

Arthur Matas, professor of surgery, University of Minnesota argues:

"Today's biggest problem in kidney transplantation is the shortage of organs. Each year more patients are placed on the waiting list for a deceased donor transplant than there are available organs. Each year the waiting list gets longer.

A regulated system would provide strict control and limit harm. It would include payment made by the government, allocation of kidneys [by predefined criteria] so that every candidate has an opportunity for a transplant, full donor evaluation, long-term follow-up and treatment of the donor with dignity and appreciation for providing a life-saving gift. Compensation for living donors will increase the number of transplants and decrease death and suffering on dialysis. No other alternative to compensation will provide a sufficient numbers of kidneys.

I believe we should advocate a change in the law to allow a trial of regulated compensation for living donors to increase the supply of organs and protect the health and dignity of waiting patients¹¹."

Despite these growing arguments in its favor, the dominated opinion today, is against the trade of human organs. We believe that this approach should be maintained. In our opinion, human organs are inalienable part of human body and allowing the trade of organs is the same as allowing the trade of human beings, which according to contemporary law and ethics is universally prohibited.

This is also the approach of Georgian legal system today: according to Art. 135 ¹ of Georgian criminal code, which states following:

Art. 135 ¹ Trade with Human Organs

1. Trade with human organs
is punished from 6 to 9 years of deprivation of liberty
2. The same conduct committed repeatedly
is punished from 8 to 12 years
3. The same conduct committed by organized group
Is punished from 11 to 15 years.

¹⁰ www.en.wikipedia.org/wiki/Organ_trafficking

¹¹ Jeremy Laurence, Organ Trade Should be Legalized <http://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/health-news/surgeon-organ-trade-should-be-legalised-846234.html>.

According to academic commentaries¹² of Georgian criminal code, the objective side of this crime is expressed in the sale of organs. The crime is completed since the moment of the acquisition (disposition) of the organ. The subjective side of the crime covers intention. The goal and motive of the crime is based on financial gain, however, the buyer can be motivated not by gain, but the intention to save ones life¹³.

Now, an interesting aspect of Georgian law is that it punished equally everyone participating in the organ trade – the buyers, sellers and intermediaries. The accomplices to the crime shall also be punished the same way as the principles, depending on the mode of participation.

According to the report issued by GTZ, “*Coercion in Kidney Trade, A background Study on Trafficking in Human Organs Worldwide*¹⁴”, those who donate or sell organs “should not be held criminally responsible unless they are also directly implicated in trafficking of other organs”.

GTZ recommendation is apparently based on the idea that the donor and recipient are both forced into the busyness: donor because of the extreme poor financial condition forcing him to sell his organ and the recipient because of his effort of survival.

We do not agree that the actual donor and recipient should be totally exempt from criminal responsibility, because this would encourage the organ trade worldwide, but we believe however, a differentiation of criminal responsibility would be reasonable and the law should somehow be more lenient towards donor and recipient, who are morally less blamable, because they are forced into this busyness due to some external circumstances.

We conclude by saying that the Georgian approach of prohibition of organ trade fits with the internationally established standard and to the additional protocol of Convention on Human Rights and Biomedicine (to which Georgia is signatory), however, the penalties in criminal law can reasonably be reconsidered, as current system does not differentiate between different forms of participation in the crime according to the degree of moral blame.

¹² See, Criminal Law, Special Part, Authors - Mzia Lekveishvili, Nona Todua. Nino Gvenetadze, Gocha Mamulashvili (Tbilisi.: „meridiani" 2009), p. 345

¹³ See also, Marina Kvachadze, *Human Rights and Health Care System*, Tbilisi, 2011, p. 16

¹⁴ See at www.gtz.de/de/dokumente/en-svbf-organ-trafficking-e.pdf.

**PHYSICIAN'S REFUSAL OF (LEGAL) ABORTION
IN ROMANIAN CRIMINAL LAW**

Dr. Dr. h. c. Tudor Avrigeanu

Romanian Academy of Sciences,

Acad. Andrei Rădulescu Law Institute, Bucharest

The medically performed abortion with the consent of the pregnant woman is punishable in Romania as a rule after 14 weeks of pregnancy. The author points out two main exceptions within the light of physician's refusal of legally allowed abortion: a) when the abortion is necessary in order to save life, health or physical integrity of the pregnant woman from a grave, imminent and otherwise not avoidable threat and b) when the abortion is necessary from a therapeutic point of view.

**DER SCHWANGERSCHAFTSABBRUCH UND DIE RECHTSSTELLUNG DES
ABLEHNENDEN ARZTES
IM RUMÄNISCHEN STRAFRECHT**

Von Dr. Dr. h. c. Tudor Avrigeanu

Rumänische Akademie der Wissenschaften,

Acad. Andrei Rădulescu Rechtswissenschaftliches Institut, Bukarest

I

Die rumänische Öffentlichkeit wurde im Frühling 2011 vor einen Fall gestellt, der die Meinungen weit auseinander trieb. Eine im 6. Monat schwangere Frau hatte sich in eine Frauenklinik internieren lassen, um ihr als genetisch krank diagnostiziertes Kind abzutreiben. Als der Schwangerschaftsabbruch unter nicht geklärten Umständen per Injektionen eingeleitet wurde, hatte sie ihren Ehemann mitten in der Nacht angerufen, damit dieser zu ihr komme und Beistand leiste, was dieser auch getan hat, während ihr Kurarzt seinen Beistand aus religiösen Gründen verweigerte. Während das von dem Ehemann noch am Leben herausgezogene Kind ohne jegliche Versorgung gelassen wurde und in Kürze daraufhin starb, konnte die Ehefrau ohne besondere Gesundheitsschäden die Klinik verlassen, jedoch nicht ohne eine Malpraxisklage gegen den Kurarzt zu richten. Die von der Klinikleitung eingeleitete Untersuchung sprach diesen frei, und auch die Staatsanwaltschaft hat, soweit ersichtlich, keine Anhaltspunkte für eine strafrechtliche Klage gefunden. Ein anderer

aufsehenerregender Fall hat im Jahre 2008 stattgefunden. Ein 11-jähriges Mädchen wurde schwanger infolge einer Vergewaltigung, stellte aber die Schwangerschaft erst in der 20. Woche fest. Gemäss der rumänischen Gesetzeslage war (und ist) eine solche Spätabtreibung nur dann zulässig, wenn Leben, Gesundheit oder körperliche Integrität der Schwangeren schwer bedroht sind, was in diesem Fall freilich nicht zutraf. Von daher musste das Mädchen nach Grossbritannien reisen, um die Abtreibung durchführen zu lassen. Grosse Teile der rumänischen Öffentlichkeit fanden diese Rechtslage unzulässig, und einige Regierungstellen arbeiteten sogar auf ihre Änderung hin, nicht ohne die rumänischen Ärzte *en bloc* wegen mangelnden Verantwortungsbewusstseins anzuprangern.

Auf diesen letzten Fall hat der Rumänische Ärztenkolleg (*Colegiul Medicilor din Romania*) durch eine Pressemitteilung reagiert, in welcher er einige wichtigen Fragen klargestellt. Erstens wurde darauf hingewiesen, dass Abtreibung in der Regel ein medizinischer Vorgang ohne therapeutische Merkmale ist, wobei diese nur in den Ausnahmefällen hinzukommen, wenn das Leben der Frau von der Schwangerschaft in eine unmittelbar drohende Gefahr versetzt und diese Gefahr kann nur durch den Abbruch beseitigt werden. Zweitens sei der Schwangerschaftsabbruch ein Unternehmen, welches nähere sowie fernere Risiken für die Gesundheit der Frau nach sich zieht, welche Risiken dann sowohl von der Frau als auch von dem Arzt hinzunehmen sind. Drittens seien das Embryo und der Fötus „lebendige Wesen, welche Rechte haben“ und mit den Rechten der Mutter in einem Ausgleich stehen sollen. Viertens müsse heute davon ausgegangen sein, dass ein 20-Wochen-alter Fötus extrauterin überlebensfähig ist, wenn auch das Risiko einer schweren Behinderung in Kauf genommen wird. So wären die Ärzte jedenfalls verpflichtet gewesen, alles zu tun, um das Leben des Fötus zu retten. Fünftens sei das rumänische Abtreibungsrecht ohnehin unter den liberalsten in Europa zu zählen, und eine weitere Liberalisierung würde eine negative Wirkung auf die Gesundheit von Frauen und Bevölkerung haben. Sechstens und letztens sei der Versuch, den Ärzten eine Pflicht zur Durchführung von Abtreibungen aufzulegen, „eine schwere Verletzung der bürgerlichen Gewissensfreiheit sowie der Autonomie des ärztlichen Berufs“. Die Aufgabe der Ärzte bestehe hingegen darin, „das Leben in jeder Form zu schützen“, so dass ein Arzt nicht verpflichtet werden darf, ein Embryo oder einen Fötus zu zerstören: „die rettende Hand kann/darf nicht die tötende Hand sein“.¹ Angesichts der rumänischen Gesetzeslage und dieser Grundsätze wird im Folgenden die Frage nach der Rechtsstellung desjenigen

¹ Colegiul Medicilor din Romania, *Comunicat de presa – Modificarea legii privind avortul* (25.06.2008) <http://www.cmr.ro/content/view/264/11/>.

Arztes zu beantworten sein, der seine Mitwirkung an der Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs verweigert.

II

Die Liberalisierung der Abtreibung wurde in Rumänien zum ersten Mal im Jahre 1957 eingeführt und brachte sogleich eine erschreckende Abtreibungswelle mit. Nach weniger als 10 Jahren wurde das Rad zurückgedreht und die Verordnungen 770 und 771 von 1966 hatten die restriktive Regelung zurückgebracht. Damit war aber eine Rechtslage (wieder) geschaffen wurde, die im Westen (noch) in Kraft war, mehr noch: gemessen an den westlichen Standards ihrer Zeit war sie erheblich weniger restriktiv als man sich heute in der Regel vorstellt. Folgt man dem von Eser vorgeschlagenen Typisierung von Regelungsmodellen als Indikationslösung, Fristenlösung oder notlagenorientiertes Diskursmodell, dann wird man im Fall von Rumänien von einer Indikationslösung sprechen, d.i. von „Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs nur bei Vorliegen mehr oder weniger weitgehender und (meist) einer Beurteilung Dritter unterliegenden Zulässigkeitsvoraussetzungen“.² Obwohl das rumänische Strafrecht die Unterscheidung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen im Allgemeinen Teil ablehnte, stempelt die leitende Kommentierung der Abtreibungsregelung im Besonderen Teil die Indikationen als Rechtfertigungsgründe: „Grundsätzlich ist jeder Schwangerschaftsabbruch rechtswidrig“, aber es gibt Umstände unter welchen diese Tat „gerechtfertigt und von daher erlaubt, ja manchmal sogar notwendig ist“³.

Solche Ausnahmefälle wurden auf vier Begründungsarten zurückgeführt, nämlich: *therapeutische*, wenn die Schwangerschaft das Leben (nicht auch: die körperliche Unversehrtheit oder die Gesundheit) der Schwangeren vor eine Gefahr stellt, die anders nicht abgewendet werden kann; *eugenische*, wenn einer von den Eltern leidet unter einer schweren Krankheit, die erblich ist oder schwere kongenitale Malformierungen verursacht, oder wenn die Schwangere über 45 Jahre alt ist; *soziale*, wenn der Schwangerschaftsabbruch „ist gerechtfertigt“ dadurch, dass die Schwangere schwere physische, psychische oder sensorische Behinderungen aufweist sowie dadurch, dass sie vier Kinder geboren hat und gegenwärtig versorgt; *ethische*, wenn der Schwangerschaftsabbruch „ist gerechtfertigt“ dadurch, dass die Schwangerschaft Folge einer Vergewaltigung oder eines Inzests ist. Trifft einer dieser Gründe ein, so war der Abbruch nur

² A. Eser / H-G. Koch, *Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Befunde-Einsichten-Vorschläge*, 2000, S. 11.

³ S. Kahane, in V. Dongoroz, *Explicatii teoretice ale codului penal roman, Partea Speciala*, Band III, 2. Aufl. 2000, S. 241.

während der ersten drei Monate der Schwangerschaft zulässig. Die einzige Ausnahme davon war vorgesehen für den Fall „wenn ein schwerer pathologischer Zustand das Leben der Frau gefährdet“: dann nämlich war der Abbruch während der ersten 6 Monate der Schwangerschaft erlaubt, aber auch nur unter weiteren Auflagen. Er war nur durch einen Facharzt in einer Fachklinik durchzuführen und vor allem nachdem ein medizinischer Stadt- oder Bezirksausschuss die Erlaubtheit des Eingriffs geprüft und diesen autorisiert hatten. Davon war jedoch abzusehen „in Fällen extremer medizinischer Not, wenn der Eingriff muss unverzüglich durchgeführt werden“ (so die gesetzliche Formulierung, Art. 6 der VO 770/1966), wobei dem Arzt – in diesem Fall musste er nicht mehr unbedingt ein Facharzt sein – immerhin die Pflicht auferlegt wurde, noch vorher oder, wenn nicht möglich, spätestens während der ersten 24 Stunden nachher den Staatsanwalt schriftlich zu informieren.

Aus dem Gesamtbild dieser rechtfertigenden Indikationen wird deutlich, was ansonsten auch kaum streitig ist: die sozialistische Abtreibungsregelung hatte niemals die Rechtsstellung des Kindes als Person für massgeblich gehalten. Von Belang war den Machthabern ausschliesslich das bevölkerungspolitische Interesse, welches nur noch irgendwie mit den Interessen der unterworfenen Frauen auszugleichen waren. Dieser Ausgleich war allgemein als völlig ungerecht empfunden, und weitere Massnahmen – wie die regelmässige gynäkologische Konsultation aller empfängnistauglichen Frauen am Arbeitsplatz, damit Schwangerschaft möglichst früh registriert und Geheimabtreibung zusätzlich erschwert werden – vervollständigten das Bild einer sozialistischen Frau als potentieller Regimesfeind. Der Höhepunkt dieses praktizierten Krieges war erreicht, als das Regime zur rechtlich kaum begründbaren, praktisch wirksamen Gepflogenheit überging, die ärztliche Behandlung schwangerer Frauen, die infolge einer Geheimabtreibung in Lebensnot gerieten, nicht gestattet wurde, bis die letzteren die Namen ihrer Mithelfer nicht enthüllten.⁴ Nicht wenige Frauen wählten in einer solchen Lage den Tod statt dessen, was ihnen als echter Verrat erschien.

Angesichts dieser Rechtslage und deren praktizierten Entfaltung in der Wirklichkeit⁵ mag die Verhasstheit der sozialistischen Abtreibungsregelungen in der rumänischen Bevölkerung verständlich sein, und auch die bis heute andauernden Zurückhaltung all derjenigen Institutionen (allen voran die Kirche), die andernorts in der Öffentlichkeit für das Lebensrecht des ungeborenen Kindes eintreten. Der erste gesetzgeberische Schritt der

⁴ Siehe T. J. Keil / V. Andreescu, *Fertility Policy in Ceausescu's Romania*, *Journal of Family History* 24 (1999), 478 ff., 481.

⁵ Vgl. G. Jakobs, *Unrecht des Staates – Unrecht im Staat*, GA 1994, S. 1 ff., 5 ff.

revolutionären Macht war die Verordnung von 26. Dezember 1989 „zur sofortigen Beseitigung einiger tief ungerechten und den Interessen des rumänischen Volkes widerstrebenden Gesetze und Verordnungen des ehemaligen diktatorischen Regimes aus Rumäniens Gesetzgebung“. Die bunte aber nicht allzu umfassende Sammlung (13 Punkte) enthielt auch die Schwangerschaftsabbruchsvorschriften, einschliesslich ihrer strafrechtlichen Stützen (Pkt. 8 u. 12). Immerhin hatte das rumänische Gesundheitsministerium versucht, den leer gewordenen Platz bereits am 27. Dezember (und daraufhin am 5. Januar 1990) durch einige Leitsätze für Ärzte bereichsweise zu füllen. Hiernach war die Angemessenheit des Abbruchs einer Schwangerschaft nach dem 3. Monat vom Abteilungsleiterarzt festzustellen und vom Chefarzt der Klinik zu bestätigen, und zwar aufgrund medizinischer Dokumentation der Tatsache, dass die Fortsetzung der Schwangerschaft das Leben der Frau oder des Föten gefährdet, oder des Vorliegens einer Missbildung des Föten.

Erst im Jahre 1996 wurde die Abtreibung in das rumänische Strafgesetzbuch wieder eingeführt (Art. 185) und deren Freistellung in den ersten 14 Wochen der Schwangerschaft gewährt (falls mit Einwilligung der schwangeren Frau von einem Spezialistenarzt in einer autorisierten Spezialklinik durchgeführt). Wenn der Schwangeren unmöglich ist, ihren Willen zu äussern, muss der Abbruch „aus therapeutischen Gründen notwendig sein“, um „nicht strafbar“ zu sein, was in Verbindung mit der weiteren Vorschrift gelesen werden muss, wonach der Abbruch ist auch nach dem Ablauf der ersten 14 Wochen „nicht strafbar“, wenn er von einem Arzt „aus therapeutischen Gründen“ vollzogen wird. Schliesslich ist der Schwangerschaftsabbruch auch – ohne Bindung an Fristen – „nicht strafbar“, wenn er „notwendig war, um das Leben, die Gesundheit oder die körperliche Integrität der schwangeren Frau vor einer schweren, unmittelbar drohenden und nicht anders abzuwendenden Gefahr zu retten“. Die Unterscheidung zwischen dieser letzten (Notstands-) Lage und der sonstigen „therapeutischen Gründen“ – welche in Verbindung auf die früher bereits erwähnten ministeriellen Leitsätze von 1989 und 1990 zu verstehen sind⁶ – wird von den neuen rumänischen Strafgesetzbuch von 2009 beseitigt. Der einschlägige Gesetzesstext (Art. 201 Abs. 6) lautet nun wie folgt: „Keine Straftat ist der Abbruch der Schwangerschaft zu einem therapeutischen Zweck, wenn durchgeführt von einem in Obstetrik-Gynekologie spezialisierten Arzt bis zum 24. Wochenalter der Schwangerschaft, oder der spätere Abbruch der Schwangerschaft zu therapeutischem Zweck, im Interesse der Mutter oder des Föten.“ Letzteres bedeutet wohl, dass der lebensfähige Fötus gerettet werden

⁶ R. Bodea, *Avortul*, in M. Basarab / V. Pasca (Hrsg.), *Codul penal comentat, Partea speciala*, 2008, Rn. 32.

sollte, d.i. es handelt sich um die Einleitung eines Frühgeburt. Hier zeigt sich noch einmal die Überlegenheit der früheren Lösung insofern, als damals der therapeutisch indizierte Schwangerschaftsabbruch nur bis zum 6. Monat der Schwangerschaft eben unter Hinweis auf die Lebensfähigkeit des Kindes nach diesem Alter zulässig war. Schwangerschaftsabbruch hiess damals eindeutig: Tötung des Fötus, auch wenn dessen Leben gerade nicht als Recht eines Menschen, sondern als Gut einiger Machthabenden angesehen wurde.

III

Wenn ein Machthaber die Tötung von Menschen unter Strafe stellt, mag er selbst weniger am Lebensrecht der ihm unterworfenen Menschen interessiert sein und mehr an deren Nützlichkeit, weshalb dann auch manche Ausnahmen verständlich werden, aber im Regelfall erscheint das Lebensrecht in den Augen derjenigen, die es anerkennen, eben als strafrechtlich geschützt. Im Gegensatz dazu steht freilich die Regelung des Schwangerschaftsabbruchs in Rumänien nach 1989, also in einem Staat, der vorgibt, gerade angesichts der kommunistischen Erfahrung ein Rechtsstaat zu sein. „Der Rechtsstaat regelt Konflikte durch das Recht. Er verbietet den Bürgern somit – vom Notwehrfall abgesehen – die Gewaltanwendung zur Durchsetzung ihrer Rechte und Interessen. Das Tötungsverbot ist seine Grundlage. Gibt der Gesetzgeber, wie im Falle der Legalisierung der Abtreibung, dem Bürger das Recht, über das Leben eines anderen zu verfügen, einem Interessenkonflikt also durch Gewaltanwendung zu lösen, verleugnet er den Rechtsstaat“.⁷ Wer hingegen den Rechtsstaat kompromisslos wahren will, sieht sich an einer zwingenden Gedankenfolge gebunden: „Es existiert keine einzige Notstandslage, welche rechtfertigen kann, einem anderen sein Leben zu rauben, auf das er ein Recht hat“⁸ und der Abbruch „aus welchen Gründen er auch immer geschieht (also auch bei traditionell verstandener medizinischer Indikation) ist deshalb zwingendes Zeichen dafür, dass die zu tötende Leibesfrucht – jedenfalls in der gegebenen Situation – nicht Person, nicht Träger eines Lebensrechts ist, wenn sie auch ein hohes Gut sein mag“.⁹ Wenn dies so ist, dann wird in jedem Fall einer sog. gerechtfertigten Abtreibung „unser Staat aufhören, ein Rechtsstaat zu

⁷ M. Spieker, *Der verleugnete Rechtsstaat*, 2005, S. 7.

⁸ J.-M. Silva Sánchez, *Die Unerwünschten als Feinde: Die Exklusion von Menschen aus dem status personae*, ZStW 118 (2006), S. 547 ff., 556.

⁹ G. Jakobs, *Rechtmässige Abtreibung von Personen?*, Juristische Rundschau 2000, S. 404 ff., 406; siehe auch dens., *Personalität und Exklusion im Strafrecht*, in N. Courakis (Hrsg.), Festschrift für D. Spinellis, 2001, S. 447 ff., 458 ff.

sein¹⁰ und jeder Arzt, der seine Mitwirkung daran verweigert, ein Wahrer der Rechtsstaatlichkeit.

„Niemand ist verpflichtet, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken. Dies gilt nicht, soweit die Mitwirkung notwendig ist, um von der Frau eine nicht anders abwendbare Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung abzuwenden“. So lautet der letzte Paragraph von einem im Jahre 2000 von *Albin Eser* und *Hans-Georg Koch* am Ende einer umfassenden rechtsvergleichenden Untersuchung vorgeschlagenen „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs“¹¹. Der einschlägige Art. 125 im rumänischen Gesetzbuch für Medizinische Deontologie lautet viel kürzer: „Jeder Arzt ist frei, die Aufforderung zum Abbruch der Schwangerschaft auf Verlangen ohne Begründung abzulehnen“. Der Rumänische Medizinerkolleg – dem das Urteil über Pflichtmässigkeit des Verhaltens eines Arztes aus medizinischer Hinsicht rechtlich zusteht und von dem zugleich das Gesetzbuch für Medizinische Deontologie ausgeht – hat in der eingangs zitierten Mitteilung von 2008 bereits darauf hingewiesen, dass unter „therapeutischer Abtreibung“ nur eine solche in Frage kommt, welche die einzige Lösung für die Abwendung einer schweren und unmittelbar drohenden Gefahr für das Leben der schwangeren Frau ist. Ein Arzt für den die frühere enge Fassung der therapeutischen Indikation massgeblich bleibt, wird damit jede Abtreibung ausserhalb dieses – engen – Rahmens als „freiwillig“ verstanden und ohne jegliche Begründung ablehnen dürfen.

Was sollte aber für den Fall gelten, wenn von den beiden Leben nur eines gerettet werden kann und der Arzt sich verweigert, das Leben der Mutter um den Preis desjenigen des Kindes zu retten? Würde man den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit bis zum letzten Ende verteidigen, es liesse sich keine andere rechtliche Lösung als rechtstaatlich darstellen, als diejenige der Pflichtenkollision, wobei die Auswahl der Verantwortlichkeit des immerhin zum Eingriff verpflichteten Arztes überlassen wäre. Angesichts der Gesamtlage könnte diese Lösung nicht als dem wirklichen rumänischen Recht entsprechend dargestellt werden, was freilich zugleich auf das allgemeinere Problem der unvermeidlichen Grenzen von Rechtsstaatlichkeit in der Wirklichkeit¹² hinweist. Dieses Problem ist hier nicht weiter zu behandeln. Während das rumänische Abtreibungsrecht dadurch zum grössten Teil als das Recht eines bereichsweise Unrechtsstaates anzusehen ist, dass es die Tötung

¹⁰ R. Spaemann, *Grenzen. Zur ethischen Dimension des Handelns*, 2. Auflage, 2002, S. 360.

¹¹ A. Eser/H.-G. Koch, [Fn. 2], S. 33.

¹² Siehe G. Jakobs, *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*, HRRS 8-9/2006, S. 289 ff.

unschuldiger Menschen erlaubt, darf der rumänische Arzt immerhin den Rechtsstaat zum grössten Teil dadurch verteidigen, dass er seine Mitwirkung am Töten verweigert.

Ukraine

**REFORM OF UKRAINIAN MEDICAL LAW WITH RESPECT TO BIOETHICS
AND RESPONSIBILITY OF PHYSICIANS**

H. Doc. Cand. jur. Dr. h. c. Dimitri Krupko
I. I. Mechnikov National University Odessa

The author accentuates the critical situation of medicine in newly born democracies. The basic accents are laid on human rights and victimological approach to medical delinquency. In this regard the author warns first of all against overestimating the preventive effectiveness of penal legislation and refers to the necessity of introducing higher standards on living and working conditions for doctors.

**STRAFBARKEIT DER ÄRZTE:
BIOETHISCHE ASPEKTE DER REFORM DES UKRAINISCHEN
MEDIZINRECHTS**

Von Kand. jur., Oberdozent, Dimitri Krupko
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozeß und Kriminalistik
der wirtschaftlich-rechtswissenschaftlichen Fakultät
der I.I. Metschnikow-Nationaluniversität Odessa

Dieses Thema gehört nicht umsonst im Abschnitt „Schutz der Menschenrechte“. Ob ein Mensch woanders mehr Aufmerksamkeit und Schutz verdient, als im Bereich des Kampfes ums Leben und Gesundheit?

Dr. Wegner sagte im 1876: „Meine Generation ist in der Angst vor dem Gott und vor der Peritonitis erzogen“. Der sowjetische Arzt Simonjan sagte ca. 100 Jahre später: „die Angst vor Gott ist weg. Die Angst vor der Bauchfellentzündung blieb am Alten“. Und was besorgt die Ärzte der Gegenwart? - vor allem haben sie Angst vor Strafverfolgung.

Wir müssen uns die gravierende Lage der Medizin in den neuen Demokratien vergegenwärtigen: die Mediziner sind überfordert und unterbezahlt. Sie kämpfen sich täglich durch ein Labyrinth aus Regelungen, das so dicht ist, daß es kaum mehr Zeit für die Patienten bleibt. Und am Höhepunkt der Erschöpfung, soll ein

Arzt ein Fehler machen, erlebt er die brutale Begegnung mit der Strafverfolgungsbehörden – völlig alleine.

Die Reform soll doch die Dinge wieder ordnen? Hiermit wird versucht, die bioethische Stellung zur medizinischen Reform und neusten Strafrechtsreform zu nehmen.

I. REFORM DES GESUNDHEITSWESENS IM SCHNELLÜBERBLICK

Wenn man in der Ukraine von Medizinreform spricht, *drei Sachen* werden in der Regel gemeint:

- 1) Einführung des *Protokollsystems der Diagnostik und Behandlung* im 2004;
- 2) Beitritt der Ukraine der Europarat-Konvention zum Schutz der Menschenrechte und -Würde bezüglich Anwendung der Biologie und Medizin⁶² vom 04.04.1997;
- 3) und das im 2011 dem Parlament unterbreitete Entwurfspaket zur *Neustrukturierung des öffentlichen Gesundheitswesens* und *Neuordnung der Finanzierung der Medizin*.

In der Wirklichkeit befindet sich die ukrainische Medizin im Zustand einer Schritt-um-Schritt-Reform seit 1992. Insbesondere wurden folgende sozial relevante und harmonisierungsbedürftige Bereiche in Spezialgesetzen geregelt:

Grundgesetz für das Gesundheitswesen, 1992	<i>VersicherungsG, 1996</i>
AIDS-Verhütungsg, 1991	MedikamentenG, 1996
<i>VerbraucherschutzG, 1991</i>	TransplantationsG, 1999
G. betr. den hygienischen und epidemischen Wohlstand der Bevölkerung, 1994	G. betr. die psychiatrische Hilfe, 2000
G. betr. die forensische Expertise, 1994	G. betr. den Schutz der Bevölkerung gegen Infektionskrankheiten, 2000
BlutspendeG, 1995	Tuberkulosebekämpfungsg, 2001
Drogen-, Psychotropen- und PräkursorenumsatzG, 1995	<i>ZGB, 2003</i>
<i>WerbungsG, 1996</i>	KlonierungsverbotsG, 2004

Die wichtigen Entwürfe (im Juli dem Parlament unterbreitet)⁶³:

- G. betr. die obligatorische Staatskrankenversicherung;

¹ Nachher wird sie als Konvention für die Biomedizin bezeichnet.

² <http://www.president.gov.ua/content/ker-proekt.html>

- G. betr. Tätigkeitsgrundsätze im Gesundheitswesen;
- GesundheitsanstaltenG;
- G. betr. das umfassende staatliche System der medizinischen Nothilfe.

II. GESETZE, ANWENDUNGSBEREICH WELCHER DIE REFORM DER MEDIZIN UND DIE NEUESTE STRAFRECHTSREFORM BETRIFFT

Was ist an dieser Reform für die Strafrechtler wichtig: nicht nur die unmittelbare Änderungen im StGB. *Vielmehr, welches sind die Gesetze, Anwendungsbereich welcher die Reform des Gesundheitswesens und die neuste Strafrechtsreform grundlegend ändert?*

Welches sind die Gesetze, welche dank der medizinischen Reform *das Strafrecht ausdrücklich neu prägen?*

- 1) Europarat-Konvention für die Biomedizin mit dem Protokoll vom 25.01.2005;
- 2) Ukrainische Verfassung⁶⁴ v. 28.06.1996 (wobei der Anspruch auf *kostenfreie Medizin* in der ersten Linie gemeint wird, ebenfalls wird der verfassungsrechtliche *Verbot der Abbau des Netzwerkes der Gesundheitsanstalten* tangiert);
- 3) Ukrainisches Grundgesetz für das Gesundheitswesen⁶⁵ v. 19.11.1992;
- 4) „Medizinische“ Straftatbestände (Art. 131...145 uStGB⁶⁶);
- 5) Bestechungsdelikte (Art. 365-2, 368-4 uStGB);
- 6) Zweckwidrige Aufwendung der Budgetgelder (Art. 210 bzw. 364 uStGB);
- 7) Tatbestände der Weigerung der obligatorischen Untersuchung bzw. Behandlung (Art.44¹-46 des Ordnungswidrigkeitengesetzbuches⁶⁷);
- 8) Protokolle der Diagnostik und Behandlung (eine Reihe von Verordnungen⁶⁸ des ukrainischen Gesundheitsministeriums vom 2004).

Der qualitativ neue Schritt der Reform war der Beitritt der *Europarat-Konvention für Biomedizin*, der wichtigsten *Rechtsquelle der Bioethik*.

Die Bioethik schützt das Leben, die Gesundheit und die Würde des kranken und des gesunden Menschen gegenüber den unerwünschten Auswirkungen der Errungenschaften der Biologie und Medizin.

Gegenüber diese Güter sind öffentliche Interessen untergeordnet (Art. 2 der Konvention).

³ Nachher – die Verfassung

⁴ Nachher - GGfGW

⁵ Nachher – StGB oder uStGB

⁶ Nachher – OWiGB oder uOWiG

⁷ VO steht nachher für Verordnung

Die Bioethik ist ein hilfreiches Instrument der Interessenabwägung. Und nirgendwo anders ist die Interessenabwegung so schwer, wie bei den medizinischen Eingriffen: *wessen Interessen haben Vorrang*, des *Organspenders* oder des *Rezipienten*? Wen soll man retten - die Kreißende oder die Leibesfrucht? Wen soll man schützen - die Allgemeinheit gegen einen AIDS-Kranken, den AIDS-Kranken gegen die Allgemeinheit? Wie steht's mit sonstigen gefährlichen Infektionskrankheiten? Wie darf man am Kriegesfeld die Verletzten „sortieren“? Denn man kann *nie* alle retten. Der *große Nikolaj Pirogov*⁶⁹ sagte, man soll die Schwerverwundeten, die Schockierten in der ersten Linie behandeln. Heute, im Gegenteil, verfährt die Feldmedizin nach dem Motto: „retten wir lieber die leichtverletzten, denn sie sich *eher* für den nächsten Kampfeinsatz eignen“! Haben Sie sich gefragt, ob alle teureren Untersuchungen, die Ihnen der Arzt anordnet, wirklich so aufschlußreich sind? Ob alle Medikamente, die man Ihnen empfiehlt, wirklich so nötig sind? Wofür sorgt die Pharmazieentwicklung - für die Gesundheit oder für eigenen Gewinn?

Versuche, solche Aufforderungen rein wunschdenkerisch, ohne einer ethischen Grundlage, zu lösen, führen zum Übermaß an widersprüchlichen Regelungen, welches z.B. die Herz- und sogar Nierentransplantation in der Ukraine völlig verunmöglicht hat.

III. WELCHE TATBESTÄNDE GEHÖREN ZU DEN REIN „MEDIZINISCHEN“ DELIKTEN?

Also akzeptieren wir die Bioethik als Instrument der Interessenabwegung. Für welche Tatbestände ist sie hilfreich?

Die allgemeinen Pflichtverletzungen:

- 1) Weigerung, einem Kranken Hilfe zu leisten (Art. 139 StGB)
- 2) Nichtgehörige Erfüllung oder Nichterfüllung der Pflichten durch das medizinische oder pharmazeutische Personal (Art. 140 StGB), - *sozusagen ein „italienischer Streik“ im Vergleich zu Nr. (1)*
- 3) Nichtgehörige Erfüllung der Berufspflichte, welche Ansteckung mit HIV oder mit einer anderen unheilbaren Infektionskrankheit zur Folge hatte (Art. 131 StGB)

Unerlaubte Behandlung im weiten Sinne, inklusive

- 4) Unerlaubte Behandlung (d.h. Behandlung ohne Lizenz) (Art. 138 StGB),
- 5) Rechtswidrige Fruchtabtreibung (Art. 134 StGB)

⁸ Gilt als der Gründer der modernen Chirurgie, der topographischen Anatomie und des praktischen Einsatzes der Äthernästhesie.

Verletzung des Personaldatenschutzes und der sonstigen Sonderrechte des Patienten:

- 6) Verletzung von Patientenrechten (Art. 141 StGB, die Lex generalis gegenüber diese Deliktgruppe)
- 7) Rechtswidrige Preisgabe des Arztgeheimnisses (Art.145 StGB)
- 8) Preisgabe der Angaben über Durchführung einer med. Untersuchung bezüglich HIV-Infektion oder einer anderen unheilbaren Infektionskrankheit (Art.132 StGB)

Gewalttaten gegen den Patienten:

- 9) Rechtswidrige Experimente am Menschen (Art. 142 StGB)
- 10) Zwang zur Blutspende (Art.142 StGB)
- 11) Verletzung des gesetzlichen Transplantationsverfahrens (Art.142 StGB)

Bestechungsdelikte

- 12) Vorteilsannahme durch einen Arzt für seine öffentliche Leistungen? (Art. 365-2, 368-4 StGB ?)

IV. HAFTUNG DER SOGENANTEN VOLKSMEDIZINER / VOLKSHEILER (ÜBERBLICK)

Und stellen wir uns kurz an die Stelle des armen ordentlichen Arztes, der diesem gewaltigen Strafverfolgungsdruck ausgesetzt ist und sich täglich durch den Gesetzesdschungel durchdrängen muß.

Im krassen Kontrast dazu sieht die bescheidene Haftung der sogenannten ***Volksheiler*** als eine offensichtliche gesetzliche Begünstigung aus. Diese Personen brauchen keine zwölf Jahre zu studieren. Sie müssen nur noch einen Schnellkurs „*Grundlagen der medizinischen Kenntnisse*“ abzulegen und ihre (*fragliche!*) übernatürliche Heilungseigenschaften gegenüber der *Ukrainischen Assotiation der Volksmedizin AG* (!) nachzuweisen. Auf diese guten Leute ist das ganze Massiv (die ganze *Anhäufung!*) der Regelungen zum Schutz der Patientenrechte nicht anwendbar. Wie Sie sehen können, leiden diese hochgeehrte Damen und Herren von keinen Übermaß an Regelungen⁷⁰.

V. WICHTIGE „MEDIZINISCHE“ TATBESTÄNDE

Welche Tatbestände sind das lebendige Recht und welche – das „stille“ Recht?

⁹ Lediglich: VO der Gesundheitsministeriums Nr. 36 vom 11.02.1998 (bezüglich organisatorische Voraussetzungen an die Tätigkeit der Volksheiler); Nr. 195 від 10.08.2000 (zum Verfahren der Lizenzierung).

Aus dem Katalog der „medizinischen“ Tatbeständen finden überwiegend Nr. 1 und 2 die Anwendung - **die allgemeinen Tatbestände der ärztlichen Pflichtverletzungen**.

Der Rest sind seltene Ausnahmen. Im 2007 bestand jedoch die Wahrscheinlichkeit, daß der vorletzte Tatbestand im internationalen Strafverfahren Anwendung finden würde (der sog. „*Fall der schwarzen Transplantologen*“), der Verdacht gegenüber den ukrainischen Staatsangehörigen ist jedoch weggefallen.

VI. ALLGEMEINE ÄRZTLICHE PFLICHTVERLETZUNGEN: FESTSTELLUNG DES SOLLZUSTANDES

Bei den beiden ersten Tatbeständen stellt sich als Erstes die Frage nach dem **Sollzustand**, - wie sollte nunmehr der Mediziner gehandelt haben, um als **pflichtgemäß** angesehen zu werden.

Vor 2004 gab es nur wenige Regelungen, die die **berufliche Handlung eines Arztes** regelten. Vielmehr gab es **Voraussetzungen an den hygienischen Zustand der Gesundheitsanstalten**. Eine der seltenen Ausnahmen war z.B. die Vorgehensweise bei den gefährlichen epidemischen Infektionskrankheiten (geregelt durch eine Verordnung des Gesundheitsministeriums der Sowjetunion), - denn gerade da war der Algorithmus der Zusammenarbeit des medizinischen Personals aller Ebenen geregelt.

In übrigen Gebieten galt es, „die medizinische Kunst bestimme die „**Einzelfalltherapie**“. Im Straf- oder Zivilverfahren **konnte nur die forensische Expertise die Klarheit verschaffen**. Das hieß, daß im Streitfall beurteilten wiederum nur die Ärzte über die Ärzte.

Die Ärzte prüfen die Ärzte auch heutzutage. Jedoch nachdem im 2004 das Gesundheitsministerium die Protokolle der Diagnostik und Behandlung zu den wichtigsten Gebieten verabschiedet hatte, wurde die forensische Begutachtung wirklich zur Begutachtung, und ist keine Beurteilung mehr. Der „**Pflichtmaß**“ der Handlungen eines Arztes wurde durch das Protokollsystem in den meisten Fällen **nachvollziehbar**.

Das Protokollsystem als Maßstab des „Sollzustandes“ ist ein wesentlicher Beitrag zum Werdegang der Krankenversicherung. Denn nur so kann die Krankenkasse **nachvollziehen**, ob die Behandlung **sachgemäß** und demzufolge **durch die Versicherung gedeckt** sei.

Aber! Möchten wir diese Änderung, Schlagwort „Protokollsystem“, bioethisch bewerten.

Der bioethische Nachteil des Protokollsystems ist, daß die „**Einzelfallgerechtigkeit**“, das **Wohl des einzelnen Patienten**, zugunsten der **Rechtssicherheit** geopfert wird. Der gewissenhafte Arzt hat jetzt z.B. Probleme mit der **Anpassung der individuellen Gabe** und Anordnung der Untersuchungen und Behandlungsmethoden, die im Einzelfall effektiver sind. Reaktionen auf **unerwartete intraoperationelle Befunde** (Befunde während einer **chirurgischen Operation**), die insbesondere in der **Onkochirurgie sehr oft Einzelfalltherapie** sind, sind jetzt schwieriger zu begründen. Da kann es sich z.B. herausstellen, daß der neoplastische Prozeß ein benachbartes Organ involviert hatte, was Ausweitung des Operationsumfangs, oder, unter Umständen, gar Verzicht auf die Fortsetzung der Operation zur Folge haben kann.

VII. VERLETZUNG DER PATIENTENRECHTE: DER KATALOG DER SONDERRECHTE

Wenn wir uns fragen, welche Patientenrechte den strafrechtlichen Schutz gemäß Art. 141 StGB genießen, ergibt sich aus dem Grundgesetz für das Gesundheitswesen folgender, allerdings *offener*, Katalog:

- 1) Anspruch auf **Einwilligung** sämtlicher Maßnahmen der Diagnostik, der Behandlung und Vorbeugung (Art. 43 GGfGW);
- 2) Anspruch auf **ausführliche Angaben über eigenen Zustand** in **verständlicher Form** (Art. 39 GGfGW);
- 3) Anspruch auf Wahl und Ersetzung des Arztes und der Gesundheitsanstalt (Art. 34, 38 GGfGW);
- 4) Anspruch auf Arztgeheimnis (Art. 39¹, 40 GGfGW);
- 5) Anspruch auf Besuch der Verwandten, des juristischen Beistands und der Geistlichen (Art 6.k GGfGW);
- 6) Anspruch auf zeitgemäße und standardmäßige Diagnostik und Behandlung (Art. 6.d iVm 78.a GGfGW).

VIII. EINWILLIGUNGSBEDÜRFTIGKEIT UND PERSONALDATENSCHUTZ

Bioethisch und reformrelevant sind vor allem Ansprüche auf **Einwilligungsbedürftigkeit** und auf **Personaldatenschutz**.

Seit 1992, der Grundsatz ist: jedweder medizinischer Eingriff, sei es eine Maßnahme der Diagnostik oder der Behandlung, bedarf der Einwilligung des Patienten (Art. 43 GGfGW).

Bekannte Ausnahmen betreffen die Minderjährigen und psychisch kranken Personen. (Art. 43 I 2 des GGfGW). **Aber** diese Ausnahmen sind nach der **Konvention für Biomedizin nicht mehr absolut**.

- 1) Gemäß der Europarat-Konvention für Biomedizin vom 04.04.1997, Art. 6 II 2, gilt es: die Meinung des Kindes ist als ein **entscheidender Faktor** zu beachten, dessen Wichtigkeit mit der Reife des Kindes verhältnismäßig steigt.
- 2) Gemäß Art. 6 III 2, **nimmt** der betroffene psychisch Kranke (Handlungsunfähige) nach seiner Möglichkeit am Entscheidungsverfahren **teil**. Selbst bei ernsthaften psychischen Störungen darf man die Person **nur dann ohne ihre eigene Einwilligung** behandeln, wenn sie ohne einen solchen Eingriffes einen ernsthaften Gesundheitsschaden erhalten würde (Art. 7 der Konvention für Biomedizin).
- 3) Weitere Ausnahmen, die zum Schutze der Gesellschaft gegen gefährliche Infektionen dienen, sind:
 - Verstoß gegen die hygienische Standards sowie gegen Regelungen zur Vorbeugung der Infektionskrankheiten und Massenvergiftungen (Art. 325 StGB);
 - Weigerung eines Geschlechteskranken, sich behandeln zu lassen (Art. 108¹ StGB – im 2001 weggefallen!);
 - Weigerung eines Geschlechteskranken, sich untersuchen und behandeln zu lassen (Art. 45 OWiGB)
 - Weigerung eines Geschlechteskranken, Quelle der Geschlechtskrankheit anzuzeigen (Art. 46 OWiGB)
 - Weigerung eines Drogensüchtigen, sich untersuchen zu lassen (Art. 44¹ OWiGB)

Wie wir sehen, **stimmen** sie mit dem Art. 2 der Konvention schon **nicht mehr überein**.

IX. VORTEILSANNAHMEN DURCH ÄRZTE UND PROBLEM DER KOSTENFREIEN MEDIZIN

So kommen wir zum letzten Punkt des Katalogs der Patientenrechte: Anspruch auf zeitgemäße und standardmäßige Diagnostik und Behandlung (Art. 6.d iVm 78.a GGfGW) in Verbindung mit dem Art. 49 der ukrainischen Verfassung ergibt sich ein Anspruch auf **kostenfreie** zeitgemäße und standardmäßige Diagnostik und Behandlung. Seit 1996 sichert der Staat dem Einzelnen die kostenfreie Untersuchung und Behandlung in den öffentlichen Gesundheitsanstalten verfassungsrechtlich zu.

Das Problem, daß die Patienten die Behandlungskosten selbst tragen müssen (d.h. beides bezahlen: die Arbeit des Arztes und die „Verbrauchsmaterialien“ – Medikamente und Instrumente), wird seit Jahrzehnten aufgeworfen.

In den Medien und in Aussagen des Präsidenten Yanukovych wird die *sog. „Arztbestechlichkeit“* hervorgehoben und als krass verwerflich beurteilt. Wie sind denn diese Handlungen streng logisch strafrechtlich zu beurteilen?

In Frage kommen folgende Tatbestände:

- 1) Beamtenbestechlichkeit? (Art. 368 StGB)
- 2) Angestelltenbestechlichkeit? (368³ StGB)
- 3) Verletzung der Patientenrechte, nämlich des Anspruches auf kostenfreie Medizin? (Art. 141)
- 4) Vorteilsannahme für die öffentliche Leistungen? (Art. 365² StGB)

Traditionell endete die Diskussion an dem Punkte, ob dies eine Beamtenbestechung sei und die Antwort war *nein*, denn die Behandlung keine Amtshandlung sei. Aus ähnlichen Gründen ist die „Arztbestechlichkeit“ keine Angestelltenbestechlichkeit, denn der Arzt bei der Behandlung in der Regel in keiner „Managerstellung“ ist.

Die Fälle, die sich unter den Tatbestand der Beamtenbestechlichkeit eindeutig subsumieren ließen, waren die Vorteilsannahmen für die Amtshandlungen der Mitglieder der *sozialmedizinischen Kommissionen*, die den Kranken für arbeitsunfähig anerkennen, oder eine Berufserkrankung feststellen, was einen *Anspruch auf Sozialhilfe* beim Betroffenen schafft.

Heute sieht die Lage komplizierter aus. Zum traditionellen Bestechungstatbestand kamen zwei zusätzliche Punkte hinzu:

- ⊕ Verletzung der Patientenrechte, nämlich des Anspruches auf die kostenfreie Medizin (Art. 141)
- ⊕ Vorteilsannahme für die öffentliche Leistungen (Art. 365² StGB).

Zu prüfen ist, *ob dies Verletzung von Patientenrechten ist.*

In der Verfassung steht ausdrücklich, daß Untersuchung und Behandlung in den öffentlichen Gesundheitseinrichtungen kostenfrei erfolgt. Das Verfassungsgericht hat sich schon im 2002 mit dieser Angelegenheit auseinandergesetzt und bestätigt, daß der Einzelne die Leistungen der Gesundheitseinrichtung durch keine Vor-, Nach- oder „Jetzt“-zahlungen und in keiner Form entlohnen muß (Entscheidung des uVerfG⁷¹ Nr. 10-pn-2002 von 29.05.2002).

¹⁰ Ukrainisches Verfassungsgericht

Einerseits sieht die Zahlung des Patienten an den Arzt und Einkauf des ganzen Umfanges der für seine Behandlung nötigen Medikamente und Instrumente als krasser Verstoß gegen diese verfassungsrechtliche Regelung. Aber dann stellt sich jedoch die Frage, ob dies ein Verstoß gegen ein Patientenrecht im strafrechtlichen Sinne ist.

Das förmliche Problem ist, daß dieses Grundsatz als eine Obliegenheit des Staates gegenüber dem Einzelnen, aber als kein Sonderrecht des Patienten *buchstäblich* gefasst ist. Ist es nunmehr als ein Recht des Patienten im Wege der Auslegung einzuordnen? Strafrecht sagt nein (Art. 3 IV StGB):

1) Zum einen ist die analoge, ausdehnende Auslegung nicht geboten. Umgekehrt: im Zweifelsfall sind die Normen zugunsten des Angeklagten, d.h. zugunsten des Arztes, auszulegen. Sodann kommen wir zur Lösung, daß der Einzelne habe zwar den verfassungsrechtlichen Anspruch auf die kostenfreie öffentliche Medizin, jedoch er habe kein strafrechtliches „Patientenrecht“ auf die kostenfreie öffentliche Medizin.

2) Zum zweiten, *selbst wenn* wir die „Strafbarkeit“ des Rechts auf die kostenfreie Medizin bejahen, gibt es eine *Lex specialis*, - eine Straftat, die nicht nur die fragliche Kostenfreiheit, sondern **das Recht des Patienten auf Gleichbehandlung** (Art. 3 der Konvention für die Biomedizin) durch eine äußerst spezifische (Miß)Handlung verletzt.

Sodann kommt die **Vorteilsannahme für die öffentlichen Leistungen** in Frage.

Ukrainisches Verwaltungsrecht kennt zwar keine Trennung der *Eingriffsverwaltung*, *Daseinsvorsorge* und *Leistungsverwaltung*. Jedoch aus der bekannten deutschen Struktur der Verwaltung ausgehend, gehört die öffentliche Medizin klar zur **Daseinsvorsorge**, und ist damit eine *öffentliche Leistung*.

Buchstäblich kommt der Arzt als Täter eindeutig in Betracht. Wenn wir teleologisch auslegen und nach dem Willen des Gesetzgebers suchen, stellen wir fest, daß dem Gesetz Nr. 3207-VI vom 07.04.2011 die UNO-Übereinkommen vom 31.10.2003 und Europäische Strafrechtskonvention gegen Korruption von 26.05.1997 zugrunde liegen. Diese Übereinkommen verpflichten die Mitgliedstaaten, auch Bestechung und Vorteilsannahme für diejenigen öffentlichen Leistungen unter Strafe zu stellen, die im Rahmen des *Outsourcing* „ausgliedert“ und den Privaten auferlegt wurden.

Selbstverständlich existieren in der Ukraine private Gesundheitseinrichtungen. Sie konkurrieren erfolgreich mit dem öffentlichen System. Sie behandeln die Patienten kostenpflichtig. Aber der strafrechtliche Verbot der Vorteilsannahme für die öffentlichen Leistungen möchte gerade die

- 1) *nicht gebührende, nicht zustehende* Vorteilsannahmen unterbinden, die
- 2) *für eine Pflichtverletzung* geleistet werden.

Was ist denn hier Pflichtverletzung? Nämlich, daß *ein Patient gegenüber dem anderen bevorzugt* behandelt wird, oder, mit anderen Worten, *für die Benachteiligung Anderer*.

Es ist Spezialität der Entwicklungsländer: im Gegensatz zu den alten Demokratien, wo man überwiegend besticht, um den Beamten zu einer Rechtsbeugung anzustiften, - ist in den entwickelnden Ökonomien das Schmiergeld ein Lösegeld: man zahlt, damit der Beamte dasjenige macht, was er ohnehin tun muß, oder eher um sich von einer Mißhandlung der Beamten loszukaufen.

Aus dem Art. 3 der Europäischen Konvention für Bioethik folgt, daß der Patient keineswegs schlechter behandelt werden darf. In Verbindung mit dem geschilderten unzulänglichen Istzustand ergibt sich aus der Kriminalisierung der ärztlichen Vorteilsannahme der Schutz vor Diskriminierung der Patienten.

X. PROBLEM DER KOSTENFREIEN MEDIZIN: WEGE DER FINANZIERUNG

Aber. Vorteilsannahmen durch die Ärzte ohne eine hinreichende Finanzierung des Gesundheitswesens mit Strafdrohung zu unterbinden - heißt *ein Pferd beim Schwanz aufzäumen*.

Trotz diesen Ausführungen müssen sich die öffentlichen Gesundheitsanstalten irgendwie zwecks Überleben Gelder beschaffen. Wenn eine private Ambulanz oder ein privates Krankenhaus eine Rechnung ausstellt, ist alles klar, - entsteht jedoch die Frage, wie die öffentliche Krankenhäuser dieses machen, *ohne sich der Vorteilsannahme schuldig zu machen* und *um ein ausdrückliches Verfassungsverbot umzugehen*.

Heutzutage herrscht folgende unzulängliche Praxis: es wird *jedem Patienten nachdrücklich vorgeschlagen*, eine *Spende an eine „Wohlfahrtsstufung“* zu machen, *aus welcher* nachdem die Tätigkeit *des* Krankenhauses finanziert wird. Das ist *schon keine Vorteilsannahme*, denn die behandelnden Mediziner kaum den Einfluß dieser Zahlung am Lohn empfinden werden. Trotzdem ist dieser Vorgang immer noch verfassungswidrig, denn die Leistung erfolgt ganz klar nur gegen eine Gegenleistung.

Und es ist, - volkswirtschaftlich gesehen, - *äußerst ineffizient*, die *Behandlungskosten auf den Kranken* selbst zu *überwälzen*. In diesem Zustand neigt der Kranke dazu, sehr schnell zahlungsunfähig zu werden. Vielmehr soll

hierher das *Leistungsfähigkeitsprinzip* aus dem Steuerrecht übernommen werden: *die Zahlungsfähigen zahlen, und profitieren alle*. Warum denn alle? Ein gutes Beispiel dazu ist die Tuberkulose, die als „*Obdachlosenkrankheit*“ gilt. Es ist wohl der bekannte Faktor der Verbreitung der Tuberkulose: Abbruch der (*zumindest sechsmonatigen!*) Behandlung, aus welchen Gründen auch immer, führen dazu, daß die des konkreten Patienten kolonisierte Tbc-Bakterien, die „*nicht komplett fertiggemacht*“ wurden, zu den abgebrochenen Antibiotika *resistent* werden. Und denn die Anti-Tbc-Antibiotika äußerst knapp sind, ist es kein Wunder, daß mehrfache *multiresistente* Stämme die Menschenpopulationen bedrohen. Diese kennen keine Gnade, - die Wohlhabenden fallen diesen ebenfalls leicht anheim. Die einzige Lösung ist, die Obdachlosen auf Kosten der Wohlhabenden zu behandeln, damit der Bumerang der schlimmeren, resistenten From die Wohlhabende nicht rückschlägt.

Um das Problem zu beheben, wird es insbesondere vorgeschlagen, die Kosten *auf den Arbeitgeber zu überwälzen* und das noch *lukrativ* für ihn zu gestalten. Das geschieht durch *Versicherung zugunsten Dritter*.

Zum Anfang *studiert die Krankenkasse* den Gesundheitszustand und *Krankengeschichten der ArbeitnehmerInnen*. Zugleich wird gezählt, *wie lange einzelne ArbeitnehmerInnen wegen Krankheit arbeitsunfähig waren*, - im absoluten Anzahl der Tagen pro Jahr. Daraus ergibt sich in der Regel eine eindrucksvolle Zahl, die *einem Stillstand des Unternehmens von einem bis anderthalb Monate im Jahr gleich ist*. Das heißt wohl für das Unternehmen ein eindeutiger und erheblicher *entgangene Gewinn*. Das motiviert den Arbeitgeber, *um diesen Gewinnverlust auszugleichen, für die Gesundheit der ArbeitnehmerInnen zu sorgen*.

Danach versichert die Krankenkasse sämtliche ArbeitnehmerInnen des Unternehmens, als begünstigte Drittparteien.

Alsdann, nach dem Vertrag zwischen der Krankenkasse und dem Krankenhaus unternimmt die Krankenkasse, die Behandlungskosten zu ersetzen, *unter Voraussetzung*, daß das *Krankenhaus die Protokolle beachtet*⁷². Dadurch wird der *Versicherungsbetrug vorgebeugt* und dafür gesorgt, daß keine überflüssigen Prozeduren der Diagnostik und der Behandlung angeordnet werden⁷³.

¹¹ Protokolle der Diagnostik und Behandlung des Gesundheitsministeriums werden gemeint

¹² Diesem Schema wird es oft vorgeworfen, es gäbe keine gesetzliche Grundlage. Die Grundlage gibt es sehr wohl, das ist der Versicherungsgesetz, einer der ersten Quellen des ukrainischen Handelsrechts in den 1990-ern. Dieses Gesetz wurde mehrmals geändert und angepasst. Man kann behaupten, daß das Versicherungsgewerbe funktioniert und gegenwärtig sehr stabil ist, einschließlich Krankenversicherung, und die Aufsicht über die Versicherungsgesellschaften, einschließlich Krankenkassen, sich ebenfalls bewehrt hat.

Das in diesem Abschnitt geschilderte Schema ist nur eine Selbstrettung der Gesundheitsanstalten. Ob die Reform etwas Strategisches auf Vorrat hat, um das Problem im Grunde genommen zu beheben? – zu dieser Frage der Abschnitt 0.

XI. NEUES PRINZIP DER FINANZIERUNG:

ZIELPROGRAMMPRINZIP STATT KOSTENANSCHLAGSPRINZIP

Eines der wichtigen Vorhaben des Präsidenten Yanukovych ist Schaffung eines neuen effektiven Finanzierungssystems für das öffentliche Gesundheitswesen.

Anstatt des gegenwärtig geltenden Kostenanschlagsprinzips wird das neue Zielprogrammprinzip anwendbar.

Gemäß dem Kostenanschlag steht die Finanzierung im festen Verhältniss zu den „Versorgungstagen“⁷⁴, und ein Krankenhaus erhält Geld nur für feste Haushaltspositionen. Das hatte zur Folge, daß, *sollte dem Krankenhaus Gelder für Verbandmaterial, Instrumente oder Medikamente fehlen*, würde es diese *nie verwerten dürfen, selbst wenn* es z.B. an Elektrizität gespart hat und dadurch *in der Kostenanschlagsposition „Elektrizität“ ein Profizit hatte*⁷⁵.

Verstoß gegen Kostenanschlag ist strafbar und heißt „Zweckwidrige Aufwendung der Budgetgelder“ (Art. 210 bzw. 364 StGB), ein Schonungswort (und eine *Lex specialis*) für die *Amtsunterschlagung*. Dank der Reform wird es diese Diskrepanz also nicht mehr geben.

XII. VERFASSUNGSRECHTLICHER VERBOT DES ABBAUS

DES BESTEHENDEN NETZWERKES DER GESUNDHEITSEIN- RICHTUNGEN (UND NOTLAGE DER GEGENWART)

Die Sprecherin des Präsidenten Irina Akimova hat ebenfalls angedeutet, daß der Abbau der Gesundheitseinrichtungen (der Anzahl nach) für die Verbesserung der Leistung nötig ist. *Obgleich ist dieses durch die Verfassung ausdrücklich verboten*. Deswegen wird der Begriff „Restrukturierung“ gebraucht. Dahinter steht jedoch „Weniger Anlaufstellen, weniger Ärzte, weniger stationäre Aufnahme und mehr Tagesspital, dabei kriegen einzelne Anlaufstellen einen größeren Anteil des Budgets“. Ausgleich der Abnahme der alten Anstalten wird durch eine Zunahme durch die Sterbekliniken und Seniorenbehandlungskliniken versprochen.

Damit können wir die wichtigsten positiven Auswirkungen der medizinischen Reform nennen:

¹³ Oder kurz „Pflegetage“, „койко-дни“

¹⁴ <http://www.medpharmconnect.com/News/Interview/4545.htm>

- 1) Beachtung der Menschenwürde bei der *Einwilligung*, sogar bei *Kindern* und *Geisteskranken*, - ein Grund, auch die Würde und Entscheidungsfreiheit der *Geschlechteskranken* bzw. *Drogensüchtigen* zu bedenken.
- 2) Gesetzliche Lösung des alten Problems der sog. „*Arztbestechlichkeit*“ – mit dem Nachteil, daß sie *vor* der Finanzreform erfolgt.
- 3) Effiziente Finanzierung der öffentlichen Medizin, *die noch kommt, wesentliche Einschränkung der Strafbarkeit* wegen der „*zweckwidrigen Aufwendung der Budgetgelder*“.
- 4) *Deckung der Behandlungskosten durch den Arbeitgeber als lukrative und effiziente Stillstandsvorbeugung.*
- 5) *Nachvollziehbarkeit* der Behandlung dank dem Protokollsystem und dadurch –
 - a. *Ermöglichung* der Ermittlung des „*Sollzustandes*“ bei den allgemeinen ärztlichen Pflichtverletzungen (Art. 139, 140 StGB), sowie bei den speziellen Pflichtverletzungen.
 - b. *Ermöglichung* der *Versicherungsmedizin*.

Ich möchte ebenfalls die durch die Reform neu entstandene Probleme hervorheben:

- 1) *Vorteilsannahmen durch die Ärzte dürfen nur dann verfolgt werden, wenn die hinreichende Finanzierung da ist!*
- 2) Das *medizinische Recht* und die *Bioethik* *sollen nicht* neben dem Schutz des Patienten *zum „Sand im Getriebe“ der Medizin werden*. Die *moderne Medizin leidet an einem Übermaß von Regelungen*, was sehr gut im Vergleich zum winzigen Regelungsmassiv betr. sog. „*Volksheiler*“ zu sehen ist.
- 3) *Vorteilsannahme durch die Ärzte hat bisher die Ärzte stark motiviert*. Unterbinden wir diese, *braucht man eine andere, genauso gute Motivation, ein besserer Arzt zu sein*. „*Der Strafverfolgung zu entkommen*“ *eignet sich für eine solche Motivation schlecht*.

Der gewissenhafte Arzt soll für seine effektive Arbeit gefördert werden. Sprecherin des Präsidenten Irina Akimova schlägt insbesondere vor, *das öffentliche „Feedback“ bei Lohnsetzung des Arztes zu berücksichtigen*.

- 4) Auch das Protokollsystem mit ihren Vorteilen der Rechtssicherheit und Nachvollziehbarkeit vermag die Kunst und das gute Herz des Arztes nicht zu ersetzen.

Als der Antoine de Saint-Exupéry bei der Einführung des Protokollsystems im Frankreich sagte:

„Eines Tages werden nicht die Ärzte, sondern die Physiker Blut nehmen, ohne Fragen irgendwelche Konstanten und Formeln aufstellen... werden sie aufeinander multiplizieren, mit Logarithmentabelle kollationieren und den Mensch mit einer einzigen Pille heilen.

Und trotzdem, sollte ich krank werden, nehme ich einen Dorfärzt in Anspruch. Er wird mich an der Hand nehmen, Puls und Bauch fühlen, wird eine Pfeife rauchen und mir zuhören, und wird mir schließlich zulächeln, um mich aufzumuntern.

Selbstverständlich bewundere ich die Wissenschaft, aber ich bewundere auch die Weisheit.“

Höchstichterliche Rechtsprechung

1. Ухвала Верховного Суду УРСР від 29.10.1987 (справа про отримання лікарем винагороди за належне виконання обов'язків) // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=n001270087&p=1318665583633406>
2. Ухвала Верховного Суду України від 08.04.1997 (справа про відсутність у лікаря ознак суб'єкта посадового підроблення) // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=n010570097&p=1318665583633406>
3. Ухвала Верховного Суду України від 25.07.2000 (справа про одержання лікарем незаконної винагороди шляхом вимагання) // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=n012670000&p=1318665583633406>
4. Ухвала Верховного Суду України від 11.01.2001 (справа про заподіяння акушером-гінекологом тяжких тілесних ушкоджень дитині) // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=n009070001&p=1318665583633406>
5. Ухвала Верховного Суду України від 06.03.2001 (справа про наявність у акушера-гінеколога, зав. відділенням, ознак службової особи під час проведення незаконних абортів) // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=n0060700-01&p=1318665583633406>
6. Ухвала Верховного Суду України від 22.03.2001 (справа про невиявлення акушер-гінекологом гнійного ускладнення) // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=n009670001&p=1318665583633406>

7. Рішення Конституційного Суду України № 10-рп/2002 від 29 травня 2002 р у справі № 1-13/2002 (справа про безоплатну медичну допомогу) // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v010p71002&p=1318665583633406>
8. Ухвала Верховного Суду України від 14.03.2003 (справа про невиявлення акушер-гінекологом гнійного ускладнення) // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=n019270003&p=1-318665583633406>
9. Верховний Суд України. Узагальнення практики розгляду судами кримінальних справ про злочини, склад яких передбачено ст. 368 Кримінального кодексу України (01.07.2010) // <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=n000970010&p=1318665583633406>

Schrifttum

1. Азаров А.В. Обеспечение и защита прав граждан при оказании медицинской помощи. - М.: ГЗОТАР-Медиа, 2007. - 192 с.
2. Акопов В.И., Маслов Е.Н. Страдания Гипократа (Правовые и этические проблемы современной медицины и ответственность медицинских работников). - Ростов-на-Дону: Приазовский Край, 2006. - 520 с.
3. Андреев Ю.Н. Платные медицинские услуги. Правовое регулирование и судебная практика. - М.: Ось-89, 2007. - 400 с.
4. Аргунова Ю.Н. Права граждан с психическими расстройствами. - М.: ФОЛИУМ, 2003. - 136 с.
5. Артемьев Ф.А. Правовые аспекты организации здравоохранения в СССР: Учебное пособие. - М.: ЦОЛИУВ, 1979. - 28 с.
6. Бобров О.Е. Медицинские преступления: правда и ложь. - Петрозаводск: ИнтелТек, 2003. - 200 с.
7. Власов В.В. Медицина в условиях дефицита ресурсов. - М.: Триумф, 1999. - 191 с.
8. Вороненко Ю.В., Радиш Я.Ф. Медичне право в системі права України: стан і перспективи розвитку // Український медичний часопис. - 2006. - № 5. - С. 5-10.
9. Громов А.П. Права, обязанности и ответственность медицинских работников. - М.: Медицина, 1976. - 227 с.

10. Двойная лояльность и права человека в медицинской практике. Предлагаемые принципы и институциональные механизмы. Пер. с англ. - М.: Права человека, 2004. - 176 с.
11. Елина Н.К. Правовые проблемы оказания медицинских услуг. - Самара: Офорт, 2006. - 195 с.
12. Каляева Е.О., Колосова В.И., Маляев К.В. Уголовно-правовые проблемы медицины: монография / Н. Новгород: Изд-во Нижегород. госуниверситета, 2004. - 165 с.
13. Лоун Б. Утерянное искусство врачевания / Пер. с англ. Е. Незлобиной. - М.: КРОН-ПРЕСС, 1998. - 367 с.
14. Медицина, этика, религия и право. Материалы конференции / Сост. В.И. Шамшурин. - М.: Международный университет (в Москве), 2000. - 244 с.
15. Москаленко В.Ф. Право на охрану здоровья: современное определение и трактовка в конституции Европейского Союза // Запорожский медицинский журнал. - 2006. - № 2. - С. 183-187.
16. Обеспечение и защита прав социально уязвимых групп пациентов / Под ред. акад. рамн О.П. Щепина. - М.: НИИ СГЗ и УЗ им. Н.А. Семашко, 2000. - 69 с.
17. Огарков И.Ф. Врачебные правонарушения и уголовная ответственность за них. - JL: Медицина, 1968. - 195 с.
18. Охорона здоров'я в регіонах: влада і громада. Збірка матеріалів по дослідженню політики стосовно охорони здоров'я в Україні. - Одеса, 2007. - 115 с.
19. Панов А.В. Бесплатная медицинская помощь - конституционное право граждан РФ: справочное пособие. Межрегиональная коалиция организаций "Право пожилых". - М.: Доброе дело, 83 с.
20. Пашинян Г.А., Ившин И.В. Профессиональные преступления медицинских работников против жизни и здоровья. - М.: Медицинская книга, 2006. - 196 с.
21. Пищита А.Н. Согласие на медицинское вмешательство. Медико-правовой анализ. Юридические стандарты. Практика реализации. - М.: ЦКБ РАН, 2006. - 210 с.
22. Поляков Г.А. Нравственная основа современного отечественного лечебного дела. - Краснодар, 2006. - 130 с.

23. Проблемы совершенствования законодательства Российской Федерации о здравоохранении (материалы научно-практической конференции. М., 20 ноября, 2006 г.). - М.: Юриспруденция, 2007.-136 с.
24. Радиш Я.Ф. Медичне страхування: Навч. посібник / Національна академія держ. управління при Президентові України. - К.: НАДУ, 2005. - 88 с.
25. Рудий В.М. Законодавче забезпечення реформи системи охорони здоров'я в Україні. - К.: Сфера, 2005. - 272 с.
26. Рыков В.А. Охрана прав и законных интересов медицинских работников: учеб. пособие для слушателей системы послевуз. образования. - Новокузнецк: Новокузнецкий полиграф. комбинат, 2006. - 268 с.
27. Сальников В.П., Стеценко С.Г. Регламентация медицины в России (историко-правовое исследование). Серия "Право и медицина" / СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России, Академия права, экономики и безопасности жизнедеятельности, Фонд "Университет", 2002. - 144 с.
28. Сашко С.Ю., Балло А.М. Юридическая оценка дефектов оказания медицинской помощи и ведения медицинской документации. - СПб.: БиС, 2001. - 158 с.
29. Сенюта І.Я. Медичне право: право людини на охорону здоров'я: Монографія. - Львів: Астролябія, 2007. - 224 с.
30. Сидорович Ю.С. Медицинская ошибка как основание гражданско-правовой ответственности. - М.: Компания Спутник+, 2005. -139 с.
31. Стеценко Г.С. Хто і коли відповідатиме за хвороби і передчасне вимирання українців? // Ваше здоров'я. - 2007. - № 47.
32. Шамшурина Н.Г. Тарифная политика в здравоохранении: Нормативные документы с комментариями. - М.: МЦФЗР, 2005. - 336 с.

Bulgaria

**PENAL ASPECTS OF PATIENT RIGHTS
IN GERMAN AND BULGARIAN LAW**

Dr. Dr. h. c. Dessislava Datcheva
University of Hamburg

Within the framework of German-Bulgarian comparative research the author mainly stresses the problems of profound medical consultation and treatment as well as of euthanasia and medical duty of confidentiality. Significant part of the presentation is dedicated to the detailed analysis of legal consequences of the crimes concerned.

**PATIENTENRECHTE AUS DER SICHT DES STRAFRECHTS IM
DEUTSCH-BULGARISCHEN RECHTSVERGLEICH**

Von Dr. Dr. h. c. Dessislava Datcheva
Universität Hamburg

I. Einführung

Aus der Wahrnehmung ärztlicher Pflichten oder deren Versäumnis im Behandlungsverhältnis zum Patienten können in der Praxis im Zusammenspiel von Rechtswidrigkeit und Schuld strafrechtliche Tatbestände erfüllt sein.

Sowohl im deutschen als auch im bulgarischen Strafrecht sind Vorschriften eingebaut worden, welche beziehungsweise auf das Recht auf eine sorgfältige Beratung und sachliche ärztliche Behandlung, die wirksame Einwilligung des Patienten, ferner die Grenzen dessen Selbstbestimmung im Sterbeprozess im Hinblick auf eventuelle lebensverkürzende Maßnahmen normieren, und die Verstöße hiergegen unter Strafe stellen.

Darüber hinaus ergeben sich aus den Grundsätzen der ärztlichen Schweigepflicht sowie des Datengeheimnisses weitere Persönlichkeitsrechte des Patienten, deren Schutzzweck in den Normen des Strafgesetzbuches und in den spezielleren Gesetzgebungsakten geregelt ist.

Die Verletzung von Patientenrechten – trotz der fehlenden Garantie eines Behandlungserfolges – führt beim Vorliegen eines Antrags- oder Officialdelikts im Strafverfahren zu Freiheits- und Geldstrafen und Berufsverboten, ferner noch zu Schadensersatzansprüchen, welche der Patient auf dem Privatklageweg durchsetzen kann.

Nicht zuletzt sind die ethischen Grundlagen einer vertrauenswürdigen Gesundheitsversorgung im Spannungsfeld zwischen Patientenrechten und deren strafrechtlichem Schutz zu erwähnen.

II. Allgemeine und speziellere Patientenrechte. Rechtsgrundlagen.

Die Europäische Sozialcharta, die nach ihrer Ratifizierung seit 2000 verbindlich in Bulgarien gilt, ferner EU-Richtlinien, die weitestgehend im Zusammenhang der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung - vermehrt auch im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Entsendung von Arbeitskräften im europäischen Binnenmarkt umgesetzt wurden - gewährleisten in Bulgarien wie auch im restlichen EU-Ausland eine Reihe von zunächst elementaren Patientenrechten wie z.B. das Recht auf Information, das Recht auf medizinische Versorgung, das Recht auf Vertraulichkeit.

Darüber hinaus sind auch spezielle Patientenrechte z.B. im Falle einer Organspende oder einer Reproduktion geregelt, wobei die Gesetzeslage bei den spezielleren Patientenrechten im Vergleich zu den allgemeinen Patientenrechten in Bulgarien deutlich von der deutschen Gesetzeslage abweicht¹.

In Bulgarien gilt die sogenannte Widerspruchsregelung, wonach jeder Verstorbene grundsätzlich als Spender für Organe, Gewebe und Zellen in Frage kommt, es sei denn er habe zu seinen Lebzeiten schriftlich dieser Spende widersprochen.

Im Gegensatz dazu geht das deutsche Recht gemäß dem *Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben* von einer zulässigen Organspende aus, wenn der Organspender oder seine nächsten Angehörigen der Organspende vorher eingewilligt haben.

Verschieden ausgestaltet sind auch die Regelung in beiden Ländern über die Reproduktionsmedizin und die Rechte der Patientinnen, die sich einer reproduktionsmedizinischen Maßnahme unterziehen. Die Eizellspende ist in Deutschland immer noch trotz der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte² nicht erlaubt und ihre Durchführung ist nach dem Embryonenschutzgesetz³ strafbar. In Bulgarien hingegen ist die Eizellspende rechtlich zulässig⁴ und wird sowohl mit einer anonymen Eizellspenderin wie auch mit einer Eizellspende unter Verwandten praktiziert.

¹ Vgl. Art. 18-21 *bul. Gesetz über die Transplantation von Organen, Gewebe und Zellen*.

² Demnach dürfen Länder, die die Künstliche Befruchtung zulassen, zugleich die Eizellspende nicht verbieten.

³ *Gesetz zum Schutz von Embryonen*, BGBl. I S. 2746, letzte Gesetzesänderung 2001 / BGBl. I S. 2702.

⁴ *Reproduktionsverordnung* Nr. 28 DV 55/2007, letzte Gesetzesänderung DV 58/2011.

Der bulgarische Gesetzgeber regelt die Patienten-Grundrechte und die Gesundheitsversorgung, wie in Art. 52 Abs. 1-5 der *bul. Verfassung* vorgesehen, in einer Reihe spezielleren formellen Gesetzen sowie Verordnungen. Nennenswert sind hauptsächlich aus der Sicht des Strafrechts das Strafgesetzbuch, das Gesetz über die Gesundheit, Gesetz über die Gesundheitsversorgung, Gesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, die Reproduktionsverordnung, welche spezielle Straf- und Bußgeldvorschriften bei Patientenrechtsverletzungen vorsehen.

Die oben erwähnten Patientenrechte finden in Deutschland zunächst ihren Ursprung in der Verfassung gem. Art. 1, 2 *dt. GG*, wo die Menschenwürde und das Recht auf Leben und Körperliche Unversehrtheit garantiert sind⁵. In den Gesetzen auf dem Gebiet des Zivil- und Sozialversicherungsrechts wie das Gesetz über die Gesundheitsversorgung und das Sozialgesetzbuch wird an die allgemeinen Patientenrechte wiederkehrend angeknüpft.

Daraus werden im deutschen Recht zunächst allgemeine Patientenrechte wie das Recht auf eine sorgfältige ärztliche Beratung und sachliche Behandlung, die Notwendigkeit einer wirksamen Einwilligung des Patienten, ferner Persönlichkeitsrechte, die sich aus den Grundsätzen der ärztlichen Schweigepflicht und dem Datenschutz ergeben, abgeleitet.

Strafrechtlich relevant ist § 203 *dt. StGB*, wonach die Verletzung von Privatgeheimnissen unter Strafe gestellt und hiermit auch die Schweigepflicht im Arzt-Patientenverhältnis geschützt wird. Ferner noch fällt die körperliche Unversehrtheit des Patienten unter den Schutzzweck der §§ 223 ff. *dt. StGB*. Die Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch gem. §§ 218a-219 b *dt. StGB* betreffen ebenfalls das Arzt-Patientinnen-Verhältnis und gestalten besondere Sorgfaltspflichten des Arztes und die Schutzwürdigkeit der Patientin sowie des ungeborenen Lebens.

Die folgende Darstellung der Patientenrechte bezweckt keine ausschöpfende Abhandlung der gesamten Spannweite allgemeiner und spezieller Patientenrechte mit ihren Besonderheiten, sondern ausschließlich ihre strafrechtliche Relevanz und Auswirkungen.

III. Maßnahmen zum Schutz der Patientenrechte

Im bulgarischen Rechtssystem hat der Patient, dessen Rechte verletzt wurden, die Möglichkeit zivilrechtlich Schadensersatz gem. Art. 45 ff. *bul. Gesetz über die Verbindlichkeiten* und Verträge gerichtlich geltend zu machen. Ferner stehen gem.

⁵ Hierzu auch Art. 28, 32 *bul. Verfassung*.

Art. 93 *bul. Gesetz über die Gesundheit* auch berufsbezogene dienstliche Schritte zur Verfügung, die gegen den Arzt bei Patientenrechtsverletzungen vor der zuständigen Ärztekammer bzw. Ethikkommission eingeleitet werden können.

In Deutschland werden die gesetzlich sowie die freiwillig privat Versicherten bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen von ihren Krankenkassen und von den zuständigen Ärztekammern durch die Einschaltung von Gutachter- und Schlichtungsstellen, welche zu einer zügigeren außergerichtlichen Einigung beitragen, unterstützt. Im Arzthaftungsprozess liegt die Beweislast grundsätzlich beim Patienten als Antragsteller, der innerhalb der momentan geltenden dreijährigen Verjährungsfrist seine Ansprüche gerichtlich geltend machen kann.

Im deutschen Arztstrafprozess werden nach Eröffnung des Ermittlungsverfahrens bei einem hinreichenden Tatverdacht und in einem sich daran anschließenden Hauptverfahren meistens Strafbefehle gegen Ärzte gem. § 407 Abs. 2 *dt. StPO* Geld- und Freiheitsstrafen festgesetzt, ferner kann gem. §§ 70, 145c *dt. StGB* i.V.m. § 132a *dt. StPO* die Verhängung eines Berufsverbotes bereits im Ermittlungsverfahren erfolgen⁶.

In beiden Rechtssystemen wird jedoch ein umfassender Patientenrechtsschutz vorrangig nicht durch die Gesetzesnormen des Strafrechts, sondern des Zivilrechts gewährleistet. Die Funktion des Strafrechts, die Wiederherstellung des Rechtsfriedens und zugleich eine Prävention vor neuen Straftaten, erfüllt in der Praxis beim Vorliegen von Patientenrechtsverletzungen nicht das maßgebliche Verlangen des Patienten nach einer Entschädigung für den ihm zugefügten Schaden. Erfahrungsgemäß werden hier häufiger zivilrechtliche bzw. versicherungs- und berufstechnische Mechanismen in Gang gesetzt⁷.

IV. Patientenrechte im Einzelnen

1. Aufklärung und Einwilligung

Die schriftliche Einwilligung ist stets vor einer ärztlichen Behandlung bzw. vor einem ärztlichen Eingriff erforderlich, Art. 87, 88 *bul. Gesetz über die Gesundheit*. Sie bezieht sich auf eine dem Patienten zuvor erteilte Aufklärung⁸ durch den behandelnden Arzt und die empfohlene Behandlung. Bei Schuldunfähigkeit des Patienten wird die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorausgesetzt.

⁶ Steffen Orben, *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, S. 13-14.

⁷ Steffen Orben, *Rechtliche Verantwortung für Behandlungsfehler*, S. 12 ff.; *bul. Rspr.: Amtsgericht Šumen*, Nr. 926 v. 24.06.2011.

⁸ Der Inhalt der Aufklärung erstreckt sich in der Regel auf die Untersuchungsergebnisse und Diagnose, Krankheitsprognose und Therapie, Vorteile und Risiken der Behandlung.

An das Schriftformerfordernis der Einwilligung werden in Bulgarien hohe Ansprüche gestellt, so dass in der Praxis meist von einem bürokratischen Vorgang die Rede ist. Die Einwilligungserklärung erfolgt möglichst ausdrücklich und schriftlich, bei umfangreichen risikoreichen Eingriffen wie in der Chirurgie werden einzelne Arbeitsschritte der Aufklärung, Einwilligung und des Behandlungsvertrags protokolliert. Eine mündliche Einwilligung wird lediglich bei allgemein gefahrlosen Untersuchungen gestattet.

Eine ausdrückliche aber auch eine konkludente Einwilligung, welche sich aus den Umständen ergibt, dass z.B. der Patient sich in die Behandlung begibt, ist vor dem ärztlichen Eingriff in Deutschland erforderlich und kann wirksam nach einer stattgefundenen Behandlung nicht mehr nachgeholt werden⁹. Im deutschen Strafrecht ist die Einwilligung lediglich in § 228 *dt. StGB* erwähnt, wonach eine Körperverletzung trotz Einwilligung dann rechtswidrig ist, wenn die Tat gegen die guten Sitten verstößt

Das deutsche wie das bulgarische Strafrecht sieht den Tatbestand der Körperverletzung gem. §§ 223 *dt. StGB* bzw. §§ 128 ff., 134 *bul. StGB* als erfüllt, wenn der ärztliche Eingriff ohne Einwilligung des Patienten erfolgt. Die Einwilligung wird in der deutschen Literatur als Rechtfertigungsgrund aufgefasst¹⁰. Ein Eingriff des Arztes ohne Patienteneinwilligung oder ohne unzureichende Aufklärung ist rechtswidrig, auch wenn sich die Behandlung als fachkundig und sachlich richtig herausstellt¹¹.

Im bulgarischen Schrifttum fehlen umfassende Studien zur Einwilligung und ihrer Rechtsnatur im Arzt-Patienten-Verhältnis insbesondere aus der Sicht des Strafrechts.

In der Praxis ist die Einholung einer vorherigen Einwilligung zum ärztlichen Eingriff - insbesondere in einer Notstandssituation bei unmittelbarer Lebensgefahr für den Patienten - nicht immer möglich. In diesem Fall verhalten sich beide Rechtssysteme vergleichbar. Der ärztliche Eingriff ist dennoch gerechtfertigt, wenn der Arzt in einer Notstandssituation zur Rettung des Patientenlebens handelt und eine Einwilligung weder vom Patienten selbst noch von seinen gesetzlichen Vertretern rechtzeitig eingeholt werden kann. Die Notstandsregelung greift auch dann ein, wenn eine erhebliche Gefahr für das Leben oder die Gesundheit vorliegt und der ärztliche Eingriff, dem zwar zuvor eingewilligt wurde, jedoch dieser auf Grund einer akuten Notwendigkeit zu erweitern wäre, und daher von der Aufklärung zur Behandlung nicht gedeckt ist.

⁹ BGH NJW 2007, 2771.

¹⁰ Siehe hierzu ausführlich, Riedelmeier, Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik.

¹¹ BGH NJW 2007, 2771.

Bei besonderer Schutzwürdigkeit wie im Falle einer Schwangerschaft werden der Patienteneinwilligung Grenzen gesetzt. Das Recht der Schwangeren, einen Schwangerschaftsabbruch bei ihr mit ihrer Einwilligung durchführen zu lassen, wird im bulgarischen Recht nur in den ersten 3 Monaten der Schwangerschaft und nur in einer Fachklinik zugelassen. Nach Ablauf der ersten 3 Schwangerschaftsmonate wird dieses Recht eingeschränkt und ein Schwangerschaftsabbruch nur unter medizinischen Erwägungen unternommen.

Ein Arzt, der den Schwangerschaftsabbruch außerhalb einer Fachklinik trotz des Vorliegens einer Einwilligung seitens der Schwangeren unternimmt, wird mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bestraft. Ohne Einwilligung der Schwangeren erhöht sich die Strafe des Arztes gem. Art.126 Abs. 2 *bul. StGB* auf acht Jahre.

Die Schwangere selbst bleibt unbestraft, würde sie Beihilfe oder Anstiftung zu Art. 126 *bul. StGB* leisten.

Die Besonderheit der bulgarischen Regelungen besteht darin, dass die Schwangeren selbst, die fahrlässig das Absterben des Embryos oder den Tod des gerade Neugeborenen verursacht, straffrei bleibt.

Die Strafbarkeit eines Schwangerschaftsabbruchs gem. §§ 218-219 *dt. StGB* bleibt unter Beachtung der Einwilligung der Schwangeren sowie der Erfordernisse über die erfolgte Schwangerschaftsabbruchberatung, ferner die fachgemäße Durchführung von einem Arzt innerhalb der ersten zwölf Schwangerschaftswochen gem. § 218 a *dt. StGB* straflos. Die Schwangere ist nur dann wegen Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 *dt. StGB* nicht strafbar, wenn der Schwangerschaftsabbruch nach Beratung von einem Arzt vorgenommen worden ist und seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen verstrichen sind. Das Gericht kann von der Strafe nach § 218 *dt. StGB* absehen, wenn die Schwangere sich zur Zeit des Eingriffs in besonderer Bedrängnis befunden hat.

2. Schweigepflicht und Datenschutz

Privatgeheimnisse des Patienten und die Vertraulichkeit der ärztlichen Behandlung werden explizit in Art. 203 I Nr. 1 *dt. StGB* geschützt. Der Verstoß wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

Im bulgarischen Strafgesetzbuch wird in Art. 284 Abs. 1 *bul. StGB* allgemein das Berufsgeheimnis geschützt, worunter auch die ärztliche Schweigepflicht fällt, auch wenn diese hier nicht ausdrücklich erwähnt wird. In den spezielleren Rechtsgrundlagen wie die Ethikverordnung¹², ferner Art. 91 *bul. Gesetz über die*

¹² Art. Art. 51-55 *bul. Ethikverordnung, DV 79/2000*

Gesundheit wird ausdrücklich das Recht des Patienten auf Vertraulichkeit und die damit korrespondierende Schweigepflicht des Arztes normiert.

Ärzte und Patienten haben durch die Dokumentierung der medizinischen Behandlung jederzeit Zugang zu der Information über Diagnostik, Medikation, Befunde und Verlauf der Erkrankung. Zugleich ist die Aufbewahrung dieser Daten vor den unrechtmäßigen Zugriff Dritter zu schützen.

In Deutschland sind die Datenschutzrechte des Patienten insofern geschützt, als dass sie ohne seine Zustimmung nicht gespeichert und weiterverwendet werden dürfen. Ihm steht bei unrichtig übermittelten bzw. gespeicherten Daten ein gesetzlicher Berichtigungsanspruch zu.

Der Schutz der persönlichen Daten hat in Bulgarien erst in den letzten Jahren mehr an Bedeutung erlangt. In der Praxis wird auf den Datenschutz immer noch unzureichend Wert gelegt. In mehreren Rechtsakten außerhalb des Strafgesetzbuchs sind entsprechende Regelungen zum Schutz der Patientendaten vorhanden, z.B. Art. 39 *bul. Transplantationsgesetz*, Art. 12 *bul. Verordnung Nr. 4 v. 02.04.1992*, ferner *Verordnung Nr. 10 v. 05.07.2000*.

3. Selbstbestimmtes Sterben

Das Patientenrecht auf selbstbestimmtes Sterben ist nicht nur rechtlich, sondern auch gesellschaftlich ein stark debattiertes Thema. Einerseits verbietet der Schutz des menschlichen Lebens und der körperlichen Unversehrtheit die aktive Sterbehilfe, welche im deutschen Strafrecht gem. § 216 *dt. StGB* als Tötung auf Verlangen unter Strafe gestellt ist. Andererseits steht diesem Verfassungsgut der Patientenwille zum menschenwürdigen, selbstbestimmten Sterben gegenüber. Nach dem deutschen Patientenverfügungsgesetz ist der Sterbewille des Patienten zu beachten. Das Recht auf ein menschenwürdiges Leben steht dem Patienten bis zu seinem Tode zu und damit das Recht auf Selbstbestimmung und schmerzlindernde Maßnahmen am Ende des Lebens zusammen.

In Deutschland haben Patienten das Recht, auf lebensverlängernde Maßnahmen zu verzichten, indem sie deren Unterlassen oder Abbruch verlangen, auch wenn der Sterbeprozess noch nicht eingesetzt hat. Strafbar ist eine auf die Lebensverkürzung ausgerichtete Maßnahme, welche den Tod herbeiführen und den Sterbeprozess vorantreiben soll.

Ist der Patient nicht mehr entscheidungsfähig, kommt es auf seinen mutmaßlichen Willen an, wobei hier die Ermittlung des Willens durch die Heranziehung nachweislicher Äußerungen des Patienten in mündlicher oder schriftlicher Form und/oder seiner Angehörigen erfolgt.

Der Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen ist als passive Sterbehilfe seit der Grundsatzentscheidung des BGH¹³ sowohl durch ein Unterlassen als auch durch eine aktive Handlung erlaubt, wenn der Patient seinen Willen in einer Patientenverfügung festgelegt oder mündlich geäußert hat.

Die Patientenverfügung ist eine in Deutschland verbreitete Form der vorsorglichen Festlegung des Patientenwillens für den Fall, dass seine Entscheidungsfähigkeit nicht mehr gegeben ist. In einer Patientenverfügung kann der Patient auf lebenserhaltende und lebensverlängernde Maßnahmen verzichten.

Der bulgarische Gesetzgeber verbietet gem. Art. 97 *bul. Gesetz über die Gesundheit* die Euthanasie in jeder Form. Die ins Parlament eingebrachten Gesetzesprojekte, welche die passive Sterbehilfe zulassen, sind bislang ohne notwendige Zustimmung abgelehnt worden.

V. Zusammenfassung

Strafrechtliche Tatbestände greifen auch im Arzt-Patienten-Verhältnis ein, wenn sie objektiv und subjektiv erfüllt sind und keine Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe vorliegen. In den besonderen Fällen der spezifischen Schutzwürdigkeit eines Rechtsgutes sowie der hohen Verwerflichkeit berufsbezogener Straftaten mit einem hohen Gefahrpotential für Leib und Leben bezieht sich der Gesetzgeber explizit auf die Strafbarkeit des Arztes bzw. des medizinischen Personals¹⁴ und setzt Grenzen der rechtfertigenden Patienteneinwilligung¹⁵.

In beiden Ländern sind die Patientenrechte auf verschiedenen zivil-, so- zial-, und strafrechtlichen Bereichen verstreut. Hinzukommen Grundsätze aus der Patientencharta, Sozialcharta, Charta der ärztlichen Berufsethik.

Eine wörtliche Übernahme von Normen aus dem deutschen Medizin- bzw. Medizinstrafrecht, wie der bulgarische Gesetzgeber auf anderen zumeist zivilrechtlichen Bereichen z.B. im Handels- oder Arbeitsrecht vorgeht, ist auf dem

¹³ BGH Az. 2 StR 454/09.

¹⁴ Entsprechende Beispiele aus dem bulgarischen Strafrecht: Medizinisches Personal, welches keine Hilfe nach Aufforderung leistet, ohne einen triftigen Grund wird gem. Art. 141 Abs. 1 *bul. StGB* mit einer sog. sittlichen Bewährung gem. Art. 42 litt.a *bul. StGB* oder mit Geldstrafe bestraft.

Speziell auf den Totschlag, verursacht bei der Ausübung u.a. des Arztberufs, wird in Art. 123 Abs. 1-4 *bul. StGB* eingegangen. Der objektive Tatbestand setzt die Herbeiführung des Todes aufgrund einer unkundigen oder nachlässigen Ausübung des Berufes voraus. Der Gesetzgeber sieht eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr vor. Strafmildernd wirkt sich aus, wenn der Täter nach der Tatbegehung das ihm Mögliche zur Rettung des Opfers bewirkt.

¹⁵ Siehe oben, Schwangerschaftsabbruch.

Gebiet der Patientenrechte nicht zu verzeichnen. Hinzu kommt, dass das bulgarische Gesundheitswesen- und Versorgung sozialrechtlich sehr unterschiedlich geregelt ist.

In ihren Grundsätzen bezüglich der Patientenrechte verhalten sich beide Rechtssysteme dennoch vergleichbar; je spezieller die Ausgestaltung der Rechte in einzelnen Gesetzgebungsakten erfolgt, desto mehr fehlt es jedoch an einer gemeinsamen Linie.

Georgia

NEGATIVE EFFECTS OF DRUGS ON HEALTH

Assoc. Prof. Dr. Amiran Mosulishvili

Grigol Robakidze University

While talking about negative effect of drugs on health we should first of all underline the circumstance that the majority of drug addicts on the first stage of addiction is convinced that the drugs cannot influence them in a negative way. It is determined by the fact that on the early stages of drug addiction they cannot realize the negative effects of drugs on physical and psychical health. Organism is able on the first stage not to manifest certain weaknesses and negative effects.

ნარკოტიკების ნეგატიური ზეგავლენა ადამიანის ჯანმრთელობაზე

ასოც. პროფ. ამირან მოსულიშვილი
გრიგოლ რობაქიძის სახ. უნივერსიტეტი

როდესაც საუბარია ნარკოტიკების ნეგატიურ ზეგავლენაზე ადამიანის ჯანმრთელობაზე აღსანიშნავია ის გარემოება, რომ ნარკოტიკების მომხმარებელთა უმრავლესობა მათი მოხმარების პირველ სტადიაზე დარწმუნებულია, რომ მასზე ნარკოტიკები ვერ მოახდენს ნეგატიურ ზეგავლენას. ამას განაპირობებს ის, რომ პირი ნარკოტიკების მოხმარების პირველ პერიოდში ვერ ხედავს ნარკოტიკების ნეგატიურ ზეგავლენას მის ფიზიკურ და ფსიქიკურ ჯანმრთელობაზე. ადამიანის ორგანიზმს აქვს უნარი ნარკოტიკების მოხმარების პირველ სტადიაზე არ გამოავლინოს გარკვეული სისუსტეები და ნეგატიური შედეგები.

უმრავლეს შემთხვევებში ნარკოტიკების მოხმარება ახდენს კატასტროფულ ფსიქიკურ ზეგავლენას ადამიანზე, რა დროსაც პირს უჩნდება მოჩვენებითი მოსაზრება, რომ ნარკოტიკები არ იწვევენ იმ ნეგატიურ ზეგავლენას, რაც საზოგადოებისთვის იყო ცნობილი. სამწუხაროდ, ამ სტადიაზე ნარკოტიკების მომხმარებელს უჩნდება აზრი, რომ მან ნარკოტიკების მოჩვენებითი მავნე ეფექტი თავის თავზე გამოსცადა და დარწმუნდა, რომ არანაირი მავნე ზემოქმედება მასზე ნარკოტიკებს არ მოუხდენია. ამ სტადიაზე ფაქტიურად შეუძლებელია ნარკოტიკების მომხმარებლის დაჯერება, რომ ეს ნეგატიური ზეგავლენა მაინც არსებობს და უმრავლესობა ისევ განაგრძობს ნარკოტიკების მოხმარებას. სამწუხაროდ, არსებობს ისეთი ნარკოტიკული ნივ-

თიერებანი, რომელთა შედარებით ხანგრძლივი მიღებაა აუცილებელი, რომ ჩამოყალიბდეს ნარკოტიკების მიმართ დამოკიდებულება.

ცნობილია ნარკოტიკების მიმართ დამოკიდებულების ორი ფორმა: ფიზიკური და ფსიქოლოგიური დამოკიდებულება. ფიზიკური დამოკიდებულების ჩამოყალიბებისას ადამიანის ორგანიზმში ხდება მრავალი ცვლილება რომელთა შედეგადაც ყალიბდება ფიზიკური დამოკიდებულება და პირი უბრალოდ იძულებულია მიიღოს ნარკოტიკული ნივთიერება, რომ შეიმსუბუქოს ის ძლიერი ფიზიკური ტკივილი, რომელიც მას უკვე მუდმივად უჩნდება ნარკოტიკული ნივთიერებების ზემოქმედების ვადის გასვლის შემდეგ.

როგორც აღვნიშნეთ, მოხმარება ადამიანის ორგანიზმში იწვევს ბევრ ნეგატიურ ცვლილებას. ეს ცვლილებები საკმაოდ მრავალია. ზემოაღნიშნულის მარტივად გასაგებად განვიხილოთ ასეთი ფიზიოლოგიური ცვლილებების ერთ-ერთი ფორმა. როგორც მედიცინაში ცნობილია, ადამიანის ტვინის ერთ-ერთ პატარა ნაწილს აქვს უნარი გამოყოს ორგანიზმში ბუნებრივი ტკივილგამაყუჩებელი, რომლის არსებობაც ორგანიზმში აუცილებელია. მაგალითად, იმ ადგილებში, სადაც ძვლები ერთმანეთს ეხება და მოძრაობს, არსებობს თხელი შრე ამ ბუნებრივი ტკივილგამაყუჩებლისა, რომლის მოქმედების შედეგადაც ჩვენ ვერ ვგრძნობთ ვერანაირ ტკივილს. ასევე ცნობილია, რომ ძლიერი ფიზიკური ტრავმის დროს არსებობს ტრავმული შოკი, რომლის ერთ-ერთი დამახასიათებელი გარემოებაა, რომ ადამიანი ძლიერი ტკივილის შემდეგ დროის გარკვეულ შუალედში ვერ გრძნობს ტკივილს. ეს გარემოება გამოწვეულია კონკრეტულ ვითარებაში სწორედ იმ ტვინის ნაწილის უეცარი მოქმედების გაძლიერებით, რომელიც ორგანიზმში ბუნებრივ ტკივილგამაყუჩებელს გამოყოფს.

ნარკოტიკების უმრავლესობა, სამწუხაროდ, შეიცავს სხვადასხვა დოზით ხელოვნურ ტკივილგამაყუჩებელს. მათი სისტემატური გამოყენების დროს ორგანიზმი იჟღინთება ამ ნივთიერებით და ზემოაღნიშნული ტვინის ნაწილი აჩერებს ორგანიზმში ბუნებრივი ტკივილგამაყუჩებლის გამოყოფას. დროთა განმავლობაში, ნარკოტიკების მიღების გაგრძელების შემთხვევაში ეს ტვინის ნაწილი განიცდის ატროფიას, იგი არ ფუნქციონირებს. ამ დროს თუ ნარკოტიკების მომხმარებელი აღარ განაგრძობს ნარკოტიკების მიღებას, მას შეუძლია მათზე სამომავლოდ თქვას უარი და მისი ორგანიზმი შეძლებს ნარკოტიკებისგან დამოკიდებულების თავიდან აცილებას. ნარკოტიკების მიღების გაგრძელების შემთხვევაში პირის ფიზიოლოგიური მდგომარეობა ჩამოსცილდება ე. წ. “ნულოვან ზღვარს”. ამ სტადიაზე ზემოაღნიშნული ტვინის ნაწილი ფაქტიურად კვდება, აღარ ხდება მისი მუშაობის აღდგენა და ორგანიზმში

აღარ ხორციელდება ბუნებრივი ტკივილგამაყუჩებლის გამოყოფა. პირი უკვე იძულებულია მიიღოს ნარკოტიკები, რადგან მისი ორგანიზმი ფიზიკურად სრულად დამოკიდებული ხდება ნარკოტიკებზე. ასეთ სტადიაზე ადამიანი საზოგადოებისთვის მეტად საშიში ხდება, რადგან იგი ნებისმიერ გარემოებაზე არის წამსვლელი, რომ მოიპოვოს ნარკოტიკები, სამწუხაროდ, რისი მაგალითებიც მრავლადაა პრაქტიკაში.

ე. წ. “ნულოვანი ზღვარი”, ანუ ნარკოტიკების მიმართ დამოკიდებულების ჩამოყალიბების სტადია უფრო ზუსტად რომ გავიგოთ, უნდა წარმოვიდგინოთ შემდეგი შკალა. იგი არის ვერტიკალური, ეს შკალა ჩრდილოეთ პლიუს წერტილიდან მოძრაობს სამხრეთ მინუს წერტილამდე. ამ შკალას გააჩნია რამდენიმე ნიშნული, რომლებიც ზუსტად გვიჩვენებენ, თუ დამოკიდებულების რა სტადიას არის მიღწეული პირის მდგომარეობა. მოცემულ ნიშნულებს შორის მოთავსებულია ე. წ. “ნულოვანი ზღვარი”. როდესაც მოცემულ ნიშნულს ჩამოსცილდება პირის მდგომარეობა ნარკოტიკების მიღებისას, იგი უკვე ხდება ნარკოტიკების მიმართ დამოკიდებული. ამ ნიშნულის ჩამოცილებისას, პირის ორგანიზმში აღარ გამოიყოფა ბუნებრივი ტკივილგამაყუჩებელი და ჩნდება ნარკოტიკების მიმართ სრული ფიზიკური დამოკიდებულება.

როდესაც საუბარია ფსიქიკურ დამოკიდებულებაზე ნარკოტიკული ნივთიერების მიმართ, აქ შედარებით სხვაგვარადაა საქმე. რა იწვევს ფსიქიკურ დამოკიდებულებას ნარკოტიკების მიმართ? ამ კითხვაზე პასუხის გასაცემად ბევრი სხვადასხვა გარემოების კომპლექსურად განხილვაა საჭირო. განვიხილოთ რამდენიმე მნიშვნელოვანი მათგანი, რითაც მარტივად გამოჩნდება მათი მნიშვნელობა. როდესაც პირი იწყებს ნარკოტიკების მოხმარებას, მისი მსოფლმხედველობა და სოციოლოგიური ურთიერთობის წრე იცვლება. საქართველოში, როდესაც პირი ნარკოტიკების მომხმარებელი ხდება, სამწუხაროდ, მის გარემოცვას აღარ უჩნდება სურვილი მასთან ურთიერთობისა და ჩნდება გარკვეული ბარიერი. ასეთი ნეგატიური დამოკიდებულება და დახმარებაზე უარის თქმა საზოგადოების მიერ უფრო უწყობს ხელს პირის ნარკომანად ჩამოყალიბებას. ადამიანს არ შეუძლია იარსებოს გარკვეული სოციალური წრის გარეშე და ამ დროს ნარკოტიკების მომხმარებელ პირს უწევს ურთიერთობა იმ პირთა ჯგუფთან, რომლებიც არ ჰკიცხავენ მას და ჩვეულებრივ იღებენ. ეს ჯგუფიც ნარკოტიკების მომხმარებლები არიან. ასეთ ჯგუფთან ხანგრძლივი ურთიერთობისას პირს ეცვლება ფასეულობები და შეხედულებები, ბევრი გარემოება მეორეხარისხოვან მნიშვნელობას იძენს. მთავარი ინტერესი და მიზანი ხდება ნარკოტიკების შოვნა და მათი მოხმარება, შემდეგ კი არსებული განცდების გაზიარება

ამავე ჯგუფის წევრებთან. ასეთი სოციალური ჯგუფების ინტერესის წრე ხდება მხოლოდ ნარკოტიკები და მათი მოხმარება. მათი საუბარი ნებისმიერ გარემოებაზე მუდამ ნარკოტიკებთან მიდის და ერწყმება. ასეთი სახის ჯგუფში მოხვედრისას პირი უახლოვდება ეგრეთ წოდებულ “ფისქიკური დამოკიდებულების ნულოვან წერტილს” და შემდგომში ასეთი ჯგუფიდან დამოუკიდებლად თავის დაღწევა ფაქტიურად სურვილის არსებობის შემთხვევაშიც კი შეუძლებელი ხდება, მით უმეტეს თუ ამ დროს ნარკოტიკების მიმართ ფიზიკური დამოკიდებულებაც ვითარდება.

პრაქტიკული მაგალითებიდან და მოცემული მსჯელობებიდან გამომდინარე, აშკარად ჩანს, რომ ნარკოტიკების მომხმარებლები ნარკოტიკების ნეგატიურ ზეგავლენას უკვე თავის მაგალითზე ხვდებიან, მაგრამ, სამწუხაროდ, უმეტეს შემთხვევაში ძალიან გვიან. ამ ზღვრის მიღწევისას, როდესაც ნარკომანს აღარ აქვს ილუზია, რომ ნარკოტიკები მავნე არაა, მას აღარ შესწევს უნარი გაუმკლავდეს ამ პრობლემას დამოუკიდებლად.

პრაქტიკაში არსებული ვრცელი ინფორმაციის ანალიზის დროს, რომლის მნიშვნელოვანი ნაწილი თვითონ ნარკოტიკების მომხმარებელთა ინტერვიუების გზით არის ჩვენს მიერ მოპოვებული, ვლინდება სურათი, რომ სურვილის შემთხვევაში ნარკოტიკების ფისქიკური დამოკიდებულებისგან უფრო მარტივია განთავისუფლება, ვიდრე ფიზიკური დამოკიდებულებისგან. მიუხედავად ამისა, ფისქიკური დამოკიდებულებისგან განთავისუფლება საკმაოდ ხანგრძლივია და ვერ მოხერხდება იძულებით, ნარკოტიკების მომხმარებლის სურვილის გარეშე. ჩვენს მიერ მრავალი ნარკომანის გამოკითხვისას, მათი გარკვეული რაოდენობა გამოხატავს სურვილს, რომ თავი გაანებოს ნარკოტიკების მოხმარებას, მაგრამ ფიზიკური დამოკიდებულების გამო ვერ ახერხებს ამას.

პრაქტიკული მაგალითებიდან ცნობილია, რომ ნარკოტიკებზე ფიზიკური დამოკიდებულების არსებობისას პირი ნებისმიერ ხერხს მიმართავს, რომ მოიპოვოს სახსრები ნარკოტიკების შესაძენად. ხშირ შემთხვევაში ასეთი კატეგორიის პირები დანაშაულზე მიდიან, რომ ნარკოტიკები შეიძინონ. ეს პირები თავისი ნარკოდამოკიდებულებით არა მარტო თავის თავს აყენებენ ზიანს, არამედ საზოგადოების სხვა წევრებსაც. მოცემული მაგალითების ანალიზიდან გამომდინარე, ნარკოტიკების მომხმარებელი არა მარტო ავადმყოფია, არამედ დამნაშავეც.

ნარკოდამოკიდებულების ერთიანი შკალის შექმნა, არსებობა და პრაქტიკაში გამოყენება მეტად მნიშვნელოვანია. ამ შკალით

სარგებლობისას მარტივად შეიძლება გამოვლინდეს, თუ პირი ნარკოდამოკიდებულების რა სტადიამდეა მისული და აქედან გამომდინარე, რა ფორმით უნდა განხორციელდეს მასზე ზეგავლენა. ნარკოდამოკიდებულების შკალის გამოყენების დროს თუ გამოვლინდება, რომ პირი პლიუს მაჩვენებლიდან არ არის დასული “ნულოვანი ზღვრის” დაბლა, მისი რეაბილიტაცია შედარებით მარტივია. ამ შემთხვევაში პირს არ აქვს სრული ფიზიკური დამოკიდებულება ნარკოტიკების მიმართ და ბუნებრივი პროცესების ნორმალიზება მის ორგანიზმში შედარებით მარტივია. მოცემულ სტადიაზე მთავარია შეიჩეს სწორი ზემოქმედების ფორმა, რომ არასწორი ზემოქმედების გამო არ მოხდეს პირიქით, პირის ნარკოდამოკიდებულების განვითარება, რადგან შეუქცევადი პროცესები არ არის დაწყებული.

შეფასების შკალის გამოყენებისას თუ გამოვლინდა, რომ პირი ფიზიკურად სრულადაა დამოკიდებული ნარკოტიკებზე, მის მიმართ უნდა განხორციელდეს ადეკვატური ზემოქმედება. მაგალითად, თუ ასეთი პირის იზოლაცია მოხდება იმავე თავისუფლების აღკვეთის სახით, ეს გარემოება არ შეუწყობს ხელს მის რეაბილიტაციას. პირიქით, ასეთ შემთხვევაში თუ არ მოხდა გარკვეული დოზით ნარკოტიკების შემცველი ნივთიერების გამოყენება, ამ პირის მიმართ (მაგალითად, მეტადონი გარკვეული დოზით), მისი ჯანმრთელობა კატასტროფულად გაუარესდება, რადგან ამ სტადიაზე ნარკოტიკების გარეშე პირის ორგანიზმი ვერ არსებობს. მოცემულ დამოკიდებულების სტადიაზე თუ მოხდება პირის იძულებით იზოლაცია, ნარკოტიკული ნივთიერებებისგან ხშირ შემთხვევაში ეს გარემოება პირის გარდაცვალებითაც კი მთავრდება. სრულყოფილი ნარკოდამოკიდებულების შკალის შექმნისას თუ გამოვლინდება, რომ პირი ფიზიკურად სრულად არის დამოკიდებული ნარკოტიკებზე აუცილებელია არა მისი უბრალოდ იზოლაცია, რაც მისთვის საბოლოო ჯამში უფრო ნეგატიურად მთავრდება, არამედ მის მიმართ სამედიცინო ზემოქმედება, რომ იგი არ იყოს საზოგადოებისთვის საშიში და არ მიადგეს მის ჯანმრთელობას უფრო მეტი ზიანი. ასეთი შეფასების შკალის არსებობისას უფრო ზუსტად მოხერხდება ნარკოტიკების მომხმარებლის შეფასება და მის მიმართ განხორციელებადი სამკურნალო თუ იძულებითი მოქმედების შერჩევა. ეს გარემოება ნაწილობრივ უკვე ხორციელდება პრაქტიკაში. მაგალითად, საქართველოში არსებობს მეტადონის ჩანაცვლების პროგრამა. ამ პროგრამაში მონაწილეობისას პირი იღებს მეტადონს გარკვეული დოზით, რითაც იგი სძლევს ტკივილს და არ განიცდის ეიფორიას, რა დროსაც იგი ნაკლებად საშიში ხდება საზოგადოებისთვის. ერთიანი და სრულყოფილი ნარკოდამოკიდებულების შკალის შემუშავება ხელს შეუწყობს ზუსტ განსაზღვრას, თუ რა სახის

ზემოქმედება უნდა განხორციელდეს ნარკოტიკების მოხმარებლებზე. იქნება ეს მეტადონის ჩანაცვლების პროგრამა, ნარკოტიკების მოხმარებლის უბრალოდ ნარკოსუბკულტურისგან იზოლაცია, მისი იძულებითი მკურნალობა თუ მხოლოდ ფსიქოლოგიური რეაბილიტაციური ზემოქმედება.

ასეთი შკალის კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი როლი იმაში მდგომარეობს, რომ საზოგადოების წევრებს დაანახოს ნარკოტიკების მოხმარების შესაძლო შედეგები კიდევ უფრო თვალნათლივ და გასაგებად, რაც თავის მხრივ დადებით ზეგავლენას მოახდენს ნარკოტიკების პრობლემაზე. როდესაც მოცემული “შეფასების შკალის” ინფორმაცია სხვადასხვა პრაქტიკული მაგალითებით იქნება გამაგრებული, საზოგადოებას ექნება საშუალება უფრო მკაფიოდ და მარტივად დაინახოს ნარკოტიკების მოხმარების შედეგები და არ გამოსცადოს მათი მავნებლობა თავის თავზე. ნარკოდამოკიდებულების შკალის შექმნა და მასში ზუსტად განსაზღვრა, თუ რა სტადიაზე რა სახის ზემოქმედება უნდა განხორციელდეს ნარკოტიკების მოხმარებელზე, ძალზე მნიშვნელოვანია მათთვის სწორი რეაბილიტაციის ფორმის შერჩევისთვის. ეს გარემოება, თავის მხრივ, უფრო გააუმჯობესებს ნარკოვითარებას საქართველოში. მაგალითად, პრაქტიკაში გამოჩნდა, რომ ნარკოტიკების მოხმარების გამო პირის თავისუფლების აღკვეთა არ ახდენს მის რეაბილიტაციას ნარკოტიკების მოხმარებისაგან და არ არის დადებითი შედეგის გამომწვევი. სასჯელაღსრულების დაწესებულებაში მოხვედრისას ნარკოტიკების მოხმარებელზე ხდება ნეგატიური ზეგავლენა სხვა პატიმრების მიერ; საკმარისად არ ხორციელდება მათთვის ფსიქოლოგიური სამედიცინო დახმარება, რომ თქვან უარი ნარკოტიკების მოხმარებაზე; უარესდება მათი ჯანმრთელობის მდგომარეობა. ცნობილია, რომ ნარკოტიკების მოხმარებლები ხშირ შემთხვევაში დაავადებულნი არიან მძიმე დაავადებებით, რითაც საფრთხეს უქმნიან სხვა პატიმრებს. საბოლოოდ მათი განთავისუფლებისას უმრავლესობა ისევ განაგრძობს ნარკოტიკების მოხმარებას და საზოგადოებისთვის ისევ საშიშ პირებად ვლინდება.

ამ მაგალითიდან აშკარად იკვეთება, რომ მხოლოდ მკაცრი და არაზუსტი ზემოქმედება ნარკომომხმარებლებზე უმეტესად ვერ იძლევა შესაბამის დადებით სურათს. მოცემული მსჯელობის მთავარ აზრს საქართველოში მოღვაწე მრავალი მეცნიერი ეთანხმება. “შეფასების შკალის” შემუშავებით უკვე დადგენილი იქნება თუ ნარკოდამოკიდებულების რა სტადიაზეა პირის მდგომარეობა. შემდეგ მის მიმართ განხორციელდება უკვე წინასწარ განსაზღვრული და გაწერილი ღონისძიებები, რომლებიც წინასწარ დამუშავდება სპეციალისტების მიერ და შეესაბამება ნარკოდამოკიდებულების კონკრეტულ სტადიაზე მყოფი პირის

მდგომარეობას. მოცემული გარემოებით თავიდან იქნება აცილებული მიშვნელოვანი შეცდომები ნარკოტიკების მომხმარებელთა რეაბილიტაციის პროცესში.

ლიტერატურა

1. “სოციოლოგიური კვლევა ნარკომანიის პრობლემაზე”. ამირან მოსულიშვილი თბილისი 2010 წ.
2. “მსუბუქ ნარკოტიკულ საშუალებათა ლეგალიზაციის შესაძლო თანხვედრი შედეგები საქართველოში”. ამირან მოსულიშვილი 2009 წ.
3. “ნარკომანიასთან დაკავშირებული ზოგიერთი პრობლემა” ამირან მოსულიშვილი. გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის შრომები, 2009 წ.
4. “ფსიქოლოგია” - კრებული. დიმიტრი უზნაძის ფსიქოლოგიის ინსტიტუტი. ტომი XXII. ანა ბარამიძე – “ნარკომანია როგორც ოჯახური პრობლემა”. 2010 წ.

„Atası Chirio Da Oriatası Tsamalıo“;

„Adamianı Adamianis Tsamalia“;

„İmedi Tsamalia“

(Georgische (Vater-)Ausdrücke)

CENTRAL RULINGS OF THE TURKISH SUPREME COURT ON MEDICAL LAW

Prof. Dr. Dr. h. c. Yener Ünver
Istanbul Ozyegin University

The author points out a liberal nature of the Turkish penal legislation regarding the medical delinquency. Overwhelming majority of the Turkish Supreme Court Decisions in medical cases belong to civil law. The presentation contains a number of institutional recommendations as well as a detailed overview of the Turkish Criminal Code Articles concerning the medical crimes.

WÜRDIGUNG DER NEUEREN TÜRKISCHEN HÖCHSTRICHTERLICHEN ENTSCHEIDUNGEN ÜBER DAS GESUNDHEITSRECHT

Von Prof. Dr. Dr. h. c. Yener Ünver
Ozyegin Universität Istanbul

A. ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE UND BESTIMMUNGEN

I - RECHTLICHE NATUR DER BEZIEHUNG ZWISCHEN ARZT UND PATIENT

Während das **Kassationsgericht** in seinen meisten Urteilen im allgemeinen die Beziehung zwischen Arzt und Patient bei kosmetisch-ästhetischen Operationen als **Werkvertrag** annimmt, nimmt es hingegen die rechtliche Natur der Beziehung bei allen anderen ärztlichen Eingriffen als **Auftrag** an. Gemäß dem Kassationsgericht ist; „Auch wenn der Beauftragte nicht für den Eintritt eines Erfolges bei Aufgabenerledigung verantwortlich ist, er aber für die durch den nicht sorgfältigen um dieses Ergebnis zu erzielenden Aufwand, das Vorgehen, das Handeln, das Verhalten entstehende Schäden verantwortlich. Die Verantwortlichkeit des Beauftragten ist im Allgemeinen von den Regeln betreffend der Verantwortlichkeit eines Arbeiters abhängig. Der Beauftragte ist verpflichtet, sorgfältig wie ein Arbeiter vorzugehen und haftet dementsprechend auch für einen geringsten Fehler (Art. 321/1 Obligationengesetz). Aufgrund dessen werden alle Fehler, die innerhalb des Berufes eines Arztes dem Arzt unterlaufen, auch wenn sie gering sind, als Tatbestand der Haftung angenommen. Der Arzt ist verpflichtet, um seinem Patienten keinen Schaden hinzuzufügen, alle beruflichen Voraussetzungen zu erfüllen, den Zustand des Patienten in ärztlicher Hinsicht zeitig und ohne Verzögerung festzustellen, die für den konkreten Zustand erforderlichen Maßnahmen vollständig zu ergreifen und die geeignete Behandlung wieder frühzeitig festzustellen und anzuwenden. In Situationen, auch wenn sie nur auf dem Mindestniveau sind, die einen Zweifel hervorrufen, ist er verpflichtet, diesen Zweifel widerlegende Durchsuchungen durchzuführen und gleichzeitig vorbeugende Maßnahmen zu ergreifen. Bei der Wahl zwischen verschiedenen Behandlungsmethoden müssen die Besonderheiten des Patienten und der Krankheit vor Augen gehalten, den Patienten riskierendes Verhalten und Vorgehensweisen vermieden und der sicherste Weg beschritten werden. Der Auftraggeber (also der Patient) besitzt das Recht, von dem als Arzt seinen Beruf ausübenden Beauftragten in jeder Behandlungsstufe Sorgfalt und Vorsicht zu erwarten. Gem. Art. 394/1 des Obligationengesetzes wird angenommen, dass der die erforderliche Sorgfalt nicht erfüllende Beauftragte den Auftrag nicht den Notwendigkeiten entsprechend erfüllt hat und ist demzufolge zum Schadensersatz verpflichtet¹.

¹ Siehe 13. HD., 21.12.2006, E. 2006/13122, K. 2006/16638. Ausserdem siehe 13. HD., 19. 10. 2006, E. 2006/10057, K.2006/13842; 13. HD., 10. 10. 2006, E. 2006/10068, K. 2006/13288; 13. HD., 06. 07. 2006, E. 2006/5554, K.2006/11186; 13. HD., 09. 06. 2006, E. 2006/6683, K. 2006/9443; 13. HD., 18. 06. 2007, E. 2007/4357, K. 2007/8565.

II – AUFKLÄRUNGSPFLICHT DES ARZTES

Gemäß dem im Bereich des Verwaltungsrechts als höchstes Gericht zählendes Oberverwaltungsgericht (*Danıştay*) genügt es, das Vorgehen des Arztes als rechtswidrig anzusehen, ohne dass man nach anderen Umständen sucht, wenn der Arzt vor der ärztlichen Behandlung gar nicht oder nur ungenügend seine Aufklärungspflicht erfüllt hat. Beispielsweise wurde in einem Fall entschieden, in dem vor Verabreichung **keinerlei Information über die Nebenwirkungen** der bei einem am Ohr kranken Patienten in das Ohr getropften und im Allgemeinen in der Medizin verwendeten *Castellani-Lösung* gibt, mit Eintropfen der Lösung starkes Brennen, Übelkeit und Schwindel vorkommen und bei später erfolgenden Messungen das Maß der Taubheit gestiegen ist, zusammen mit der Anerkennung dieses Medikaments in der Medizin eine solche Nebenwirkung dieses auf der ganzen Welt bei vielen Patienten verwendeten Medikaments, die, auch wenn selten, sich bei einem Patienten zeigt, unvermeidbar ist, aber diese Nebenwirkungen dem Patienten nicht bekannt gegeben werden, und es offensichtlich ist, dass der Hörschaden oder höherer Verlust bei dem Patienten durch die Benutzung dieses Medikaments zustande kommt, **es sicher ist, dass das Trommelfell des Klägers, welches ein Loch hat, angesteckt wird und ein Medikament benutzt wird, welches Nebenwirkungen besitzt, die nicht behoben werden können und ohne davor über gleiche Nebenwirkungen keine Information zu geben seine Einwilligung eingeholt wird, am Anfang dieses Risiko nicht beachtet und der Kläger nicht informiert wird, sogar wenn man berücksichtigt, dass der Name von dem verwendeten Medikaments verheimlicht wird, der Hörverlust aufgrund des Dienstfehlers des Arztes zustande kam und annimmt, dass bei dem Kläger ständig große Qual und Leid hervorgerufen wird, aufgrund der Nichtgewährung des Rechts der Behandlungsverweigerung, weil der Patient nicht aufgeklärt wurde, dem Patienten Schadensersatz gezahlt werden muss².**

III – BEHANDLUNGSFREIHEIT DES ARZTES

Auch wenn das Kassationsgericht in seinen Entscheidungen auf die Standards der Medizinwissenschaft verweist und die Grenze der Freiheit der Behandlungsmethode und der medizinischen Geräteauswahl des Arztes nachdem die Aufklärungspflicht erfüllt wurde außer der gültigen Einwilligung und anderen gesetzlichen Pflichten die grundsätzliche Grenze entsprechend den Daten in der Medizinwissenschaft als Entsprechung der medizinischen Standards festlegt, hat es in seinen neuerlich getroffenen Entscheidungen aber verdeutlicht,

² *Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu* 07. 03. 2003., E. 2002/716, K. 91 (www.kazanci.com.tr).

dass der Arzt während er diese Freiheit und sein Recht nutzt, verpflichtet ist, die **„Besonderheiten des Patienten und der Krankheit vor Augen zu halten, die den Patienten riskierende Verhalten und Vorgehensweisen zu vermeiden und den sichersten Weg zu beschreiten“**³ und hat somit neue zusätzliche Begrenzungen getroffen.

Das Kassationsgericht hat in vielen seiner Urteile entschieden, **dass der Arzt bei Auswahl einer der unterschiedlichen Behandlungsmethoden keine Berechtigung zum vollen unbegrenzten willkürlichen Ermessen besitzt und der diese Entscheidung zu treffende Arzt die Besonderheiten des Patienten und der Krankheit vor Augen zu halten und den Patienten wenn möglich nicht zu riskieren und wenn es unvermeidbar ist, ihn zu riskieren, den sichersten Weg zu bevorzugen hat, den ihn am wenigsten riskiert**⁴. Gleichfalls ist es selbstverständlich, dass der Patient vor seiner Einwilligung im Hinblick auf diese Methode und Risiken, Erfolgchancen und getroffenen Maßnahmen gegen mögliche Risiken, Alternativen und hohe Schaden- oder Gefahrenrisiken in erforderlicher Art und Weise aufgeklärt werden muss⁵. Gem. dem **Kassationsgericht befreit nicht der Umstand** der Genesung des Patienten **den Arzt** von seiner Haftung, sondern, auch wenn keine Verbesserung oder Heilung der Situation des Patienten stattfindet, **der dieser Sorgfaltspflichten entsprechende ärztliche Eingriff**⁶.

Trotz der grundlegenden Richtigkeit dieser Entscheidungen, sind die den Arzt in seinen Rechten einschränkenden zusätzlichen Maßstäbe rechtswidrig, da der Arzt, indem er entsprechend dem medizinischen Standard eine Wahl des Geräts oder Methode getroffen, seine Aufklärungspflicht erfüllt, andere gesetzliche Voraussetzungen beachtet und im konkreten Fall nicht fahrlässig gehandelt hat, verantwortungslos sein müsste.

IV – UNTERSCHIED ZWISCHEN ÄRZTLICHEM KUNSTFEHLER UND KOMPLIKATION

Wenn im Hinblick auf einen ärztlichen Eingriff die erforderliche Sorgfalt des medizinischen Standards nicht eingehalten wurde oder der Eintritt einer möglicherweise entstehenden Komplikation nicht verhindert wurde oder bei Eintritt dieser Komplikation das Auftauchen der gefährlichen-schädlichen

³ 13. HD., 21. 12. 2006, E. 2006/13122, K. 2006/16638; 13. HD., 19. 10. 2006, E. 2006/10057, K.2006/13842; 13. HD., 10. 10. 2006, E. 2006/10068, K. 2006/ 13288.

⁴ Zum Beispiel 13. HD. 25. 04. 2002., E. 2589, K. 4560. Ausserdem siehe 10. 03. 2006., E. 14854, K. 10687

⁵ BGHZ 13. 06 2006 – VI ZR 323/04 – VersR 2006, sh: 1073; BGHZ 27. 03. 2007 – VI ZR 55/05.

⁶ 13. HD. 10. 03. 2006., E. 14854, K. 3416. Ausserdem siehe 13. HD. 25. 07. 2005., E. 15820, K. 2367; 13. HD. 15. 10. 2002., E. 7925, K. 10687.

Ergebnisse durch Eingriff nicht verhindert wurde oder die erforderlichen Maßnahmen, um den Schaden zu mindern, nicht getroffen wurden, entbehrt dieser Umstand unter dem Begriff der Komplikation nicht der juristischen Sanktion und muss als ärztlicher Kunstfehler angenommen werden⁷. **Der Arzt muss im Hinblick auf den konkreten ärztlichen Eingriff die Maßnahme unverzüglich ergreifen** und die in diesem Fall erforderliche entsprechende Behandlung unverzüglich feststellen und anwenden⁸.

Außerdem muss **der Arzt** gem. dem Kassationsgericht, **um den Patienten nicht zu schädigen, nicht nur seinen beruflichen Erfahrungen, sondern auch seinen allgemeinen Lebenserfahrungen entsprechende jedem auferlegte Vorsicht und Sorgfalt** zeigen⁹.

Obwohl der hier erfolgte Eingriff dem medizinischen Standard entsprechend war, ist das aufgetretene Ergebnis Komplikation, widersprechende Eingriffe hingegen ärztlicher Kunstfehler; Komplikation ist nicht immer den Arzt von seiner Verantwortung befreiende Umstand. Dass die Komplikation den Arzt von seiner Verantwortung befreien kann, müssen die anderen Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründen vorhanden sein und ferner darf die Komplikation nicht vorhersehbar oder zu verhindern gewesen sein oder es müssen die medizinischen Notwendigkeiten vorgenommen werden, um zusammen mit der Voraussesbarkeit diese zu verhindern oder die negativen Auswirkungen zu mindern. Komplikation bedeutet nicht immer Haftungsausschluss.

V – MISSEFOLG BEI ÄRZTLICHEM EINGRIFF – VERANTWORTUNG

Auch wenn im Rahmen der durch die Medizin als normal angesehenen Risiken und Abweichungen aufgrund seines Verhaltens bestimmte Folgen eintreten, wird das Gesundheitspersonal nicht bestraft, es kann nicht bestraft werden. Mit einem anderen Ausdruck **kann der Arzt von diesem negativen Ergebnis rechtlich nicht verantwortlich gemacht werden, wenn der Arzt den ärztlichen Eingriff dem medizinischen Standard entsprechend vorgenommen hat, auch wenn die Behandlung (beispielsweise eine Operation) den gewünschten Erfolg nicht erzielt hat**¹⁰.

Gemäß dem Kassationsgericht **„ist der Arzt nicht verpflichtet, den behandelten oder operierten Patienten zu 100 % zu heilen. Das ganze Problem besteht in der**

⁷ 13. HD., 06. 07. 2006, E. 2006/5554, K.2006/11186.

⁸ 13. HD., 09. 06. 2006, E. 2006/6683, K. 2006/9443.

⁹ 13. HD., 18. 06. 2007, E. 2007/4357, K. 2007/8565.

¹⁰ 13. HD. 14. 10. 1974., E. 2637, K. 2492.

Feststellung, ob der Arzt den ‘medizinischen Regeln und Notwendigkeiten’ entsprechend gehandelt hat oder nicht.“ „Wenn der Arzt den von der Medizinwissenschaft vorgesehenen und zu erfüllenden Regeln und ärztlichen Behandlungsmethoden entsprechend gehandelt hat, kann ein rechtswidriges Verhalten nicht mehr behauptet“ werden¹¹. D.h. wenn der Arzt „den von der Medizinwissenschaft angenommenen allen Regeln entsprechend einen Eingriff vorgenommen hat, kann dem Arzt keine Schuld mehr vorgeworfen werden“¹². Mit anderen Worten kann der Arzt nicht verantwortlich gemacht werden, wenn der Patient nicht geheilt oder sein Tod nicht verhindert werden konnte, obwohl der Arzt den medizinischen Regeln und Notwendigkeiten entsprechend gehandelt hat. Der Arzt schuldet keine Heilung, dennoch hat er die Aufgabe, dem medizinischen Standard entsprechend ärztlich einzugreifen¹³.

Um von der Haftung ausgeschlossen zu werden, muss man den Regeln der ärztlichen Kunst mit den erforderlichen Maßnahmen folgen und in diesen Grenzen handeln. Mit anderen Worten, wenn die Medizinwissenschaft die durch den Arzt vorgenommenen Eingriffe erlaubt, bedeutet dies, dass er eine in medizinisch beruflicher Hinsicht zu billigende Tätigkeit vorgenommen hat und aufgrund des durchzuführenden Rechts sein Verhalten nicht als rechtswidrig gilt“¹⁴.

Auf der anderen Seite hat das Kassationsgericht entschieden, dass der Arzt nicht für alle Komplikationen verantwortungslos ist, für vorhersehbare oder zu verhindernde, d.h. auch für durch sorgfältige Haltung und vorzunehmende Maßnahmen möglicherweise zu verhindernde Komplikationen der Arzt (im Rahmen des auf die Sorgfaltspflicht beruhenden Haftungskonzeptes) haftet¹⁵, was meiner Meinung nach eine berechnete Praxis ist.

Weil, „ein Gewerbetreibender oder Handwerker bei Ausübung seines Berufes oder seines Handwerkes haftet, wenn er aufgrund seiner fehlenden Kenntnis, die auf jeden Fall erforderlich ist, oder er es versäumt, die von der Wissenschaft notwendig erachteten Maßnahmen zu ergreifen, um den Schaden zu verhindern, einen Grund für den Schaden gibt. Indessen gilt die Nichteinhaltung der

¹¹ 4. HD, 10. 04. 1980., E. 2175, K. 2541. Ausserdem siehe 4. HD, 07. 03. 1977., E. 6297, K. 2541 (=Yargı Dünyası İçtihat Programı).

¹² 13. HD, 14. 10. 1974., E. 26377, K. 2492 (=Yargı Dünyası İçtihat Programı).

¹³ 13. HD., 21. 12. 2006, E. 2006/13122, K. 2006/16638. Ausserdem siehe 13. HD., 19. 10. 2006, E. 2006/10057, K.2006/13842; 13. HD., 10.10.2006, E.2006/ 10068, K. 2006/13288; 13. HD., 09. 06. 2006, E. 2006/6683, K. 2006/9443. 13. HD. 08. 07. 2005., E. 3645, K: 11796. 13. HD. 01. 12. 2005., E. 11653, K. 7791.

¹⁴ 4. HD. 07. 03. 1977, E. 6297, K. 2541.

¹⁵ 13. HD. 07. 12. 2000., E. 10347, K. 11083.

streitbaren und in der Regel nicht anerkannten wissenschaftlichen Regeln nicht als schuldhaft. **Auch wenn die durch Ärzte durchgeführten Operationen das erwartete Ergebnis nicht erzielt haben, aber ein allen medizinwissenschaftlichen Regeln entsprechender Eingriff vorgenommen wurde, kann der Arzt aufgrund dessen, dass dem Arzt keine Schuld mehr vorgeworfen werden kann, nicht haftbar gemacht werden**¹⁶.

VI – ENTSPRECHUNG DEM MEDIZINISCHEN STANDARD

Während geprüft wird, ob der Arzt bei Ausübung der Fertigkeit nachlässig, dem medizinischen Standard entsprechend gehandelt hat oder nicht, **muss der objektive Maßstab und die durch einen durchschnittlichen (und in der betreffenden Branche tätigen) Arzt vorzunehmenden Notwendigkeiten beachtet werden**. Hier kann nicht jedes entstehende Risiko als ein medizinischer Fehler angenommen werden¹⁷. D.h. der **Maßstab**, der bei dem vorgenommenen Eingriff entstehenden Fahrlässigkeit und Nichtergreifung einer Maßnahme, ohne die den Schaden verursachenden subjektiven Eigenschaften zu beachten, ist allein die durch **einen durchschnittlichen Arzt in gleicher Lage und zu gleichen Bedingung zu zeigende übliche Sorgfalt**¹⁸. Entgegen dem Vorhandensein aller anderen **ärztlichen** Voraussetzungen, ist **wenn der ärztliche Eingriff dem medizinischen Standard widersprechend zustande kam** dieser durch den Arzt vorgenommene Eingriff rechtswidrig und wird **der Grund für die Haftung** des Arztes sein¹⁹. D.h. „wenn der Arzt die Daten der Medizinwissenschaft falsch oder nicht vollständig erfüllt hat, die für den Beruf notwendig erachteten bestimmten Voraussetzungen **nicht** ganz oder nicht ausreichend erfüllt hat, **sollte das Vorhandensein des beruflichen Fehlers angenommen werden**“²⁰.

Das Kassationsgericht legt ärztlichen Kunstfehler²¹ am **Maßstab** der „Erfüllung der beruflichen Voraussetzungen, Berücksichtigung und Anwendung der medizinwissenschaftlichen Regeln“, „naturwissenschaftlichen Regeln“, „technischen Regeln der Medizinwissenschaft“, „beruflichen Sorgfalt und

¹⁶ 13. HD. 14. 10. 1974., E. 2637, K. 2492.

¹⁷ HGK. E. 1987/70, K. 13-640.

¹⁸ 13. HD., 14. 10. 1974., E. 1973/2637 K. 1974/2492.

¹⁹ Siehe **HAKERİ**, Tıp Hukuku, sh: 185. Ausserdem 4. HD. 29. 06. 1967., E. 2876, K. 5612 und 4. HD. 07. 03. 1977., E. 6297, K. 2541

²⁰ 13. HD. 05. 04. 1993., E. 131, K. 2741.

²¹ Für Einzelheiten siehe Yener **ÜNVER**. Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku., in: Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2008.

Fürsorge“, „üblichen Vorsicht und Sorgfalt“ und „sorgfältigen Fürsorge und Vorsicht“ fest²².

Gleichfalls entsteht gem. dem **Kassationsgericht** eine Haftung des Arztes, „wenn der Arzt medizinische Daten falsch oder ungenügend angewandt, **sich an die für seinen Beruf notwendigen bestimmten Pflichten nicht wie erfordert oder nicht ausreichend gehalten hat**“¹³ und auch **im konkreten Fall** der Grund für die Sorgfaltslosigkeit **auf persönliche Ungeschicklichkeit beruht**²⁴.

Das **Kassationsgericht** hat in Bezug auf den Behandlungsfehler bei der Feststellung, ob ein fehlerhafter ärztlicher Eingriff vorgenommen wurde oder nicht, nicht **auf das abstrakte Wissen des Arztes abgestellt, sondern hat vielmehr darauf hingewiesen, dass der Arzt sein Wissen im konkreten Fall anwenden und dabei die persönliche Situation des Patienten berücksichtigen muss**²⁵.

Gleichfalls ist gem. dem Kassationsgerichtshof bei dem Maßstab der Anwendung von Medikamenten der **im Lande zeitgenössische medizinische Standard** zu berücksichtigen²⁶, und es muss mit einer wie von einem durchschnittlichen Arzt zu erwartenden Sorgfältigkeit gehandelt werden²⁷.

Auf der anderen Seite ist in der Regel, außer manchen bestimmten Ausnahmefällen, keine Rede von der ‘Eingrenzung des Arztberufes aufgrund einer Fachärzteschaft’. Aufgrund dessen ist es nicht rechtswidrig, dass ein Arzt, der allgemeiner Chirurg ist, eine Krampfadern-OP unterzieht. **Aber der Arzt, der in einer Branche, die in sich selbst in bestimmte Fachbranchen auseinandergeht, den medizinischen Eingriff vornimmt, muss die in dieser bestimmten Fachbranche als notwendig erachtete Kenntnis, Erfahrung, das Werkzeug und Material besitzen.** Die gegenteilige Praxis führt bei den aufgrund dieses verdeutlichten Mangels entstandenen Schäden zur Haftung des ärztlichen Behandlungsfehlers²⁸.

VII – DAS VERTRAUENSGRUNDSATZPRINZIP

Es sind auch Entscheidungen des Kassationsgerichts, wenn auch selten, im Hinblick auf die fahrlässigen Verhalten der Ärzte vorhanden, (ohne dass die im

²² <http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=80> (01. 12. 2006, Saat: 10.00); 4. HD. 29. 06. 1967., E. 2876, K. 5612.

²³ 4. HD. 1977/2541 (Nakleden **HANCI**, Malpraktis, sh: 29).

²⁴ HGK. 28. 06. 1978., E. 1976/3596, K. 1978/696.

²⁵ 4. HD. E. 1976/692, K. 11046 (**ÖZTÜRKLER**, Tibbi Sorumluluk, S. 90). Für ähnliche Entscheidung von *New York Hochgericht*, S. 91.

²⁶ 5. CD. 12. 03. 1987., E. 1986/8615, K. 1987/1407; 4. HD. 13. 03. 1973., E. 2684, K. 2978; 4. HD. 27. 04. 1987., E. 2594, K. 3201.

²⁷ 13. HD. 06. 11. 2000., E. 8590, K. 9569.

²⁸ 4. HD. 6. 5. 1991., E. 5104, K. 429.

Urteilstext offensichtlichen gleichen Fachausdrücke verwendet werden), die hervorheben, dass es auf das Vertrauensgrundsatzprinzip beruht, die strafrechtliche Verantwortung auf das Persönlichkeitsprinzip verweist und insbesondere bei Fällen, bei denen von mehr als einer Person begangenen fahrlässigen Tat eine gemeinsame Wirkung verdächtigt wird, sowohl die Kausalität als wichtigen Teil des objektiven Tatbestandes als auch die Schuldhaftigkeit sorgfältig festgestellt werden sollten und man keine Entscheidung treffen sollte, die auf mangelhafte Ermittlung beruht, sowie dass man sich nicht auf mangelhafte oder widersprüchliche oder Gutachten des Hohen Gesundheitsrats, die nicht die Feststellung und Begründung, die auf die erforderliche Überprüfung beruhen, beinhalten, beruft, außerdem man ein Sachverständigengutachten des gerichtsmedizinischen Instituts einholen sollte²⁹. Wenn man beispielsweise bei der konkreten Entscheidung, auf die Bezug genommen wird, Mängel und Fehler wie das Außerdiskussionlassen der Verantwortung des bei einem selber die Narkoseflasche wechselnden Angestellten auf die eine Seite gestellt werden, müsste dieses Hinweisen des Kassationsgerichts auf diese Prinzipien und seine Anwendung als positive Entwicklung angesehen und unterstützt werden.

In den neueren Entscheidungen des **Kassationsgerichts** kann man besonders gut die Wirkung der Neigung **wahrnehmen, dass** neben dem Strafrecht auch im Zivilrecht **es die Teilnahme an der aufgrund einem rechtswidrigen ärztlichen Eingriff entstehenden Verantwortlichkeit von mehr als einer Person darstellt und in jedem konkreten Fall überprüft werden muss und das Maß der Haftung nach dem Beitrag festgelegt werden muss**³⁰, welche Entwicklung ich für positiv erachte.

B. STRAFRECHTLICH BESONDERE BESTIMMUNGEN

I – STRAFTAT DER FAHRLÄSSIGEN KÖRPERVERLETZUNG EINES MENSCHEN

Gleichfalls wird eine den **„in der Medizinwissenschaft sich angeeigneten und angewandten wissenschaftlichen Prinzipien widersprechende Anwendung“** oder die **Vornahme des ärztlichen Eingriffes „ohne die erforderlichen Umstände zu wissen“** und **ohne sich man selbstverständlich an diese hält bei der Rechtsanwendung** betreffend des Gesundheits-/Medizinrechts **als Berufsfehler angesehen und diese als eine Haftung begründende Verhalten**

²⁹ Siehe 2. CD. 5.2.1996., E.1996/268, K.1996/1025 (YKD 1996, Nr: 11, S. 1483-1485).

³⁰ Siehe **“Doktor da hemsire kadar suclu ANKARA (Cumhuriyet Bürosu) - (Cumhuriyet Gazetesi 25.02.2007, S. 1)”**.

angenommen³¹. Im Hinblick auf diese Haftungsart betrifft das konkrete verwiesene Kassationsgerichtsurteil die Schadensersatzhaftung und im Hinblick auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit kann trotz keiner Würdigung, unter der Voraussetzung, dass gesetzlicher Tatbestand vorhanden ist, wenigstens fahrlässige Körperverletzung oder fahrlässiger Totschlag erfüllt werden.

In einer anderen Entscheidung des Kassationsgerichts wurde die **Tat des Arztes, das Ziehen der rechts oben befindlichen gesunden Zähne anstatt der links oben befindlichen faulen Zähne eines Patienten, der ihn aufsuchte, um seine faulen Zähnen ziehen zu lassen**, auch durch das Hohe Gesundheitsrat als dass der Arzt ohne die erforderliche Vorsicht und Sorgfalt gezeigt zu haben jemandem eine Kausalität zur Qual gegeben und ihn verletzt hat bewertet und hat demzufolge entschieden, dass der Arzt wegen der **Tat der fahrlässigen Körperverletzung** bestraft werden muss³², was ich für angebracht und berechtigt halte.

II – AMTSMISSBRAUCH

Das Kassationsgericht hat in einem Urteil (**mit der Mehrheit der Stimmen**) entschieden, dass das Verhalten des im öffentlichen Dienst angestellten Arztes, das genehmigte oder nicht genehmigte Verlassen des Krankenhauses, in dem er arbeitet, vor Ende seiner Arbeitszeit und die Annahme von Geld von dem Patienten während seiner Anwesenheit in einer privaten Arztpraxis, den **Amtsmissbrauch erfüllt**³³. Ich finde dieses Ergebnis des Kassationsgerichtshofes für angebracht. Ich bin der Meinung, dass das Verhalten des angeklagten Arztes den Tatbestand des Amtsmissbrauches gem. Art. 240 des aufgehobenen und gem. Art. 257/1 des neuen tStGB erfüllt und das **unberechtigterweise bekommene Honorar hingegen den Schadenserfolg des gesetzlichen Tatbestandes darstellt**.

Während Verhalten wie, Annahme der Bestechung durch den im öffentlichen Dienst angestellten Arzt und Untersuchung oder Behandlung oder Vornahme eines sonstigen ärztlichen Eingriffes usw. früher immer den Tatbestand der Bestechung darstellten³⁴, ist eine einfache Bestechung gegenwärtig im Hinblick auf das **neue tStGB aus dem Tatbestand ausgeschlossen, sodass man darauf achten muss, dass solche Verhalten gem. Art. 257/1 und 257/3 des tStGB bewertet werden müssen**. Wenn in vielen Fällen wie bei diesem Tatbestand nicht erfüllt

³¹ Siehe "Doktor da hemsire kadar suclu ANKARA (Cumhuriyet Bürosu) - (Cumhuriyet Gazetesi 25.02.2007, S. 1)".

³² 4. CD. 12.11.2003., E.2002/28399, K.2003/11352 (www.kazanci.com.tr). Vgl. 13. HD. 6.7.2006., E. 2006/5518 K. 2006/11185 (http://www.istanbul_barosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20072/ibd_200723yhd13.pdf).

³³ 4. CD. 10. 10. 1990., E. 1990/4371, K. 1990/5006 (www.yargitay.gov.tr).

³⁴ Siehe 5. CD. 22.1.1998., E.1997/4673, K.1998/71 (www.kazanci.com.tr)

oder bewiesen werden (wie in vielen Fällen begegnet wird), müsste man die Tat als Verstoß gegen in Art. 257/1 tStGB geregelte Tat annehmen.

III – STRAFTATEN DER DIENSTVERNACHLÄSSIGUNG UND DIE URKUNDENFÄLSCHUNG

Das Kassationsgericht hat entschieden, dass das Verhalten, Ausstellen eines Attestes neben den Beamten beruhend auf ihre mündliche Aussage vor Untersuchung eines jemanden, der gefoltert wurde, eine Dienstvernachlässigung (Art. 230 altes tStGB) erfüllt³⁵. Man muss jedoch hier zwei verschiedene Straftaten berücksichtigen. Eine der beiden ist gem. Art. 257/1 des neuen tStGB die Straftat des Amtsmissbrauchs, das andere eine Straftat der Urkundenfälschung (Art. 204 tStGB) (Art. 339-342 altes tStGB). Da beide Straftaten nicht mit einer Handlung erfüllt werden, sollte neben der Annahme des Zustandekommens beider Straftaten, außerdem angenommen werden, dass aus dieser in Art. 257/1 tStGB geregelten Straftat mit dem neuen tStGB ein Erfolgsdelikt zustande kommt, die Annahme des Zustandekommens dieser Straftat unmöglich ist und nur die Tat der Urkundenfälschung vorhanden ist, jedoch sollte die Annahme des im Gesetzestext aufgeführten 'Entstehung der Schädigung des Betroffenen' im Sinne dieser Straftat als Schaden möglich sein. Verdeutlichen wir es, der Kassationsgerichtshof ist in anderen Entscheidungen auch zu diesem Ergebnis gekommen und hat beispielsweise das Verhalten des als Amtsarzt tätigen Angeklagten, nur die Erstellung eines Berichts wie 'keine Spuren von Gewaltanwendung vorhanden' vor der nicht (nicht die gar nicht durchgeführten) den Erforderlichkeiten entsprechenden durchgeführten Untersuchung des vom Polizeirevier entlassenen und auf dem Körper Hämatome vorhandenen Anzeigenerstatters als Begehung der Straftat des Amtsmissbrauchs (Art. 240 altes tStGB; Art. 257/1 neues tStGB) angenommen³⁶. Was meiner Meinung nach bei dieser letzten Entscheidung die positivere und wichtigere Seite ist, ist die Verabschiedung fehlerhafter und gegen besondere Vorsatzregeln verstoßender Unterscheidung, die behauptet, um ehemals fälschlicherweise die Straftaten der Dienstvernachlässigung und Amtsmissbrauch voneinander zu trennen in der Lehre und in manchen Kassationsgerichtsentscheidungen die Straftat entsprechend dem subjektiven Tatbestand begangen und die Straftat der Dienstvernachlässigung die Straftat des besonderen Vorsatzes des Amtsmissbrauch mit einem besonderen Vorsatz begangen werden muss. Das Kassationsgericht hat in dieser Entscheidung, meiner Meinung nach zurecht, betont, dass die Straftat des Amtsmissbrauchs mit besonderem Vorsatz begangen

³⁵ CGK. 15.10.2002., E.2002/8-191, K.2002/362 (www.kazanci.com.tr).

³⁶ Siehe 4. CD. 13.5.2002., E.2002/6450, K.2002/8358 (www.kazanci.com.tr).

werden muss und die Anwendung bei Straftaten wie bei diesem, ohne den besonderen Vorsatz des subjektiven Tatbestands zu untersuchen, rechtswidrig ist, wobei diese richtige Feststellung angenommen und die Anwendung von Strafprozessen beeinflussen sollte.

Wie auch das **Kassationsgericht** in einer anderen ähnlichen Entscheidung entschieden hat, dass das **Ausstellen eines Rezeptes ohne den Patienten gesehen zu haben die Tat des Amtsmissbrauchs darstellt**, hat es aber darauf hingewiesen, dass während des damals geltenden Art. 240 des alten tStGB die durch den Angeklagten vorgenommene Tat der Art. 257/1 des neu in Kraft tretenden tStGB nicht mehr als Gefahrentatbestand, sondern als **Schadenstatbestand** regelt und ist in dieser Hinsicht auf das im Artikelstext befindliche „**angesichts der Suche nach Bestandteilen, die Ursache für die Schädigung von Personen oder den ungerechtfertigten Gewinn gebracht hat, sollte zuerst diskutiert werden, ob das Rezept durch die betreffende Einrichtung ausgestellt wurde oder nicht und ob die Tat zu Ende geführt wurde oder nicht, und nach dem Ergebnis entschieden werden sollte**“ Ergebnis gekommen³⁷. **HIER SOLLTE NICHT ÜBERSEHEN WERDEN, DASS AUSSERDEM DIE TAT DER URKUNDENFÄLSCHUNG ENTSTEHT. BEI ANWENDUNG DER STRAFE, FALLS DIE VORAUSSETZUNGEN ERFÜLLT SIND, KANN DIE ANWENDUNG DER STRAFTATEN DURCH SOZIALE EINRICHTUNGEN IN BETRACHT GEZOGEN WERDEN** (weil der Beamte Urkundenfälschung begangen hat).

IV – STRAFTAT DES VERTRAUENSMISSBRAUCHS

Es wurde als rechtswidrig angenommen, dass ohne Berücksichtigung, dass der Angeklagte beruhend auf eine Dienstleistung die Tat des Vertrauensmissbrauchs begangen hat, indem der Angeklagte während der Ausübung des Arztberufes ohne Diplom und Zulassung, die vom Anzeigenerstatter aus seinem Mund gezogenen goldenen Zähne, um seiner Tochter diese einzusetzen, schmelzen ließ, diese zu eigenen Nutzen bei sich behielt, dem Mädchen aus wertloser Mine hergestellten Zähne einsetzte, so am Anfang keine Rede von einer List war, das ihm anvertraute und übergebene Gold umgewandelt, die Tat in eine Richtung neigende Tat des Betruges annimmt...“, und entschieden hat, dass das Verhalten aufgrund einer Dienstleistung die Straftat des Vertrauensmissbrauchs darstellt³⁸, wonach man meiner Meinung nach im Hinblick auf das immer noch geltende tStGB mit der Nr. 5237 zu dem gleichen Ergebnis kommen sollte. Ich bin der Meinung, dass hiergegen in einem ähnlichen Fall, in dem der Zahnarzt so tut, als ob er die goldenen Zähne des um sich zu behandeln lassenden Patienten

³⁷ 4. CD. 20.09.2006., E.2005/7907, K.2006/14229 (www.kazanci.com.tr).

³⁸ 6. CD. 24. 02. 1981., E. 1981/998, K. 1981/1114 (www.yargitay.org.tr).

behandelt, aber diese zieht und anstelle diesen wertlose Mine einsetzt – bei Wahrscheinlichkeit der Behandlung der Zahnkrankheit – unter Berücksichtigung, warum er die goldenen Zähne gezogen und was er damit gemacht hat, sein Verhalten als Diebstahl und wenn er den gezogenen Zahn nicht für sich behält und in den Müll wirft, der Sachbeschädigung, wenn er die Krankheit des Zahnes nicht behandelt und Beamter im öffentlichen Dienst ist, im Sinne der Dienstfahrlässigkeit den Amtsmissbrauch und die gem. der Absicht, wie die goldenen Zähne angenommen wurden, als Diebstahl oder Sachbeschädigung darstellen, **(mit der Berücksichtigung, dass das Einverständnis für die Behandlung abgegeben wurde)** außerdem die Eigenschaft der Körperverletzung darstellt und betreffend diesen Straftaten die Bewertung der Verantwortung für diese Straftaten auch durch Berücksichtigung der Regeln bewertet werden muss.

V – STRAFTAT DER FREIHEITSEINSCHRÄNKUNG

„(...) Es ist rechtswidrig, bevor man die Tatbestände der Straftat des Pflichtmissbrauchs des Verhaltens, den angeklagten Arzt, betreffend der Vornahme oder Nichtvornahme eines Alkoholtests oder das Vorhandensein eines Nachteils bei einer Festnahme durch die Gendarmerie Alkoholfeststellung ein Bericht angefordert wird, die Angeklagten (Er...) und (A...) aufgrund ärztlicher Gründe unter Beobachtung zu nehmen und den erforderlichen ärztlichen Eingriff vorzunehmen, zu erläutern und dementsprechend ein Urteil zu fällen...“³⁹. Der diesem Urteil zugrundeliegender Fall und bei ähnlichen Fällen, weil nicht gem. dem Art. 74 des tStPO stattfand, egal ob für die durch die Gendarmerie geforderte Untersuchung die besagte Abfertigung der Beobachtung notwendig ist oder nicht, die Festnahme gem. dem alten tStGB als Amtsmissbrauch (aufgrund dessen, dass das neue Strafgesetz diese Straftat als Schadensstrafat regelt) gegen den Art. des tStGB mit der Nr. 5237, der die Straftat der Freiheitsbeschränkung regelt, verstößt. Die Einwilligung vom festgenommenen Beschuldigten/Angeklagten ist hier nicht gültig.

VI – NICHTANZEIGE EINER STRAFTAT

Das Kassationsgericht ist in einem dieses Thema betreffenden Urteil zu dem Ergebnis gekommen, „dass die Nichtanzeige des Vorfalls des verdächtigten **Todes einer vom Bau gefallenen ins Krankenhaus eingelieferten Person, durch Überprüfung der Straftat, wenn im Namen der Öffentlichkeit eine Fahndung erforderlich ist, die in Art. 235 des tStGB geregelte und wenn keine erforderlich**

³⁹ 4. CD. 10. 07. 1996., E. 1996/5350, K. 1996/6419 (www.yargitay.gov.tr).

ist die in Art. 230 des gleichen Gesetzes geregelte Straftat darstellt⁴⁰. Verdeutlichen wir es, diese Entscheidung wurde in der Zeit des aufgehobenen tStGB getroffen und ist eine angebrachte Entscheidung. Es sollten immer noch Fälle wie diese gem. den Art. 159-1-2 tStPO und Art. 257 und 280 tStGB bewertet werden. Die Vorschrift des tStPO erlegt dem betroffenen Arzt die Anzeigepflicht des verdächtigten Todes wie dieser auf und möchte Vernachlässigung dieser Pflicht mit in Art. 278-280 des tStGB geregelten Straftaten und gelegentlich in Art. 257 geregelten Vorschrift unter Sanktion nehmen. Weil die Straftat in Art. 257 des tStGB mit der Nr. 5237 nunmehr als „Schadensstraftat“ geregelt wird, kann in dem zu untersuchenden Fall keine Rede von dem Verstoß gegen diese Straftat sein. Aber da der Verdächtige/Angeklagte Arzt ist und da das tStGB negativer und fehlerhafter als der Art. 235 des aufgehobenen tStGB geregelt wurde und da es gegen Ärzte eine sehr größere Anzeigepflicht mit sich gebracht hat, sollte der geprüfte Fall hiermit den Verstoß gegen die in Art. 280 des tStGB geregelte Tat der Nichtanzeige durch das Gesundheitspersonal annehmen.

C. STRAFPROZESSRECHT

I – SACHVERSTÄNDIGEN

Der Maßstab in Bezug auf die Verantwortlichkeit, welchen das Kassationsgericht zugrunde legt, sind ‚Notwendigkeit und Regeln‘. Das **Kassationsgericht** hat in einem Urteil entschieden, dass es **nur eine Entscheidung treffen kann**, wenn **alle sich in der Akte befindlichen Beweismittel zusammen bewertet werden**, aber noch ein **ausreichendes Sachverständigengutachten** eingeholt wird, das aufzeigt, „was der vorgenommene Eingriff und die Behandlung ist und ob **entsprechend den medizinischen Notwendigkeiten und Regeln** ein ärztlicher Fehler vorliegt oder nicht“, und hat diese Ansicht darin erläutert⁴¹.

Gem. der Praxis des **Kassationsgerichts** ist das **Vergessen eines zwei Meter langen Stoffes im Körper des Patienten während der Operation ein schwerwiegender ärztlicher Fehler**⁴² und hingegen das falsche Verabreichen der Injektion eine fehlerhafte ärztliche Anwendung⁴³. Das **türkische Kassationsgericht** ist aber zu dem Ergebnis gekommen, dass **ein schwerwiegender Fehler, der keinerlei**

⁴⁰ 4. CD. 18. 11. 1997., E. 1997/9651, K. 1997/10052 (www.yargitay.gov.tr).

⁴¹ 13. HD., 06. 07. 2006, E. 2006/5554, K.2006/11186.

⁴² 13. HD. E. 8557, K. 2138 (**ÖZTÜRKLER**, Tibbi Sorumluluk, S. 134).

⁴³ 13. HD. E. 8590, K. 9569 (**ÖZTÜRKLER**, Tibbi Sorumluluk, S. 134).

Prüfung durch einen Sachverständigen erfordert, vorliegt, wenn bei der Operation im Bauch des Patienten eine Pinzette vergessen wurde⁴⁴.

Wenn das Sachverständigengutachten nicht mit den **Stützpunkten und Begründungen erläutert wurde**, ob der Arzt dem medizinischen Standard entsprechend gehandelt hat oder nicht, **oder in einer anderen Hinsicht das Sachverständigengutachten unzureichend oder ungenügend ist**, ist es rechtswidrig, auf ein solches Gutachten beruhend die Verantwortlichkeit oder Nichtverantwortlichkeit des Arztes zu entscheiden⁴⁵. Gem. dem Kassationsgericht *ist ein Urteil, dem ein widersprüchliches Gutachten zugrunde liegt, rechtswidrig*. Weil ein widersprüchliches Sachverständigengutachten nicht für die Fällung eines Urteils geeignet, nicht glaubhaft und nicht zufriedenstellend ist⁴⁶.

Wenn in einer Gutachterkommission kein Spezialist vorhanden ist oder bei der Erstellung des Gutachtens keine Ansicht von einem Spezialisten betreffend der Angelegenheit eingeholt wurde, wird die Entscheidung, der dieses Sachverständigengutachten zugrunde liegt, durch das Kassationsgericht als rechtswidrig angesehen⁴⁷.

Mit anderen Worten kann eine Feststellung des Fehlers des Arztes und dementsprechend eine rechtliche Würdigung nicht getroffen werden, wenn ein Sachverständigengutachten zugrunde gelegt wird, das durch Sachverständigen, deren keine Spezialisierung vorliegt, erstellt wird und/oder das den Besonderheiten des Falles nicht entspricht⁴⁸, widersprüchlich ist⁴⁹ oder auf ungenügende und insbesondere auch nicht glaubhafte und zufriedenstellende Gründe beruht⁵⁰, nicht durch Spezialisten vorbereitet wurde⁵¹, mit den sich in

⁴⁴ Siehe **ÖZDİLEK**, Ali Osman (<http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=80>) (01. 12. 2006, Saat: 10.00). Vgl. **ÜNVER**, Yener. Hekimin Cezai Sorumluluğu., ROCHE Sağlık Hukuku Günleri – 7 Bölge 7 Nokta, İstanbul 2007, S. 150, Fn: 24). 4. HD. 11. 02. 1976., E. 4250, K. 1393.

⁴⁵ 13. HD., 21. 12. 2006, E. 2006/13122, K. 2006/16638. Aynı yönde: 13. HD., 10. 10. 2006, E. 2006/10068, K. 2006/13288; 13. HD., 19. 10. 2006, E. 2006/ 10057, K. 2006/13842.

⁴⁶ 13. HD., 07. 07. 2006, E. 2006/6143, K. 2006/11224.

⁴⁷ 13. HD., 06. 07. 2006, E. 2006/5554, K.2006/11186; 13. HD., 06. 03. 2008, E. 2007/13653, K. 2008/3101.

⁴⁸ HD. 01. 11. 2000., E. 8590, K. 9569. Ausserdem siehe 13. HD. 18. 04. 2005., E. 15960, K. 5628; 13. HD. 10. 03. 2006., E. 14854, K. 3416.

⁴⁹ 13. HD. 17. 05. 2004., E. 17549, K. 7438; 13. HD. 23. 02. 2006., E. 15820, K. 2367; 13. HD. 09. 05. 2000., E. 1146, K. 4438; 2. CD. 27.9.1999., E.1999/11181, K. 1999/11872 (www.kazanci.com.tr); 4. HD. 51. 01. 1975., E. 10495, K. 343.

⁵⁰ 13. HD. 07. 12. 2000., E. 10347, K. 11083.

⁵¹ 13. HD. 01. 12. 2005., E. 11653, K. 17791.

der Akte befindlichen Tatsachen nicht kompatibel ist⁵² und die Existenz des fehlerhaften Verhaltens des Arztes nicht feststellt⁵³.

Die Sachverständigengutachten des Hohen Gesundheitsrats sind im Hinblick auf das Strafrecht als auch auf das Zivilrecht nicht verbindlich. Es gibt jedoch Entscheidungen des **Kassationsgerichts**, die sagen, dass Meinungen des Hohen Gesundheitsrats als Sachverständigen für den Richter im Zivilrecht nicht verbindlich, jedoch für den Strafprozessrichter verbindlich sind⁵⁴. **Trotz dessen sind diese Entscheidungen nicht angebracht und können nicht als Beispiel dienen.** Hier werden die Verbindlichkeit und Nichtverbindlichkeit des behördlichen Sachverständigeninstituts und des Sachverständigengutachtens miteinander verwechselt und als ob behördliche Sachverständigengutachten verbindlich wären gelangt man zu einem falschen Ergebnis. Gem. dieser Vorgehensweise ist der grundlegende Sachverständige des Prozesses die Gerichtskommission und die Entscheidungen des Hohen Gesundheitsrats werden trotz dessen, dass sie Sachverständigengutachten sind, gerichtlichen Bewertungen unterworfen und wenn ein Fehler festgestellt wird, aufgehoben⁵⁵.

Auch wenn die Behauptung besteht, dass ein fehlerhafter ärztlicher Eingriff des Gesundheitspersonals vorliegt, erachtet das Kassationsgericht von Zeit zu Zeit die Einholung eines Sachverständigengutachtens des Hohen Gesundheitsrats für notwendig. Das Kassationsgericht, das auch gelegentlich diese Entscheidung positiven Urteilen zugrunde legt, hat in einer Entscheidung die Ansicht erläutert, dass in einem Fall, **in dem aufgrund der Injektion der Krankenschwester eine Verletzung des Patienten wie ein Gliedverlust vorkommt, gem. Art. 75 des Gesetzes mit der Nr. 1219 es zwingend ist, eine Ansicht des Hohen Gesundheitsrats einzuholen**⁵⁶.

Durch das vor sehr kurzer Zeit im Amtsblatt veröffentlichte Verfassungsgerichtsurteil vom 03.06.2010 mit der Nr. E. 2009/69, K 2010/79 wurde der Art. 75 des Gesetzes vom 11. 04. 1928 mit der Nr. 1219 (RG: 14. 04. 1928; Sy: 863) bezüglich der Ausübung der Heilkunde und Medizinwissenschaftsbranche aufgehoben. Gem. diesem aufgehobenen **Art. 75**

⁵² 13. HD. 06. 11. 2000., E. 8590, K. 9569.

⁵³ HGK. 28. 06. 1978., E. 3596, K. 696. Ausserdem siehe 13. HD. 16. 09. 2003., E. 2003/6060, K. 2003/10174; 13. HD. 20. 11. 2000., E. 8582, K. 10298; 13. HD. 20. 09. 2006., E. 8288, K. 12113; 13. HD. 13. 12. 2004., E. 8504, K. 18128; 13. HD. 07. 11. 2000., E. 9590, K. 9641; 13. HD. 28. 11. 2005., E. 2005/11159, K. 2005/17474; 13. HD. 25. 04. 2002., E. 2589, K. 4560.

⁵⁴ Siehe 13. HD. 20. 11. 2000., E. 2000/8582, K. 2000/10298; 13. HD. 14. 03. 1983., E. 2000/8582, K. 2000/10289.

⁵⁵ 6. CD. 17. 2. 2004., E. 2002/24001, K. 2004/1381 (YKD 2005, Nr: 2, S. 289-290).

⁵⁶ 2. CD. 6. 4. 2000., E.2000/3139, K.2000/3852 (www.kazanci.com.tr).

wurde die Einholung von Ansichten des Hohen Gesundheitsrats bei der Fahndung der Straftaten, die bei Erfüllung der Behandlungspflichten der Angehörigen des Berufs in der Gesundheitsbranche entstehen, für notwendig erachtet. Gem. dem Verfassungsgericht ist die Einholung von Sachverständigengutachten des Hohen Gesundheitsrats der Grund für die unnötige Verzögerung des Prozesses. Diese Angelegenheit harmoniert nicht mit der Unabhängigkeit des Verfassungsgerichts und den Prinzipien der gerechten Verurteilung. Das Gericht hat diese Regel aufgehoben.

Meiner Meinung nach ist diese Entscheidung angebracht und gerechtfertigt, und man erwartet in der Zukunft auch bei ähnlichem Anrufen des Verfassungsgerichts für das gerichtsmedizinische Institut eine gleichlautende Entscheidung. Diese Entscheidung hat jedoch die Pflicht und Funktion des Hohen Gesundheitsrats oder dieses Instituts als Sachverständigen nicht aufgehoben. Es wurde nur die Pflicht zur Anfrage an dieses Institut aufgehoben und man kann auch das Hohe Gesundheitsrat als Sachverständigen wie andere Sachverständigeninstituten und Personen durch betreffende Instanzen anfragen und es wird keine Minderung des rechtlichen Wertes und Wichtigkeit der durch das Hohe Gesundheitsrat vorgenommenen Sachverständigengutachten im Hinblick auf die rechtliche Auswirkung stattfinden. Die Begründung, dass das Zuwarten auf das Gutachten dieses Instituts gegen das Recht des Verdächtigten und Angeklagten auf Verurteilung in einer vernünftigen Zeit verstößt, ist eine richtige und gerechtfertigte Feststellung. Außerdem stimme ich auf jeden Fall den Feststellungen, dass das Recht des Verfassungsgerichts auf gerechte Verurteilung angewandt wird, die Richter gem. ihren freien und gewissenhaften Meinungen entscheiden sollten, die Regel der freien Bewertung der Beweismittel, der Grundzweck das nicht Offenbaren der materiellen Tatsache ist, das zwangsweise Einholen von Sachverständigen zur Verzögerung der Prozesse führt und die demzufolge eintretende Verjährung gegen Grundrechte der zum Schluss gebrachten Prozesse verstößt und es die Möglichkeit gibt, dass Gerichte Meinungen einholen, sich an medizinische Fakultäten von Universitäten, unterrichtende Staatskrankenhäuser, oder wie das gesundheitsmedizinische Institut zu wenden und dass dies alles rechtsgemäßer ist⁵⁷.

II – KAUSALITÄTSZUSAMMENHANG

Das Kassationsgericht hat bei einem Ereignis, bei dem der Patient, der nach einem Verkehrsunfall in die Notfallaufnahme gebracht wurde, aufgrund des

⁵⁷ **ÜNVER**, Yener. Anayasa Mahkemesi'nin 03. 06. 2010 Tarihli Kararı Karşısında Yüksek Sağlık Şurası Ve Adli Tıp Kurumuna Bakış (www.sagliginsesi.com.tr).

nicht erfolgten notwendigen und rechtzeitigen ärztlichen Eingriffes stirbt, entschieden, dass nicht nur der Beitrag zur Todesfolge von demjenigen, der die Verletzung des Patienten verursacht hat, sondern auch von dem bei dem Patienten den Eingriff vornehmenden Arzt und Krankenschwester geprüft und gem. dem erzielten Ergebnis die rechtliche und strafbare Haftung bestimmt werden sollte⁵⁸.

In der Praxis wendet man sich nicht nur für die Schuldfeststellung, sondern auch für die **Feststellung des Kausalitätszusammenhangs an medizinische Sachverständigen**, beispielsweise wird eine Meinung eines Sachverständigen des gesundheitsmedizinischen Instituts **eingeholt**⁵⁹.

Es kann für die **Feststellung**, ob ein ärztlicher Fehler vorliegt oder nicht und für den **Kausalitätszusammenhang zwischen ärztlichem Fehler und Tod oder Verletzungsfolge von einem Sachverständigen ein Gutachten eingeholt werden**. Die Feststellung des Fehlers wird nach dem neuen tStGB durch den Richter vorgenommen. **DIES STELLT VOR ALLEM BEI SCHULDHAFTEN STRAFTATEN EINE BEDEUTUNG DAR.** Gem. Art. 22/4-5 tStGB wird Fahrlässigkeit/FEHLER im Hinblick auf jeden Täter getrennt beurteilt werden; zwischen den Tätern wird er nicht aufgeteilt⁶⁰.

Wenn bei der Feststellung des Kausalitätszusammenhangs widersprüchliche Gutachten vorhanden sind, wird entschieden, dass das ausgesprochene Urteil durch das Kassationsgericht aufgehoben und durch Einholung eines neuen Sachverständigengutachtens der Widerspruch behoben werden muss. Eine Entscheidung, die auf ein mit einem anderen Sachverständigengutachten oder Akteninhalt **oder in sich selbst widersprüchlichen Sachverständigengutachten beruht**, wird von dem Kassationsgericht als nicht rechtmäßig empfunden⁶¹.

Wenn keine Beurteilung darüber, ob in einem Sachverständigengutachten **Kausalitätszusammenhang besteht oder nicht, und keine Erläuterung darüber, warum dem Prozess zugrunde liegende Angelegenheit zustande kam, stattfand**, kann dieses Sachverständigengutachten dem Urteil nicht grundlegend sein⁶².

Kausalitätszusammenhang kann genauso gut zwischen Fahrlässigkeit wie zwischen Vorsatz bestehen. **Wenn festgestellt werden kann, dass in Folge des nicht oder mangelhaft vorgenommenen Eingriffes es möglich ist, den Patienten zu retten, muss in dem Fall, wenn dies(e) nicht vorgenommen wurden und der**

⁵⁸ Für die Entscheidung siehe **ÜNVER**, Hekimin Cezai Sorumluluğu, S.157, Fn: 111.

⁵⁹ Siehe 4. CD. 08. 06. 2004., E. 2003/9165, K. 2004/7226; 9. CD. 11. 07. 2005., E. 2005/1832, K. 2005/5611 (Für die Entscheidung siehe **ÜNVER**, Hekimin Cezai Sorumluluğu, S. 158, Fn: 117).

⁶⁰ Vgl. HGK. 26. 9. 2001, E. 2001/4-595, K. 2001/643.

⁶¹ 13. HD., 07. 07. 2006, E. 2006/6143, K. 2006/11224.

⁶² 13. HD., 28. 05. 2007, E. 2007/3757, K. 2007/7421.

Patient stirbt oder sich verletzt oder sich sein Gesundheitszustand verschlechtert, das Vorhandensein des Kausalitätszusammenhangs zwischen dieser Folge und Fahrlässigkeit angenommen werden⁶³.

Das Kassationsgericht kommt gerechtfertigterweise bei Fällen, bei denen die rechtliche/gesetzliche Verpflichtung vorhanden ist und die Vernachlässigung dieser nicht bewiesen werden kann zu dem gleichen Ergebnis, indem es annimmt, dass der Kausalitätszusammenhang zwischen Verhalten und Folge nicht besteht und der Betroffene nicht bestraft werden kann⁶⁴.

Wenn während des Behandlungszeitraumes nicht den Empfehlungen des Arztes gefolgt wird und dies mit dem Behandlungsfehler des Arztes einen Schaden verursacht, wird angenommen, dass die fehlerhaften Verhalten des Patienten und des Arztes zusammen die Folge hervorrufen (gemeinsamer Fehler). Weil hier zwischen Folge und Verhalten zwei verschiedener Personen Kausalitätszusammenhang zustande kommt⁶⁵. Auf der anderen Seite werden, wenn zur Entstehung der Folge das fehlerhafte Verhalten des übrigen Personals zusammen mit dem des Arztes beigetragen hat, auch diese im Strafrecht gem. dem Maß des Beitrages und im Privatrecht für fehlerhaft und verantwortlich gehalten⁶⁶.

D. FAZIT

- 1) Die meisten höchstrichterlichen Entscheidungen beziehen sich auf den Bereich des Zivilrechts. Man kann nicht sagen, dass in der Türkei gegen Ärzte aufgrund ihrer Fehler bis jetzt im wahrsten Sinne Prozesse geführt und sie bestraft werden.
- 2) Die Sonderprozessordnung über Angestellten und Beamten im öffentlichen Dienst mit der Nummer 4483 sollte außer Kraft gesetzt werden.
- 3) Das gerichtsmedizinische Institut als amtliche Sachverständigeninstitution, das dem Justizministerium unterliegt, und der Hohe Gesundheitsrat als amtliche Sachverständigeninstitution, der dem Gesundheitsministerium unterliegt, sollten zu autonomen Institutionen eingerichtet werden.

⁶³ 4. HD. 2. 3. 1965, E. 1460, K. 1160.

⁶⁴ Siehe 4. CD. 4. 5. 1976., 3128/3121 (YKD 1976, Nr: 9, S. 1384). Ausserdem siehe CGK. 21. 2. 1949., 140/66 (Für die Entscheidung siehe Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, İstanbul 1992, S. 105). Ausserdem vgl. 2. CD. 24. 4. 1996., E.1996/2293, K.1996/4682 (YKD 1996, Nr: 10, S. 1647-1648).

⁶⁵ 4. HD. E. 1985/4694, K. 1985/6147 (ÖZTÜRKLER, Tıbbi Sorumluluk, S. 556).

⁶⁶ Ausserdem siehe HGK. 12. 11. 2003., E. 21/673, K. 641.

- 4) Betreffend der Strafanzeige sollten die Vorschriften überprüft und dem zeitgenössischen Recht entsprechend korrigiert, jedoch die geltenden Gesetze angewandt werden. In diesem Kontext stellt Art. 278 des tStGB im Gesundheitsbereich ein Beispiel dar, der die Nichtanzeige von Zivilisten regelt. Wenn man sich auf das Verfassungsgericht beruft, können Art. 279 und 280 des tStGB als verfassungswidrig eingestuft und angefochten werden.
- 5) Viele Begutachtungen der 3. Fachbehörde des gesundheitsmedizinischen Instituts werden aufgrund der ungenügenden, fehlerhaften, widersprüchlichen Feststellungen und Begründungen etc. aufgehoben.
- 6) Der 13. Senat des Kassationsgerichts leistet meiner Meinung nach, entgegen der großen Reaktion unter Ärzten, mit den in den letzten Jahren getroffenen wichtigen und angebrachten Entscheidungen einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung des Medizinrechts. Die gleiche Sorgfalt erwartet man von den Strafkammern des Kassationsgerichts.
- 7) Auch wenn die Mehrheit den Zivilrechtsprozess betrifft, möchte das Kassationsgericht die Feststellung der Haftung des Arztes durch einen medizinischen Sachverständigen begutachtet haben. Dagegen ist der vom Sachverständigen verlangte Umstand nur die technische Begutachtung, die Bewertung der Schuldfrage sollte jedoch vom Richter-Gericht vorgenommen werden.
- 8) Die Sachverständigen führen die erwarteten technischen Begutachtungen mangelhaft durch oder erläutern ihren Meinungen zugrunde liegenden Begründungen nicht, das Wichtigste ist aber, anstatt sie in technischen Themen eine Bewertung durchführen und diese erläutern, nehmen sie strafrechtliche oder zivilrechtliche Bewertungen vor, prüfen positive Rechtsnormen und äußern betreffend der über das Gesundheitspersonal nach Prozessende zu treffenden Entscheidung Meinungen, was vollkommen rechtswidrig ist.

საქართველო

ჭეშმარიტება სულის უკვდავებაში
ქართველი ბერი, გაბრიელ ურგებაძე (1929-1995)

სამედიცინო კრიმინოლოგია
(კრიმინოლოგიის ქართული მოძღვრების
კონცეპტუალური ასპექტები)

დავით წულაია
სულხან-საბა ორბელიანის სასწავლო უნივერსიტეტი

მეცნიერთა საკმაოდ დიდი ნაწილი დანაშაულს დღესაც განიხილავს, როგორც ავადმყოფობას - ადამიანის სულიერ (ფსიქიკურ) მოშლას, რომელსაც ესაჭიროება მკურნალობა როგორც პრევენციული, ასევე პროფილაქტიკური თვალსაზრისით. სწორედ ამიტომ იყო, რომ დანაშაულს ოდითგანვე შეისწავლიდნენ ექიმები, განსაკუთრებით კი, ფსიქიატრები. ამასთან დაკავშირებით ფასდაუდებელია უშუალოდ სულის სფეროს მოვლენებისა და კანონზომიერებების შემსწავლელი მეცნიერების, ფსიქოლოგიის¹ როლი.

მედიცინის მიერ ადამიანის სულიერი (ფსიქიკური) მდგომარეობის, გონებრივი შესაძლებლობების, გენეტიკის, ადამიანის ტიპების, ასევე პირის, პირთა ჯგუფებისა და საზოგადოების ქცევის, ფსიქიკური და სხვა საკითხების შესწავლამ კრიმინოლოგიას დიდი დახმარება გაუწია დანაშაულობის, დამნაშავის პიროვნების, პირთა ჯგუფებისა და საზოგადოების დანაშაულებრივი ქცევის, დანაშაულის პრევენციის, რესოციალიზაციის, რეაბილიტაციის, სისხლისსამართლებრივი მართლმსაჯულების სისტემის აქტუალური და სხვა პრობლემური საკითხების გაანალიზებასა და გადაჭრაში. სწორედ ამ ფაქტორებმა განაპირობა ახალი მიმართულების, სამედიცინო კრიმინოლოგიის,

¹ ფსიქოლოგია, განსხვავებით ფსიქიატრიისგან (რომელიც უშუალოდ მედიცინის დარგს წარმოადგენს და შეისწავლის სულიერ (ფსიქიკურ) დაავადებათა საკითხებს), ფილოსოფიური მეცნიერებაა, რომელიც შეისწავლის ზოგადად სულიერი (ფსიქიკური) სფეროს მოვლენებსა და კანონზომიერებებს. ფსიქოლოგიას დიდი წვლილი მიუძღვის ყველა მეცნიერების და განსაკუთრებით მედიცინის, კრიმინოლოგიის, სოციოლოგიის, სამართლის განვითარებაში. ფსიქოლოგიას თანამედროვე მედიცინაში უკვე განსაკუთრებული ადგილი უკავია. სამედიცინო სასწავლებლებში არსებობს ფსიქოლოგიის ფაკულტეტები. ბევრი ცნობილი ფსიქოლოგი იმავდროულად იყო მედიცინის ცნობილი დარგის სპეციალისტი და, პირიქით. ასეთთა შორის იყვნენ, მაგალითად, ზ. ფროიდი, დ. უზნაძე, ი. პავლოვი და სხვ.

ჩამოყალიბება. სამედიცინო კრიმინოლოგიის საფუძვლად კი, უნდა მივიჩნიოთ განსაკუთრებით მედიცინის ისეთი დარგები, როგორც არის ფსიქიატრია, ნევროპათოლოგია, ენდოკრინოლოგია, ფიზიოლოგია და სხვ.

ადამიანის სულიერი (ფსიქიკური) მდგომარეობის საკითხის შესწავლამ და წინა პლანზე წამოწევამ ეჭვქვეშ დააყენა კრიმინოლოგიასა და ზოგადად მეცნიერებაში გაბატონებული შეხედულებები, რომ ადამიანი ბიოლოგიური და სოციალური არსებაა და თითქოს გარემო, სოციალური, ეკონომიკური და სხვა პირობები - თუნდაც ერთობლიობაში აღებული - განაპირობებს ადამიანთა ქცევას და, შესაბამისად, დანაშაულობას².

გასაზიარებელია აზრი, რომ ადამიანი ბიოლოგიური და სოციალური არსებაა, მაგრამ ასეთი ფორმულირება დიდი შეცდომაა, ვინაიდან ამ შეფასებას აკლია ყველაზე არსებითი რამ, კერძოდ ის, რომ ადამიანი სულიერი არსებაა, სულის გარეშე კი, იგი ცოცხალი, ანუ ბიოლოგიური არსება ვერ იქნებოდა, და მით უმეტეს, სოციალური, ვინაიდან ადამიანის საზოგადოებაში ცხოვრება აყალიბებს მას სოციალურ არსებად. ამდენად, გაბატონებული შეხედულება ადამიანის არსებასთან დაკავშირებით უპირობოდ მოითხოვს სრულყოფას. ბიოლოგიურისა და სოციალურის გვერდით იმის არაღნიშვნა, რომ ადამიანი სულიერი არსებაა იმის მიზეზით უნდა აიხსნას, რომ პოზიტიური (ექსპერიმენტული, ცდისეული) მეცნიერება თავის კვლევის საგნად ყოველთვის იმთავითვე გულისხმობდა თავისი საგნის მოცემულობას. ვინაიდან სულს, როგორც ასეთს, მოცემულობა ვერ განესაზღვრა, მეცნიერებამ სული აბსტრაქტულ კატეგორიად მიიჩნია. ამდენად, მეცნიერულმა ფსიქოლოგიამ, ანუ, როგორც მას უწოდებენ, სულის მეცნიერებამ, თავისი კვლევის საგნად დაისახა ის, რაც უშუალოდ არის მოცემული, მაგალითად, სიამოვნება, წყენა, განზრახვა, წარმოდგენა, აზრი, მსჯელობა, რომელთაც ჩვეულებრივ, ყველას, სულიერ მოვლენებს, ფენომენებს და განცდებს უწოდებენ და რაც არსებითად განსხვავდება იმისგან, რასაც სარწმუნოებრივ შეხედულებათა გამო ადამიანები გულისხმობენ³. სულის ამ უკანასკნელ კატეგორიას, რომელიც, სკეპტიკოსების აზრით, უშუალოდ მოცემულ კატეგორიაში არ თავსდება, ანუ მიეკუთვნება ზებუნებრივს და მეტაფიზიკურის არსის გამოვლინებას, მეტაფიზიკური ფსიქოლოგია უწოდეს და ის რელიგიური სწავლებებისა და ფილოსოფიური წარმოდგენების სფეროში დარჩა. მეცნიერებაში საკითხებისადმი ასეთმა მიდგომამ თავისი შედეგი

² ტერმინი «დანაშაულობა» წინამდებარე შრომაში ზოგად კონტექსტშია ნაგულისხმევი და აერთიანებს ყველა სახის ანტისოციალურ ქცევას, როგორც არის ცოდვა, სამართალდარღვევა, დანაშაული და სხვ.

³ დ. უზნაძე, ექსპერიმენტული ფსიქოლოგიის საფუძვლები, ტომი I, თბილისი, 1925, გვ. 4.

გამოიღო. ძირითადად განვითარდა ემპირიული მეცნიერება და, შესაბამისად, მეცნიერების ძირითადი ყურადღება დაეთმო იმ მოვლენების შესწავლას, რომლებიც ცდას და ექსპერიმენტს დაექვემდებარა, რაც მიზნად ისახავდა და დღესაც ისახავს გარემო, ეკონომიკური, სოციალური და სხვა პირობების მაქსიმალურ გაუმჯობესებას ადამიანის მატერიალური კეთილდღეობისა და კომფორტისთვის. ვინაიდან მეცნიერება დანაშაულობის ძირითად მიზეზად აღნიშნული პირობების უქონლობას და ადამიანური ვნებების დაუკმაყოფილებლობას მოიაზრებდა და ის დღესაც ასეა, დანაშაულობის პრობლემის გადაუჭრელობასაც ამასვე უკავშირებდა.

მართალია, გარემო, სოციალური, ეკონომიკური და სხვა პირობები ცალ-ცალკე თუ ერთობლიობაში გარკვეულ ზეგავლენას ახდენს ადამიანების ცნობიერებაზე, მაგრამ მათ ადამიანის საბოლოო ქმედების მადეტერმინირებელ, ანუ განმაპირობებელ ფაქტორად ვერ მივიჩნევთ. ეს რომ ასე იყოს, მაშინ ერთსა და იმავე პირობებში ყველა ადამიანი ერთნაირად მოიქცეოდა და ქმედების განმაპირობებელი კანონზომიერებაც და, შესაბამისად, დანაშაულობის არსიც გვეცოდინებოდა. ერთსა და იმავე პირობებში ადამიანების არაერთგვაროვანი ქცევა მათი შინაგანი ბუნების ინდივიდუალობით აიხსნება. ადამიანები განსხვავდებიან ერთმანეთისგან აღქმის, ნებელობის, აზროვნების, ტემპერამენტის, ემოციურობის, განწყობის ტიპებითა⁴ და სხვა მოცემული სულიერი კატეგორიებით, რაც ფსიქოლოგიის მეცნიერების საგანს წარმოადგენს. რეალობამ კი დაგვანახა, რომ ემპირიულმა მეცნიერებამ ადამიანის მოცემული სულიერი კატეგორიების გათვალისწინებით და გარემო, სოციალური, ეკონომიკური, პოლიტიკური თუ სხვა პირობების და მატერიალური კომფორტის მაქსიმალური უზრუნველყოფით დანაშაულობის პრობლემა ვერ გადაწყვიტა. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, გაბატონებული შეხედულება, რომ ნებისმიერი დანაშაული არის პიროვნებისა და გარე სამყაროს ურთიერთზემოქმედების შედეგი, არ გამართლდა. მაკროდონეზე ამას ადასტურებს ის, რომ განვითარებულ ქვეყნებში, იქ, სადაც დაცულია მეცნიერულად დასაბუთებული პიროვნებისა და გარე სამყაროს ურთიერთზემოქმედების ოქროს ბალანსი, ადამიანებში იმატა დეპრესიულობამ, თვითმკვლელობის ფაქტებმა და შესაბამისად ვერ გადაიჭრა დანაშაულობის პრობლემა. ამას ადასტურებს სტატისტიკური

⁴ ადამიანის განწყობის ტიპებად დაყოფა უკავშირდება განწყობის თეორიას, რომელიც შექმნა ცნობილმა ქართველმა ფსიქოლოგმა დიმიტრი უზნაძემ. განწყობის თეორიის ცოდნას ბევრ ღირებულებასთან ერთად დიდი მნიშვნელობა აქვს მასწავლებლებისთვის ბავშვების აღზრდის თვალსაზრისით, რაც კრიმინოლოგიაში დანაშაულის პრევენციის ეფექტურ საშუალებად მიიჩნევა.

მასალების შესწავლა,⁵ ხოლო მიკროდონეზე ამას ადასტურებს მდიდარი ოჯახების ამა თუ იმ წევრების კრიმინალურად ჩამოყალიბების ფაქტები.

რეალობასა და საკითხის სიღრმისეულ შესწავლას მივყავართ იმ დასკვნამდე, რომ მეცნიერებამ უნდა გაითვალისწინოს ყველაზე მთავარი, რაც უკავშირდება - პირველი, ადამიანის ინდივიდუალობის იმ სულიერ პირველწყაროს და მამოძრავებელ ძალას, რომელიც უშუალოდ განაპირობებს მის ქმედებას, რაც მეცნიერებამ მოცემულ სულიერ კატეგორიებთან ერთად არ გაითვალისწინა, და, მეორე, ის თუ რაში მდგომარეობს ადამიანის ამ ქვეყანაზე დროებითი ცხოვრების არსი. მიგვაჩნია, რომ ამ საკითხების არცოდნა დაკავშირებულია ყველა ცხოვრებისეულ და, მათ შორის, დანაშაულობის პრობლემის არსის უცოდინრობასთან. ასეთი მიდგომა მიგვაჩნია უალტერნატივოდ, ვინაიდან მთლიანი კონტექსტიდან მოწყვეტით მხოლოდ დანაშაულობის არსისა და კანონზომიერებების შესწავლა არათუ გაუმართლებელია, არამედ შეუძლებელიც.

ადამიანის სულიერი არსებისა და დროებითი ცხოვრების არსის არცოდნამ მატერიალური კომფორტის პირობებში, ადამიანის სულიერმა (ფსიქიკურმა) მდგომარეობამ წარმოშვა აზრთა კონფლიქტი ცხოვრების არსთან დაკავშირებით, რამაც ადამიანი იმ დასკვნამდე მიიყვანა, რომ იგი უფუნქციოდ დარჩა ამ დროებით, მიწიერ ცხოვრებაში. მას რეალურად საზრუნავი და საფიქრალი აღარ დარჩა ცხოვრებაში, ვინაიდან მატერიალური კომფორტი მიღწეულია და მასში სიახლის შეტანაც კი არაარსებითია. იმაზე ფიქრმა, რომ ცხოვრების ბოლო დღემდე ელოდება ერთფეროვნება, მონოტონური რიტმი, არანაირი სიახლე და ა.შ., ცნობიერად თუ ქვეცნობიერად ადამიანი ჩააგდო დეპრესიაში ან, პირიქით, დეპრესიის ფონზე მასში გაიღვიძა “აქტიური შინაგანი პროტესტის” მუხტმა იმ რეალობის წინააღმდეგ, რომელშიც ცხოვრება უწევს. როგორც ცნობილია, ძლიერი დეპრესიის ფონზე ხშირია თვითმკვლევლობის ფაქტები, ხოლო დეპრესიით გამოწვეული პროტესტის ფონზე, ცხოვრების დარდის განსაქარვებლად ადამიანი ეძალება ალკოჰოლს, ნარკოტიკებს და სხვ. სპირტიანი სასმელისა თუ ნარკოტიკული საშუალებების შეძენის მიზნით კი სჩადის სხვადასხვა სახის მძიმე დანაშაულს, იწყებს ქურდობას, მარცვას, ყაჩაღობას, სჩადის მკვლევლობას; გარკვეულ შემთხვევებში, დარდის განსაქარვებლად სჩადის სექსუალურ ძალადობას, გასეირნების მიზნით იპარავს მანქანას/ველოსიპედს და სხვ.

⁵ ანალიზი გაკეთდა ფინეთის მაგალითზე, რადგან აქ მაღალია როგორც თვითმკვლევლობის მაჩვენებელი, ისე ცხოვრების პირობები.

საკითხის შესწავლით ვრწმუნდებით, რომ მატერიალურ კომფორტზე ორიენტირებული ცხოვრების პირობებში დანაშაულობის მოტივები რადიკალურად განსხვავდება მატერიალურად უზრუნველყოფილი ცხოვრების პირობებში ჩადენილი დანაშაულობის მოტივებისგან. ნიშანდობლივია, რომ ორივე შემთხვევაში არ ფიგურირებს ის, რასაც ადამიანის სულის და დროებითი ცხოვრების არსის შესახებ ჭეშმარიტი ცოდნა ჰქვია.

თუკი ვაღიარებთ იმას, რომ მეცნიერება ფაქტების ენაა, ფაქტი კი ის არის, რაც დგინდება, მაშინ უნდა ვაღიაროთ, რომ სული მოცემული, ანუ ფაქტობრივი კატეგორიაა, რომლის დადგენა, ჩვენი აზრით, ყოველთვის იყო შესაძლებელი და, მით უმეტეს, დღეს - ყოველდღიურ პირობებში. საქმე ის გახლავთ, ვინ როგორ რა მოვლენას მიიჩნევს ფაქტად და ფაქტს დადგენილად. იმ დროსაც კი, როცა მეცნიერებამ სული როგორც მოცემული, ანუ ფაქტობრივი კატეგორია უარყო, თეორიულადაც კი უძლური იყო, დაესაბუთებინა მისი არარსებობა, როგორც არმოცემულობა, ანუ არაფაქტობრიობა. გარდა ამისა, მეცნიერებამ დიდი დრო დაუთმო ასევე იმის არარსებობის მტკიცებას, რაც მისთვის ისედაც არ არსებობდა, კერძოდ, რომ არ არსებობდა ღმერთი და სული. დაგვეთანხმებით, ალბათ, რომ, რაც ისედაც არ არსებობს, ამის მტკიცება აუცილებლობას არ უნდა წარმოადგენდეს. მიუხედავად ამისა, თუ სიღრმისეულად გავაანალიზებთ უდიდესი მოაზროვნეების (სოკრატე, არისტოტელე, პლატონი, დეკარტი, გალილეო გალილეი, პასკალი, ზიგმუნდ ფროიდი, ალბერტ აინშტაინი, ლუი პასტერი, მაქს პლანკი, კანტი, მონტესკიე, ჟან-ჟაკ რუსო, ჰეგელი და ბევრი სხვ.) შეხედულებებს და დასკვნებს, დავრწმუნდებით, რომ მეცნიერება რელიგიასთან სრულ ჰარმონიაშია, აღიარებს რელიგიური მოძღვრების ჭეშმარიტებას. უფრო მეტიც, მეცნიერება საზრდოობს რელიგიის მოძღვრებით და თავისი განვითარების ყოველ ეტაპზე ადასტურებს მის ჭეშმარიტებას. ამასთან დაკავშირებით უნდა აღინიშნოს, რომ ენდოკრინოლოგია, რომელიც მედიცინის დარგის ენდოკრინოლოგიის საფუძველზე შეიქმნა, დელინკვენტების გამოსწორებას სახარებაში მოცემული სწავლებებით ადამიანის «მე»-ს შეცნობაში, ზნეობრივი ფსიქიკის და შინაგანი კულტურის ჩამოყალიბებაში ხედავს⁶. აღნიშნული საკითხების სწორად გააზრება კი, უპირობოდ მოითხოვს სულის არსის, კანონზომიერებების, სულიერი ცხოვრების და დროებითი ცხოვრების ჭეშმარიტი არსის ზედმიწევნით ცოდნას.

⁶ S. Weor, "Fundamental Notions of Endocrinology and Criminology", 2007, p. 60.

რა თქმა უნდა, აქ არ შევუდგებით სამედიცინო კრიმინოლოგიის ისტორიის ანალიზს ან ცნობილი ექიმ-კრიმინოლოგების და სხვათა ტრაქტატებისა და თეორიების დეტალურ განხილვას, არამედ შევეცდებით მეცნიერებისა და ქრისტიანული სწავლებების მოშველიებით სულის ავადმყოფობის კანონზომიერების ანალიზის საფუძველზე ჩამოვყალიბოთ კონცეპტუალური მიდგომა კრიმინოლოგიის მეცნიერების საკვანძო საკითხების სწორად გააზრებისთვის. ქრისტიანული სწავლებების ჩართვა იმითაც არის გამართლებული, რომ საკითხების დასაბუთების დროს თავი დავიცვათ ყოველგვარი სუბიექტური გადახვევისგან. ვინაიდან, ფაქტობრივ მასალებზე დაფუძნებული სწავლებები მნიშვნელოვანია საკითხების მეცნიერული დასაბუთებისთვის, მიზანშეწონილად მიგვაჩნია, მოვიშველიოთ ასევე საქართველოს უახლოეს ისტორიაში მოღვაწე იმ სასულიერო პირების მართლმადიდებლური სწავლებების განმარტებები, რომელთა შესახებ გამოცემულ წიგნებში ასახულია მათ მოღვაწეობასთან დაკავშირებული უამრავი ფაქტობრივი მასალა სულის არსებობის, შესაძლებლობების თაობაზე, ასევე სულიერი ცხოვრებისთვის აუცილებელი ცოდნა.

იმის გათვალისწინებით, რომ ზოგადად ყველა დანაშაული ცოდვაა, - მართლმადიდებლური მოძღვრების თანახმად კი, ცოდვები პირდაპირ კავშირშია სხეულებთან, რასაც მეცნიერთა დიდი ნაწილი იზიარებს და ასკვნის, რომ დანაშაული ავადმყოფობაა, - მიზანშეწონილად მიგვაჩნია, დანაშაულობის საკითხების ანალიზი ადამიანის სულისა და სულის დაავადების საკითხის განხილვით დავიწყოთ.

ქართველი ბერის გიორგი ბასილადის განმარტებით «ხორცი არა არის ცოცხალი სულის გარეშე...; ცოდვა მატერიაა, ის არ ქრება. ის უარყოფითი, ბოროტი ენერგიაა.»⁷ არისტოტელეს მიაჩნდა, რომ სული სხეულის არსია, ანუ ის, რაც სხეულს ცოცხლად აქცევს. ყველაფერი, რაც ცოცხალ არსებაში ხდება, სულის მოქმედების გამოვლინებაა და ამ ფონზე გვამღევეს სულიერი გამოვლინებების (შეგრძნება, მეხსიერება, წარმოსახვა, აზროვნება, გრძნობები, ნებელობა) დახასიათებას. არისტოტელესაგან განსხვავებით პლატონს და პითაგორას სული სხეულისაგან დამოუკიდებელ სუბსტანციად მიაჩნდათ, რომ ადამიანის გარდაცვალების შემდეგ სული აგრძელებს არსებობას⁸. სულის არსებობის შესახებ დასკვნებს აკეთებდნენ სოკრატე, ჰეგელი და უამრავი სხვა უდიდესი

⁷ ა. ჩაგუნავა, ლ. ყოლბაია, „ქართველობა ძნელია, მაგრამ აუცილებელი“, თბილისი, 2008, გვ. 45, 128.

⁸ L. C. Sheilds, Aristotle: Critical Assessments, Vol. 3, 1999, p. 3; 2. J. Sallis, “Spacings of Reason and Imagination in Texts of Kant, Fichte, Hegel, p.136; 3. <http://faculty.washington.edu/smcohen/320/psyche.htm> 12.09.2011; 4. <http://www.suite101.com/content/aristotles-definition-and-levels-of-soul-a101071.12.09.2011>.

მოაზროვნე და მეცნიერი. ფიზიოლოგ ივანე პავლოვის აზრით კი, მოცემული სულიერი გამოვლინებები - სიხარული, მწუხარება, ნაღველი, მრისხანება, სიძულვილი, ადამიანის აზრები, თვით აზროვნებისა და განსჯის უნარი (თითოეული მათგანი) დაკავშირებულია ადამიანის ტვინისა და მისი ნერვების გარკვეულ უჯრედებთან, ხოლო როცა სხეული კვდება, ყველა ეს გრძნობა და აზრი თითქოს სწყდება უკვე მკვდარი ტვინის უჯრედებს და საერთო კანონის თანახმად, რომლის მიხედვითაც, არც ენერგია, არც მატერია უკვალოდ არ ქრება, შეადგენს იმ სულს, უკვდავ სულს, რომლის არსებობასაც ქადაგებს ქრისტიანობა.⁹ ამასთან დაკავშირებით ავსტრიელი ექიმი ნევროპათოლოგი, ფსიქიატრი და ფსიქოლოგი ზიგმუნდ ფროიდი, რომლის კვლევის ძირითადი ობიექტი იყო არაცნობიერი ფსიქიკური პროცესები და მოტივაცია, აღმოაჩენს, რომ ტრავმული მოვლენები, აფექტური განცდები, განუხორციელებელი სურვილები და ა.შ. არ ქრებიან ფსიქიკიდან, არამედ განიდევნიებიან ცნობიერიდან არაცნობიერ სფეროში, საიდანაც აქტიურად განაგრძობენ ცნობიერებაზე ზემოქმედებას, ხშირად შენიღბული, «კოდირებული» ფორმით, ნევროტული სიმპტომების სახით. სიმპტომებს ფროიდი განიხილავს, როგორც კომპრომისულ ფსიქიკურ წარმონაქმნებს, ე. ი. როგორც განდევნილი ლტოლვების მათ წინააღმდეგ მოქმედ შინაგან «ცენზურასთან» (დაცვის მექანიზმთან) შეხვედრის შედეგს. ასეთ კომპრომისულ წარმონაქმნებს ხედავს ფროიდი აგრეთვე სიზმრებში, წამოცდენებში, წერისას დაშვებულ შეცდომებში, მახვილსიტყვაობაში და ა.შ.¹⁰ აქვე, საყურადღებოა ბერი გიორგი ბასილამის განმარტებაც, რომ ზოგჯერ ადამიანის ქმედება, ან წინასწარ დაგეგმილ საუბარში გაუცნობიერებლად და მომენტალურად თემიდან გადახრის მომენტი, განპირობებულია სულზე გარე ძალის ზემოქმედებით და მოჰყავს ამის მაგალითები ცნობილი ხალხის ცხოვრებიდან.¹¹

დღეს უკვე ტექნოლოგიის განვითარებამ (**Emotiv EPOC** მოწყობილობა) შესაძლებელი გახადა ადამიანის აზროვნებით გამოწვეული სიგნალების, ენერგიის, ვიბრაციის დაფიქსირება და კონტროლიც¹². გარდა ამისა, მეცნიერებაში უკვე დიდი ხანია დამტკიცებულია, რომ ენერგია მატერიაა. უფრო მეტიც, ფიზიკაში ტალღისებური მოძრაობა მატერიალური მოვლენების საფუძველია და, ამდენად, სულის (თუნდაც როგორც ენერგიის) არამოცემულ კატეგორიად მიჩნევა არამეცნიერულად მიგვაჩნია, მით უფრო როცა ზოგადად მატერიის შეცნობაც კი, არ

⁹ www.faith.ge/index.php?newsid=27, 27.07.2010.

¹⁰ საბჭოთა ენციკლოპედია, თბილისი, 1986, ტომი 10, გვ. 412.

¹¹ ა. ჩაგუნავა, „ძალა და თავისუფლება“, თბილისი, 2008, გვ. 63.

¹² <http://www.youtube.com/watch?v=40L3SGmcPDQ&feature=related>;
<http://www.youtube.com/watch?v=7utG3NqhBoU>, 12.09.2011.

ძალგვიძს ისე, როგორც ის არსებობს, რადგან მისი სპეციფიკური თვისებები – მასა, სიმკვრივე და სიმძიმე სუბიექტურია¹³. გარდა ამისა, არსებობს უამრავი ფაქტი, რომელიც ადასტურებს უცნობი “ენერჯის” არსებობასაც, რომელსაც მოძრაობაში მოჰყავს ადამიანის ინტელექტი და ქმედება¹⁴. ასეთი ფაქტი ცხოვრებაში ბევრია და განსაკუთრებით წმინდანების ცხოვრებაში, სადაც აღწერილია ადამიანის განკურნების დაუჯერებელი ამბები და ისეთი მოვლენები, რის უნარსაც გრძნობები და სხვა სულიერი გამოვლინებები, კატეგორიები სრულიად მოკლებულია¹⁵.

ამდენად, აზრი, განზრახვა, მათ შორის, დანაშაულის ჩადენის განზრახვაც და ა.შ., როგორც სულის მოცემული კატეგორია, სულის გამოვლინება, ენერჯიაა ანუ მატერია, ისევე როგორც ცოდვითა და დანაშაულით გამოწვეული ემოცია, განცდა, აზრი, და ა.შ. მეცნიერულად დასაბუთებული ბუნებრივი კანონზომიერების თანახმად, - არც ენერჯია და არც მატერია უკვალოდ არ ქრება, - დანაშაულის განზრახვა და

¹³ მღვდელმთავარი ლუკა (ვოინო-იასენცკი) „მეცნიერება და რელიგია, სული, სამშვიდველი და სხეული“, თბილისი, 2003, გვ. 36.

¹⁴ ამასთან დაკავშირებით საინტერესოა ტელეპათიისა და ფსიქოკინეზისის არსის ცოდნა, რომლებიც პარაფსიქოლოგიური მოვლენებია. ტელეპათიის (ბერძნ. τηλε, *tele* (ტელე) «მანძილი» და πάθος, *pathos* (პათოს) «გრძნობა») არსი მდგომარეობს ორ თვისებაში - ვიბრაციის წარმოშობისა და მოძრაობის უნარში. სწორედ ამ თვისებების წყალობით აზრი იწვევს ვიბრაციას და ამ ვიბრაციას აქვს გადაადგილების უნარი. ფსიქოკინეზისი (ბერძნ. ψυχή, *psyche* (ფსიქო) «გონება, სული, გული ან სუნთქვა» და κίνηση, *kinesis* (კინეზის) «მოძრაობა») აღნიშნავს გონების შესაძლებლობას მოახდინოს ზეგავლენა ადამიანის გონებაზე, დროზე, სივრცეზე და ენერჯიაზე ამ სამყაროში უცნობი ფიზიკის კანონების მეშვეობით.

¹⁵ ზებუნებრივი მოვლენების არსებობის კანონზომიერების მეცნიერული აუხსნელობის მიუხედავად, ასეთი ფაქტები ცხოვრებაში არა მარტო ხშირია, არამედ ხდება მათი სხვადასხვა მიზნებისთვის გამოყენება. მაგალითად, ცნობილია რომ შორ მანძილზე ხედვის უნარის მქონე ადამიანები სამართალდამცავ ორგანოებშიც კი აჰყავთ სამუშაოდ. მათ «ფსიქო-ვიტნესებს» (ანუ ფსიქო-მოწმებებს) უწოდებენ, რომლებიც სრული სიზუსტით აღწერენ, დანაშაულის ჩადენის ფაქტს, ზუსტ მისამართს, დამნაშავეების რაოდენობას, გარეგნობას, დანაშაულის ჩადენის იარაღს. გარდა ამისა, შეიგრძნობს დამნაშავეს მიერ მიყენებულ დაზარალებულის ტკივილსაც და ა.შ. «ფსიქო-ვიტნესისაგან» მიღებული ინფორმაციის საფუძველზე კი, ხდება დამნაშავეების ცხელ კვალზე დაკავება. მეცნიერება ჯერ კიდევ შორსაა ახსნას ისეთი მოვლენების კანონზომიერება, როგორცაა გონების დაკარგვის შემდეგ ადამიანის მიერ მისთვის სრულიად უცნობ ენებზე ამეტყველება, ლოცვების შემდეგ მედიცინისთვის განუკურნებელი დაავადებების კურნებები, ადამიანის გარდაცვალებიდან რამდენიმე დღის გასვლის შემდეგ გაცოცხლება, წინასწარმეტყველება, ხატიდან მირონდენა და სისხლდინება და ბევრი სხვა, რომლის ფაქტობრივი მასალა რეალურად საქართველოშიც ბევრი მოიპოვება და ყოველდღიურად აღესრულება (მაგალითად, ბერი გაბრიელის საფლავიდან გადმოსული ზეთით კურნება, მისი უზრუნველი სისხლი; ბერი გაბრიელის ცხოვრებაზე გადაღებული ფილმი «სულის უკვდავება»; ბერების გაბრიელ ურგებამის და გიორგი ბასილამის ცხოვრებაზე გამოცემული წიგნები, რომლებშიც აღწერილი ზებუნებრივი მოვლენების არსებობის უამრავი ფაქტი და ა.შ.). თუმცა, მოყვანილი ზებუნებრივი მოვლენების არსებობისა და კანონზომიერებების პასუხები მოიძებნება ქრისტიანულ მართლმადიდებლურ რელიგიაში.

დანაშაულით გამოწვეული ემოცია, განცდა, აზრი, და ა.შ., როგორც უარყოფითი, ბოროტი ენერგია, სულში იბუდებს და (ხოლო ადამიანის გარდაცვალების მერე ეს ენერგია სულში აგრძელებს არსებობას) იწვევს ადამიანის სულიერ დაავადებას - ფსიქიკის მოშლას, რომლის კლინიკა მჟღავნდება სულის მოცემულ კატეგორიებში, როგორც არის მწუხარება, ნალველი, მრისხანება, სიძულვილი, აგრესია და ა.შ., და რომელსაც ესაჭიროება მკურნალობა.

უნდა აღინიშნოს, რომ დღესაც საერთო, რომანულ-გერმანული და შერეული სამართლის სისტემის ქვეყნების სამართალში ტერმინ «განზრახვასთან» ერთად გამოიყენება «ბოროტი განზრახვა», «ხულიგნური ქვენაგრძნობა», აგრეთვე, «ფსიქიკური ზემოქმედება», «სამართლებრივი სიკეთე» და ასე შემდეგ. როგორც ვხედავთ, მოცემული სულიერი გამოვლინებების ეტიმოლოგია და მისი სამართალში მოხვედრაც რეალურად სულის არსებობის საკითხს უკავშირდება.

ამ საკითხებს ლოგიკურად მივყავართ კრიმინოლოგიისთვის საინტერესო, სულ მცირე, ისეთი საკითხის ცოდნის აუცილებლობასთან, როგორც არის: 1. რაში მდგომარეობს ადამიანის დანაშაულით დაავადებული სულის მკურნალობა; 2. სად უნდა იმკურნალოს ადამიანი დანაშაულით დაავადებული სული და ვის შეუძლია მისი მკურნალობა და 3. რას გულისხმობს სულის განკურნების ცოდნა.

აღნიშნული საკითხების დასაბუთებისთვის, ბუნებრივია, მივმართავთ მართლმადიდებლურ სწავლებას, რადგან ცოდვის კანონზომიერებები პირდაპირ კავშირშია დანაშაულობასთან.

1. ბერი გიორგი ბასილამის განმარტებით «სინანული წვავს ცოდვას..., სინანულით ადამიანს გულზე ეშვება და იკურნება... ცოდვის განეიტრალება მხოლოდ ცოდვის გამოტირებით ან ტანჯვითა და ტკივილით არის შესაძლებელი; თუ ცოდვა ვერ დაამარცხე, შინაგან თავისუფლებას ვერ მოიპოვებ; საერო ცხოვრებით მცხოვრებმა ადამიანებმა უნდა იმარხულონ, რაც მათ ეხმარება გაწმენდაში, შიმშილი წვავს ცოდვებს; მარხვები ხელს უწყობს სარწმუნოებრივ აღზრდას, ნებისყოფის, სიმტკიცის და სულიერი ჩვევების გამომუშავებას; სინანულს ითხოვს ღმერთი ცოდვის სანაცვლოდ, რადგან სინანულია ის საშუალება, რომლითაც შემცოდე ადამიანს უბრუნდება ღმერთთან ურთიერთობის მორალური უფლება. არ არსებობს ცოდვა, რომელიც ღმერთის მოწყალებას აღემატებოდეს.¹⁶ ბერი გაბრიელ ურგებაძის განმარტებით «გულით სინანულია, როდესაც აღსარებაში ნათქვამ ცოდვას შენდობის მერე არ

¹⁶ ა. ჩაგუნავა, ლ ყოლბაია, „ქართველობა ძნელია, მაგრამ აუცილებელი“, თბილისი, 2008, გვ. 44-47, 179-180.

გაიმეორებ. ესე იგი შეიზიზღე ცოდვა, განაგდე და აღარ ჩაიდენ. თუ გულით სინანულს ცრემლიც დაემატა, ეს ყველაზე კარგია. ცრემლი წმენდს ცოდვებს. ოღონდ ეს ყველაფერი ეხება ნებსით ცოდვებს. უნებლიე ცოდვებს ვერავინ გაექცევა და ყოველთვის უნდა ითქვას აღსარებაში; თუ სინანული და სიმდაბლე არ გექნება, არამცთუ ცხონდები, პირიქით დაილუპები; სიკვდილის კი არ უნდა გეშინოდეს, არამედ უნდა გეშინოდეს უფლის განკითხვისა, რომელიც იმწამსვე მოდის და სული მაშინვე გრძნობს, თუ რა ელოდება»¹⁷.

მოყვანილი მართლმადიდებლური სწავლების და იმ ფაქტის გათვალისწინება, რომ განზრახვა და დანაშაულით წარმოშობილი განცდა, ემოცია, აზრი და ა.შ., როგორც მატერია და ენერგია, არ ქრება, სულში რჩება და ის, რომ დანაშაული აავადებს სულს, გვაძლევს იმის თქმის საფუძველს, რომ ყველა შერაცხადი ადამიანი დანაშაულის ჩადენის მომენტში რეალურად აღწევს ფსიქიკურად ავადმყოფი ადამიანის კონდიციას, რასაც სულის დაავადება, ანუ სამედიცინო ენაზე ფსიქიკური მოშლა ეწოდება¹⁸. ერთი შეხედვით, ვინმეს შეიძლება ეგონოს, რომ, განსხვავებით ფსიქიკური ავადმყოფისგან, შერაცხადის სულიერი აშლილობა დიდხანს არ უნდა გრძელდებოდეს დანაშაულის ჩადენის მომენტიდან, მაგრამ ეს მხოლოდ ერთი შეხედვით. ვიდრე არ მოხდება ცოდვის, ანუ დანაშაულის მონანიება, ადამიანის სულიერი მდგომარეობა დანაშაულის ჩადენის შემდეგ ვერანაირი ლოგიკითა და ბუნებრივი კანონზომიერებით ვერ დაუბრუნდება პირვანდელ ყოფას (როდესაც შერაცხადი ადამიანის აზროვნებაში დანაშაულის ჩადენის განზრახვა არ არსებობდა). შესაბამისად, დამნაშავის მიერ სასჯელით გათვალისწინებული ვადის ამოწურვა, განურჩევლად იმისა, დამნაშავე პატიმრობაშია თუ თავისუფლებაზე, ვერ განაპირობებს მის სრულ რეაბილიტაციას, ვიდრე არ მოხდება დაავადებული სულის განკურნება. ამას ადასტურებს ის ბანალური ჭეშმარიტებაც, რომ ადამიანის გამოსწორებაში არ იგულისხმება მისი სხეულის გამოსწორება და მით უმეტეს სხეულის მონანიება, არამედ ხდება მისი ფსიქიკის (რაც სულის გამოვლინებაა), ანუ სულის განკურნება სინანულით, მონანიებით. აქედან გამომდინარე, სულის განკურნების გარეშე სასჯელის ვადის ამოწურვა, სასჯელის მიზნის მიღწევის თვალსაზრისით, მნიშვნელობას კარგავს – დამნაშავე ვერ ჩაითვლება გამოსწორებულად, ანუ რეაბილიტირებულად და შედეგად, ნაცვლად სრულფასოვანი წევრისა, მივიღებთ საზო-

¹⁷ 1. მ. ჯინორია, „თქვენი სიცოცხლე - ჩემი სიცოცხლე“, თბილისი, 2009, გვ. 90; 2. ა. მინდიაშვილი, „ეს ჯვარი თქვენამდე სულ სისხლით ვატარე“, თბილისი, 2008, გვ. 103-104, 111.

¹⁸ დოსტოევსკის ნაწარმოების „დანაშაული და სასჯელის“ ერთ-ერთი მთავარი პერსონაჟი, რასკოლნიკოვი ამის კლასიკური მაგალითია.

გადოებაში გამოუსწორებელი დამნაშავის დაბრუნებას. ეს პრობლემა განსაკუთრებით აქტუალურია, როცა საქმე ეხებათ სექსუალურ მოძალადეებს, ნარკომანებს, არასრულწლოვანებს და სხვ., რომელთა მდგომარეობა მოითხოვს სულის გაძლიერებულ მკურნალობას.

დანაშაულის ჩადენით ადამიანი აავადებს რა თავის სულს, იგი, ასევე სხვასაც აავადმყოფებს, იგულისხმება როგორც კონკრეტული პირი, ასევე მთელი სოციუმიც, ვინაიდან დანაშაულს ჰყავს თავისი ადრესატი. მაგალითად, სიტყვიერი შეურაცხოფის შემთხვევაში დანაშაულის თუ ცოდვის ჩამდენი სულიერ ტრავმას აყენებს უშუალოდ შეურაცხყოფის ადრესატს, დაზარალებულს. მართალია, შეურაცხყოფის გამო დამნაშავე ისჯება, იხდის ბოდიშს, ხდება შერიგება დაზარალებულთან თუ სხვ., მაგრამ ეს ყველაფერი ამ უკანასკნელის სულის სრულ განკურნებას ვერ უზრუნველყოფს ისევე, როგორც დამნაშავის სასჯელის ფორმალური მოხდა მონანიების გარეშე. გარდა ამისა, დანაშაულის სიმძიმისა და მასშტაბურობიდან გამომდინარე (მაგალითად, ორგანიზებული დანაშაული, ტრეფიკინგი, ტერორიზმი, გენოციდი და ა.შ.), სულიერი ტრავმა შეიძლება მიაღდეს პირთა ჯგუფს, საზოგადოებას და მკარო დონეზე ქვეყანას. ამდენად, დაზარალებულს, ისევე როგორც დამნაშავეს ყველა შემთხვევაში ესაჭიროება სულის რეაბილიტაცია. ამის გამო, სულის მკურნალობის საკითხი აქტუალურია ასევე კრიმინოლოგიის მეცნიერებაში შემავალი ვიქტიმოლოგიის დარგისთვისაც, რომელიც დანაშაულის მსხვერპლის საკითხებს შეისწავლის.

2. როგორც ცნობილია, სისხლისსამართლებრივი იუსტიციის სისტემაში დამნაშავის გამოსწორება, რესოციალიზაცია და რეაბილიტაცია წარმოებს პენიტენციურ დაწესებულებებში და/ან პოსტპენიტენციის ფარგლებში. დარწმუნებით შეიძლება ითქვას, რომ ძალიან ცოტამ თუ იცის სიტყვა «პენიტენციის» ეტიმოლოგია და მისი ზუსტი მნიშვნელობა, რომელშიც პირდაპირ განსაზღვრულია პენიტენციური დაწესებულების უპირველესი დანიშნულება. «პენიტენცია» ბერძნული სიტყვაა და ნიშნავს მხოლოდ და მხოლოდ სინანულს, მონანიებას, შესაბამისად პენიტენციური დაწესებულება ნიშნავს მონანიების ადგილს¹⁹. როგორც ვხედავთ, პენიტენციური დაწესებულება მისი შექმნის დღიდან ამ უპირველესი მიზნით დაარსდა, სადაც დამნაშავემ უნდა მოინანიოს თავისი ცოდვა, ანუ დანაშაული, რაც, სასჯელის ვადის ამოწურვისგან ანუ სასჯელის ფორმალური მოხდისგან დიდად განსხვავდება.

¹⁹<http://www.metanoiaministries.org/Historical.html>;
<http://easydictionary.org/penitence.html>;
<http://oxforddictionaries.com/definition/penitentiary>;
<http://www.dictionarist.com/english-greek/penitence>.

ის ფაქტი, რომ ქრისტიანული მართლმადიდებლური სწავლება და სახელმწიფოს პოლიტიკა დამნაშავეს გამოსწორების საკითხში სრულ თანხვედრაშია, არაერთხელ ადასტურებს იმას, რომ ცოდვა, ანუ დანაშაული, რომელიც მატერიაა, ბოროტი, უარყოფითი ენერჯიაა, რომელიც არ ქრება და აავადებს ადამიანის სულს, საჭიროებს მკურნალობას სინანულით, მონანიებით.

მთავარია, პენიტენციური დაწესებულება ემსახურებოდეს და აღწევდეს თავისივე სახელწოდებაში განსაზღვრულ მიზანს, რისთვისაც იგია შექმნილი.

როგორც აღვნიშნეთ, ფსიქიკური დაავადების მკურნალობას ოდითგანვე მედიცინის დარგის სპეციალისტები, განსაკუთრებით კი, ფსიქიატრები შეისწავლიდნენ. თუმცა დღეს დამნაშავეების რეაბილიტაციას ეწევიან ასევე ფსიქოლოგებიც, როგორც პენიტენციურ დაწესებულებებში, ასევე სპეციალურ სამკურნალო და საკონსულტაციო დაწესებულებებსა თუ ცენტრებში. მათი როლი რეაბილიტაციის თვალსაზრისით, უპირველესად დამნაშავესთვის საკუთარი «მე»-ს შეცნობას გულისხმობს, რაც ადამიანის ზნეობრივი ფსიქიკის და შინაგანი კულტურის ჩამოყალიბებას უკავშირდება. იმის გათვალისწინებით, რომ ადამიანი სულიერი არსებაა, ეს საკითხები ფსიქიატრებისგან და ფსიქოლოგებისგან უპირობოდ მოითხოვს სულიერი ცხოვრების ჭეშმარიტ ცოდნას. წინააღმდეგ შემთხვევაში პენიტენციის მიზნის წარუმატებლობა გარანტირებულია, ვინაიდან, როგორც ზემოთ განვიხილეთ, სასჯელის ვადის ამოწურვა სულის მკურნალობის, ანუ დანაშაულის მონანიების გარეშე დამნაშავეს რეაბილიტაციას ვერ უზრუნველყოფს და გამოიწვევს დამნაშავეს კვლავ დამნაშავედ საზოგადოებაში დაბრუნებას. ამით ნათელი ხდება, თუ რა დიდი პასუხისმგებლობა აკისრიათ ფსიქიატრებსა და ფსიქოლოგებს, რომელთა წარმატება დამოკიდებულია ჭეშმარიტ სულიერ ცოდნაზე.

აქედან გამომდინარე, ლოგიკურია, რომ თავად ის, ვინც ადამიანის სულის მკურნალობის მისიას კისრულობს, უნდა იყო სულიერი მოწოდების სიმაღლეზე. ბერი გიორგი ბასილამის განმარტებით, «ღმერთს სულის მკურნალებად მღვდლები ჰყავს დადგენილი. ყოველ ადამიანს აქვს სულის განსხვავებული გასაღები..., მღვდელს სულიერი ხედვა და განსჯის უნარი უნდა გააჩნდეს..., ყველა ნამდვილი მღვდელი წმინდანია..., ამიტომ ეძებეთ წმინდანები...; თუ ადამიანს მაღლი არა აქვს, ის ადამიანი სულიერად მკვდარია. ჯერ კიდევ წმინდა სერაფიმ საროველი გადმოგვცემს, რომ ადამიანის მიწიერი ცხოვრების არსი მის მიერ სულიწმინდის მაღლის მოხვეჭაშია..., ზოგიერთი წმინდანი

სულიწმინდის მატარებელია, ზოგი უფრო დიდი, სულიწმინდის ქურქელია..., ყველაზე დიდი მოძღვარი ქრისტე ღმერთია²⁰».

როგორც ვხედავთ, ადამიანის მიწიერი ცხოვრების არსი მის მიერ სულიწმინდის მადლის მოხვეჭაშია, ხოლო მის მოხვეჭაში დახმარება შეუძლიათ სულიერი ხედვის მქონე სასულიერო პირებს. პავლე მოციქულის მიხედვით, სულიწმინდის მადლია სიბრძნის სიტყვა, რწმენა, განკურნებათა ნიჭი, სასწაულმოქმედების, წინასწარმეტყველების, სულების გარჩევის, სხვადასხვა ენების გარჩევის ნიჭი (კორინთელთა, 12, 4-14).

3. როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, ენდოკრიმინოლოგია დელინკვენტების გამოსწორებას სახარებაში მოცემული სწავლებებით ადამიანის «მე»-ს შეცნობას, ზნეობრივი ფსიქიკის და შინაგანი კულტურის ჩამოყალიბებას უკავშირებს. აქვე აუცილებელია აღინიშნოს, რომ სიტყვა კულტურას მრავალი დეფინიცია აქვს, მაგრამ უპირველესი განსაზღვრების თანახმად, სიტყვა «კულტურა» სულის დამუშავებას ნიშნავს. პირდაპირი გაგებით, ადამიანის შინაგანი კულტურა სულიერი მდგომარეობის გამომხატველია. ამდენად, ქრისტიანული სწავლება მნიშვნელოვანია, ვინაიდან სასულიერო პირების უპირველესი დანიშნულებაა სწორედ ადამიანის სულის მკურნალობა და გადარჩენა, რაც ადამიანის «მე»-ს შეცნობასა და ადამიანის ზნეობრივი ფსიქიკის ჩამოყალიბებას გულისხმობს.

დანაშაულის ჩამდენი პირის სწორად გააზრებისთვის ადამიანის «მე»-ს, შინაგანი ბუნების ცოდნას კრიმინოლოგიისთვის დიდი თეორიული და პრაქტიკული მნიშვნელობა აქვს. ვინაიდან, კრიმინოლოგიაში ამ საკითხზე ბევრი ფსიქოლოგიური თუ სოციოლოგიური ხასიათის მოძღვრება არსებობს, ამიტომ ჩვენ შევეცხებით მხოლოდ იმას, რაც კრიმინოლოგიისთვის ნაკლებად ან საერთოდ უცნობია. ბერი გაბრიელ ურგებაძის განმარტებებით, ადამიანი შედგება სხეულის, სამშვიინველისა და სულისაგან. სხეულს აქვს ხუთი თვისება: ხედვა, სმენა, ყნოსვა, გემო, შეხება და აქვს ორი ინსტინქტი: თვითგადარჩენის და გამრავლების. სამშვიინველი არის ის, რითაც ვსუნთქავთ. იგი ისევე, როგორც ცხოველებში და ფრინველებში, მოიცავს აზრს, გრძნობას და სურვილს. ღმერთმა აზრი შთაღო ტვინში, გულში - გრძნობა, ხოლო სურვილი კი, მთლიანად სხეულში. სურვილებს ხელმძღვანელობს ნება, რომელსაც არა აქვს ორგანო. ის მთელს სხეულშია. როდესაც რაიმე სურვილი გვეუფლება, მაშინ მთელი სხეული აღიძვრება. სამშვიინველს უნდა, რომ შეიძინოს ცოდნა და გამოსცადოს, დაიმკვიდროს ესა თუ ის გრძნობა. უკვდავ სულს

²⁰ ა. ჩაგუნავა, ლ. ყოლბაია, „ქართველობა ძნელია, მაგრამ აუცილებელი“, თბილისი, 2008, გვ. 14, 27, 45, 48.

აქვს სამი თვისება: შიში ღვთისა, სინდისი და სწრაფვა ღვთისაკენ, რაც ცხოველსა და ფრინველებს არა აქვთ. სამშვინველი სისხლშია, მაგრამ სისხლი არ არის. ცოდვით დაცემამდე სამშვინველიც და სხეულიც სულს ემორჩილებოდა. ცოდვით დაცემის შემდეგ კი, სულთან კავშირი შეწყდა და სამშვინველი სხეულს დაემორჩილა. რაც უნდა სხეულს, იმას აკეთებინებს სამშვინველს, ოღონდ სამშვინველი გადაადგილებს სხეულს, სული კი, აგონიერებს. სინდისი პატარა ღმერთია. უფალმა სინდისი იმიტომ შთადო ადამიანში, რომ უნდოდა ადამიანი გადაერჩინა. სული მეცნიერია და ყველაფერი იცის, ეს სინდისს ეხება, - იგი გამოიძიებს რა არის კარგი და რა არის ცუდი. ტყუილად კი არ ხდება, რომ როცა გვერდზე ვინმე უცხო ჩაგივლის, ხან გიხარია, ხან კი შეკრთები»²¹.

მოყვანილი სწავლების თითოეული ასპექტის სიღრმისეული ცოდნა ძალიან მნიშვნელოვანია ადამიანის ფსიქოლოგიური, ბიოლოგიური და სოციალური «მე»-ს შემეცნებისთვის. საკითხების დიდი მოცულობის გამო, უბრალოდ აღვნიშნავთ, რომ სული პიროვნულია. სინდისი, სხვა კატეგორიების გათვალისწინებით, არის ის, რაც ადამიანს სხვა ბიოლოგიური არსებებისგან განასხვავებს და რითაც აიხსნება სხვა ბიოლოგიური არსებებისგან «ცოდვის» არმოკითხვაც. ამასთან მიმართებაში საყურადღებოა, რომ გერმანელი და რუსი იურისტების ფ. ლისტის და ნ. ტაგანცევის წიგნებში მოცემულია ევროპის სხვადასხვა ქვეყანაში ძველი დროიდან მოყოლებული მე-19 საუკუნის ჩათვლით ადამიანებთან ერთად ცხოველებისა და მწერების გასამართლებისა და დასჯის ცნობები²², რომლის მსგავსი საქართველოს ისტორიაში არ მოიპოვება. უფრო მეტიც, სრულიად საქართველოს კათოლიკოს პატრიარქის, უწმინდესისა და უნეტარესის, ილია II-ის საადდგომო ეპისტოლეში ვკითხულობთ, რომ საქართველოს მეფის დავით აღმაშენებლის (1089-1125) «გალობანი სინანულისანი» არის პიროვნული ცოდვების და ერის ცოდვების მტვირთველი ქვეყნის გამგებლის აღსარება. დღევანდელი ადამიანები იმდენად დაეცნენ, რომ აღარ ესმით, რატომ გამოთქვამს ასეთ სინანულს მეფე წმინდანი, რომ იგი საკუთარი თავის კერპის წინააღმდეგ ბრძოლის დასტურია²³. ეს ფაქტი კი, მეტყველებს საქართველოს ჯერ კიდევ იმდროინდელ მაღალ კულტურაზე, ანუ სულიერების მაღალ დონეზე. ამ უკანასკნელ საკითხთან დაკავშირებით საინტერესოა ადამიანის სულიერი მდგომარეობის საფეხურების ცოდნა.

²¹ ა. მინდიაშვილი, „ეს ჯვარი თქვენამდე სულ სისხლით ვატარე“, თბილისი, 2008, გვ. 99-100.

²² ო. გამყრელიძე, «დანაშაულის სუბიექტი და პირადი პასუხისმგებლობის პრინციპი», სამართლისა და პოლიტიკური აზროვნების ისტორიის ნარკვევები, წიგნი I, თბილისი, 2010, გვ. 221-224.

²³ საადდგომო ეპისტოლე, თბილისი, 1992 წ., გვ 14.

მართლმადიდებლური სწავლების თანახმად, არსებობს ადამიანის სულიერი მდგომარეობის შემდეგი საფეხურები: I. ცოდვილი; II. ადამიანი; III. მორწმუნე; IV. მონაზონი, ანუ მორჩილი; V. ბერი, ანუ პიროვნება; VI. წმინდანი, ანუ ინდივიდი. ამის ზევით კიდევ არის საკმაო სულიერი საფეხურები²⁴. ბერი გაბრიელ ურგებაძის განმარტებით «ბოლო საფეხურია სიყვარული, მხოლოდ სიყვარული ანუ განღმრთობა და ეს არ არის თქმული მაღალ სახსენებელი იოანე სინელის მიერ კიბის აღწერაში»²⁵.

ადამიანის სულიერი მდგომარეობა განასხვავებს ადამიანს ცოდვილი ადამიანისგან ისევე, როგორც ყველა სხვა საფეხურზე, ხოლო «ცოდვილი»-ს საფეხური, ბუნებრივია, არ ნიშნავს იმას, რასაც ექიმი-კრიმინოლოგი ჩეზარე ლომბროზო ამტკიცებდა – დაბადებით დამნაშავეების არსებობას. როგორც ბერი გიორგი ბასილაძე განმარტავს, «ადამიანი მკვლელად არ იბადება, ის მკვლელად ყალიბდება... განსხვავება კი, ცოდვილის გაადამიანურებაში მდგომარეობს».²⁶ «ერისკაცს 10 მცნების დაცვა მოეთხოვება და იმითი ცხონდება, ხოლო მონასტერში მოსულს, სახარების მიხედვით, ცხოვრება მოეთხოვება და იმითი ცხონდება,»²⁷ - აღნიშნავს ბერი გაბრიელ ურგებაძე. «ცოდვილ ადამიანსა» და «ადამიანს» შორის განსხვავება კიდევ ერთხელ დაგვანახებს იმას, რომ ჭეშმარიტი სულიერი ცხოვრების არცოდნა დანაშაულის მიზეზია. მაგრამ აქ მთავარია ის, რომ შეცდომის გამოუსწორებლობა მეტი ცოდვაა. მაცხოვარი ბრძანებს: «არა არს კაცი, რომელი ცხონდეს და არა სცოდოს». მიუხედავად სიმძიმისა, მთავარი ის კი არ არის, რომ ადამიანმა შესცოდა, არამედ ამ ცოდვათა შეუქნალობა. წმინდა იოანე ნათლისმცემელი პირველად ასე მიმართავდა ხალხს: «შეინანეთ, რამეთუ მოახლოებულ არს სასუფეველი ცათა» (მათე, 3-2). არ ამბობდა როგორ გაბედეთო, არამედ შეინანეთო. ასევე მოუწოდებდა ხალხს უფალი იესო ქრისტე თავის პირველ ქადაგებაში: «შეინანეთ, რამეთუ მოახლოებულ არს სასუფეველი ცათა» (მათე, 4,17)²⁸.

აქედან გამომდინარე, ცოდვის მონანიება, კრიმინოლოგიური თვალსაზრისით, დანაშაულის პრევენციის როგორც ყველაზე პირველ, ასევე სისხლისსამართლებრივი სისტემის ფარგლებში დამნაშავეს

²⁴ ა. ჩაგუნავა, ლ. ყოლბაია, „ქართველობა ძნელია, მაგრამ აუცილებელი“, თბილისი, 2008, გვ. 63.

²⁵ მღვდელ-მონაზონი, კირიონი, „ბერი გაბრიელის სწავლება, უჩინონი და დაფარულნი სიბრძნისა შენისანი გამოძიებადენ მე“, თბილისი, 2009, გვ. 25-26.

²⁶ ა. ჩაგუნავა, ლ. ყოლბაია, „ქართველობა ძნელია, მაგრამ აუცილებელი“, თბილისი, 2008, გვ. 63.

²⁷ მ. ჯინორია, „თქვენი სიცოცხლე ჩემი სიცოცხლე“, თბილისი, 2009, გვ. 106.

²⁸ ო. ნიკოლაიშვილი, „მამა გაბრიელის საუბარი I (მეორე გამოცემა)“, თბილისი, 2009, გვ. 88, 127.

რეაბილიტაციის პოლიტიკაში ყველაზე ბოლო და ყველაზე აუცილებელ ღონისძიებად უნდა მივიჩნიოთ. მაგრამ, როგორც ვთქვით, ეს უკანასკნელი არ ნიშნავს, რომ ადამიანი დაზღვეულია ხელახალი ცოდვის თუ დანაშაულის ჩადენისგან. ადამიანის უძლური ბუნება აღუდგეს ცდუნებებს, განაპირობებს ახალ ცოდვას. ყოველი ახალი ცოდვის მონანიება თანმდევი აუცილებელი ნაბიჯი უნდა იყოს, რომ ახალ ცოდვას მეორე ცოდვა არ დაემატოს და სისტემური ხასიათი არ მიიღოს, რაც ახალი დანაშაულის საფუძველია.

მიუხედავად იმისა, რომ ჩვენს მიერ განხილული საკითხების გაანალიზება ზედაპირულ ხასიათს ატარებდა, შევეცდებით, ჩამოვაყალიბოთ შემდეგი სახის დასკვნები:

1. დანაშაული აავადებს ადამიანის (როგორც დამნაშავეს, ასევე დაზარალებულის) სულს, რომელიც საჭიროებს მკურნალობას; დანაშაულის სიმძიმიდან გამომდინარე, სულიერად შეიძლება დაავადდეს პირთა ჯგუფი, საზოგადოება და მაკრო დონეზე ასევე ქვეყნის მოსახლეობა;
2. დანაშაულით დაავადებული სულის განკურნება მიიღწევა სინანულით, მონანიებით;
3. მოუნანიებლობის გარეშე დამნაშავეს მიერ სასჯელის ფორმალური მოხდა ვერ უზრუნველყოფს დანაშაულით დაავადებული სულის განკურნებას, ანუ მის რეაბილიტაციას;
4. პენიტენციის დაწესებულებაში დამნაშავეს დანაშაულის მოუნანიებლობის შემთხვევაში საზოგადოებას გამოუსწორებელი დამნაშავე უბრუნდება;
5. მონანიება დანაშაულის პრევენციის, დამნაშავეს რესოციალიზაციისა და რეაბილიტაციის (პენიტენციისა და პოსტპენიტენციის სტადიაზე), ასევე დანაშაულის განმეორების, რეციდივის თავიდან აცილების ეფექტური საშუალებაა.

გვჯერა, რომ ადამიანის სულის უკვდავების, როგორც ცხოვრების უმთავრესი მიზნისა, როგორც ამას აღნიშნავს სრულიად საქართველოს კათოლიკოს პატრიარქი, უწმინდესი და უნეტარესი, ილია II²⁹ და მიწიერი, დროებითი ცხოვრების არსის კანონზომიერებების შეცნობა მხოლოდ დადებითი შედეგის მომტანი იქნება ცხოვრების ყველა ასპექტში; დიდ დახმარებას გაუწევს მეცნიერების ყველა დარგს მის წინაშე მდგარი ამოცანების გადასაჭრელად; მეცნიერებების ერთობლივი ძალისხმევა, სწავლებების ოპტიმიზაცია, მეცნიერული და წმინდა წერილების ცოდნის

²⁹ საადდგომო ეპისტოლე, თბილისი, 1992 წ., გვ 7.

გათვალისწინება კი, სხვა ბევრი საკითხის გადაწყვეტასთან ერთად უზრუნველყოფს საერთო სენის, დანაშაულობის არსის გაგებას; მეცნიერულად სწორად დასაბუთებული დანაშაულობის პრევენციული და პროფილაქტიკური პოლიტიკის ცხოვრებაში დანერგვა კი, უზრუნველყოფს მაქსიმალურ შედეგს დანაშაულობის პრევენციის, დამნაშავის რეაბილიტაციისა და რესოციალიზაციის, აგრეთვე სისხლისსამართლებრივი მართლმსაჯულების პოლიტიკაში. ასეთი მიდგომა გამართლებულად მიგვაჩნია, ვინაიდან ყველა მეცნიერება უნდა ემსახურებოდეს ჭეშმარიტებას, ბუნების კანონზომიერების შესწავლას, რაც ნებისმიერ საკითხში წარმატების გარანტიაა.

აქვე, ორიოდ სიტყვით გვინდა აღვნიშნოთ, რომ 1820 წლამდე ფსიქიატრიული დახმარება საქართველოში არ არსებობდა. ფსიქიკურ ავადმყოფთა “მკურნალობას” ეწეოდნენ ექიმბაშები, ბერები, სამღვდელი მსახურნი და სხვ. ხოლო 1820 წელს გაიხსნა კავკასიაში ქ. თბილისის პირველი ფსიქიატრიული საავადმყოფო³⁰. პირველი კრიმინოლოგიური «ლაბორატორია» კი, შეიძლება ითქვას ფუნქციონირებდა 1925 წელს, როდესაც ქ. თბილისში ფსიქო-ნევროლოგიურ ინსტიტუტთან გახსნილი იყო განყოფილება «ფსიქიატრიული ექსპერტიზისა და ბოროტმოქმედთა პიროვნების მეცნიერული შესწავლისთვის»³¹.

დარწმუნებული ვართ, რომ წარმოდგენილი კონცეპტუალური ასპექტების სიღრმისეული შესწავლა, სხვადასხვა ქვეყნისა და საქართველოს, როგორც ერთ-ერთი უმდიდრესი სულიერი ცხოვრების გამოცდილების მქონე ჭეშმარიტად მართლმადიდებლური ქვეყნისა, უძველესი ისტორიის მანძილზე დაგროვილი ფაქტობრივი მასალების, წარსულში, უახლოეს პერიოდში მოღვაწე წმინდანების, დღეს მოქმედი სასულიერო პირებისა და სხვადასხვა დარგის მეცნიერების სწავლებებისა და გამოცდილების გათვალისწინებით დიდ წვლილს შეიტანს დანაშაულობის საკითხების კანონზომიერებების მეცნიერულ დასაბუთებაში.

³⁰ ე. გობრონიძე, ვ. იაშვილი, «ფსიქიკურ ავადმყოფობათა მკურნალობა», ფსიქიატრიის სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტი, შრომები III, თბილისი, 1950, გვ. 281.

³¹ გ. შენგელაია, «სისხლის სამართლის უფლება, ბოროტმოქმედობა და ბოროტმოქმედთა პიროვნების შესწავლის საკითხი», თანამედროვე მედიცინა, 19, თბილისი, 1927, გვ. 456.

Georgia

Truth is in Immortality of Soul

Georgian Monk, **Gabriel Urgebade** (1929-1995)

**MEDICAL CRIMINOLOGY
(CONCEPTUAL ASPECTS OF GEORGIAN DOCTRINE
OF CRIMINOLOGY)**

Davit Tsulaia

Sulkhan-Saba Orbeliani Teaching University

Considerable number of scientists still consider crime an illness - spiritual (psychic) disorder, which needs to be treated from preventive and rehabilitative perspective. Therefore, this matter is being studied since ancient times by physicians, in particular, by psychiatrists. In this respect, the role of psychology, as a science, studying phenomena and patterns of soul field cannot be overestimated.¹

Studies conducted by medicine on psychic conditions, mental abilities, genetics, types of persons, as well as behavior of a person, a group of persons and society etc., contributed greatly to criminology in analyzing and resolving issues related to criminality, personality of criminals, behavior of groups of persons and society, crime prevention, resocialization, rehabilitation, acute topics of criminal justice system and other problematic issues. These very factors were prerequisites for creation of medical criminology. Fields of medicine such as psychiatry, neuropathology, endocrinology, physiology etc., should be deemed as the fundamentals for medical criminology.

Studying psychic (spiritual) conditions and promoting this issue, cast a doubt on opinions prevailing in criminology and generally in science, that human being is a biological and social being and allegedly environmental, social, economic and

¹ Psychology unlike psychiatry (which is an immediate branch of medicine and examines issues related to spiritual, psychic illnesses) is philosophical science, which examines phenomena and patterns of spiritual (psychic) in general and etc. Psychology contributes much to the development of all sciences and especially medicine, criminology, sociology, law. Psychology already has a special position in contemporary medicine. In medical universities there are faculties, branches of psychology. Many renowned psychologists were at the same time renowned specialists of medicine and vice versa, e.g. Sigmund Freud, Dimitri Uznadze, Ivan Pavlov, etc.

other conditions - even if collectively - predetermine behavior of human beings and, subsequently, criminality².

We do share the opinion that human being is a biological and social being, but this formulation seems rather mistaken, since it lacks most essential thing, particularly that human is a soulful being. Without soul a human being would not be alive/biological, and moreover a social being, since human's life in society is what makes human a social being. Therefore given opinion on human being definitely requires to be improved. The reason for ignoring soulful nature of a human being while mentioning his/her biological and social aspects, can be explained by the fact that positive (experimental and empirical) science has always implied in its subject of scientific research a predetermined substance (factual category). Since a soul as such (factual category) could not be defined, science decided that soul belongs to an abstract category. Hence, scientific psychology which is also known as science of soul, defined its subject for scientific research only what is given *per se*, e.g. pleasure, annoyance, intention, imagination, thought, deliberation, all of which are simply called spiritual phenomena and emotional experiences and which are substantially different from what people implied from religious viewpoint³. The latter category of the soul, which from the viewpoints of skeptics does not fit into factual categories and belongs to extra-natural and metaphysical manifestation, was called "metaphysical psychology" and it remained within the scope of religions studies and realities of philosophy. Such attitude in science had its consequences. Empirical science was mainly developed and subsequently main focus of the science was made on studying those phenomena, which could be researched experimentally, aiming at growth of material welfare and comfort through maximally improving of environmental, social, economical and other conditions. Since the absence of these conditions and dissatisfaction of passions have always been and still is considered to be the main reason for criminality, therefore inability to solve the problem of the criminality is also related to the above factors.

It is true that environmental, social, economical and other conditions separately or collectively affect consciousness of a human being, but we cannot consider them as a final determining or conditioning factor of human being's action. Otherwise in similar conditions we would have people acting all alike and patterns, conditioning the actions, as well as the essence of criminality would have been familiar to us. Dissimilar behavior of human beings in similar

² The term "criminality" in present article is applied in general context and embraces all kinds of anti-social behavior, like - sin, offence, crime and etc.

³ D. Uznadze, Basis of Experimental Psychology, Vol. I, Tbilisi, 1925, p. 4.

conditions are explained by individuality of their inner nature. Humans differ by perception, will, thinking, temperament, emotion, types of set⁴ and other real/factual spiritual categories, which is the subject of scientific research of psychology. Reality has proved that science was unable to resolve the problem of criminality by implying given real/factual spiritual categories and by providing maximum material welfare, comfort, creating environmental, social, economical and other conditions. In other words, prevailing opinion that any crime is a result of interaction of a person and outside world has not proved to be valid. At the micro level it is proved by the fact that in those developed countries in which scientifically justified gold balance of interaction between a person and outside world has been maintained, rate of depression, facts of suicides have increased and problem of criminality, respectively, remains unresolved. This fact is also proved by examining the statistical data⁵ and at the micro level by facts of criminals coming from wealthy families.

Reality and in-depth exploration of the above topic brings us to the conclusion that the science shall consider the most important issue, which is related - firstly, the primary spiritual source of a human's individuality and the force which conditions his/her action and which has not been taken into consideration by science along with real/factual and predetermined spiritual categories; and secondly, the essence of the temporary life of a human being in the world. We believe that ignorance in relation to these issues are directly connected to all routine problems and *inter alia* to the essence of criminality. We consider that such an approach has no alternative, since exploration of only pattern and essence of criminality out of the whole context is both unjustifiable and infeasible.

The lack of knowledge about human as a soulful being and essence of temporary life in the environment of material well-being, the spiritual (psychic) condition of person, caused the conflict in mind on the essence of living, which led a human to the conclusion, that he/she is left without function in this temporary terrestrial life. A human being had left nothing to think or care about, since material comfort has been achieved and any further improvements in it seem irrelevant. Thinking about uniformity, monotonic rhythm, having no expectations to come etc., until the end of life, human being consciously or subconsciously fell into depression or, quite the contrary, on the basis of depression a charge of "active inner protest" against the given reality woke up

⁴ Types of human set relate to Theory of Set by famous Georgian psychologist Dimitri Uznadze. Knowledge of this theory, along with other values bears its importance with regard to teachers for upbringing pupils as it is considered the effective means for crime prevention in criminology.

⁵ We cited an example of Finland, due to its high rate of suicide and living conditions.

inside him/her. As it is known, deep depression often leads to suicide, whereas in cases of protests, caused by depression, in order to get rid of spleen, humans become prone to alcohol, drugs and etc. In order to purchase alcohol or narcotics people commit various types of major crimes, e.g. theft, larceny, robbery, murder; in some cases, in order to overcome moody disposition, they get involved in sexual violence, they steal cars/bicycles to get a ride, etc.

By examining the issue, we are convinced that criminality in environment, seeking material welfare has different motives as compared to criminality where material welfare is already achieved. As it is clear, in both cases there is missing what we call true knowledge of soul of human being and essence of temporary life.

If we acknowledge, that the science is a language of facts and the fact is something that can be established, then we should acknowledge that soul is a real/factual category, which could have always been and still can be established at any time on daily basis. The matter is what phenomenon is considered as fact and what fact is considered as an established one. In those times, when science denied soul as a real/factual category, it was unable to substantiate even theoretically non-existence of soul as not real/factual category. In addition, science spent lots of time to prove non-existence of thing, which did not exist for it anyway, namely God and soul. You would probably agree that there is no need to prove non-existence of things if such things do not exist anyway. Nevertheless, in-depth analysis of the opinions and findings of famous thinkers (Socrates, Aristotle, Plato, Decart, Galileo Galilei, Pascal, Sigmund Freud, Albert Einstein, Luis Pasteur, Max Plank, Kant, Montes- quieu, Jean-Jacques Rousseau, Hegel and others) shows that science is in full harmony with religion and it recognizes the doctrines of religion. Furthermore, science subsists on religion doctrine and confirms its truth at each stage of its development. In this respect, it is worth mentioning that endocriminology, which has been derived from the field of medicine - endocrinology, considers that correction of delinquents should be done through cognizance of a human's "I", shaping moral physics and inner culture, based on doctrines formulated in four Gospels⁶. Correct understanding of the above issues indisputable requires thorough knowledge of essence of soul, patterns, true meaning of spiritual life and essence of temporary existence.

Of course, we shall not provide the analysis of the history of medical criminology or detailed consideration of the treatises of the famous physician-criminologists and others, but we shall try to formulate the conceptual approach for right

⁶ S. Weor, *Fundamental Notions of Endocrinology and Criminology*, 2007, p. 60.

understanding of the key issues of criminological science, based on analysis of the patterns of soul diseases, relying on the doctrines of sciences and Christianity. Inclusion the Christian teaching is justified, since it will help us to avoid any biased deviations while reasoning the issues. Since the teachings based on the actual materials are of significance for scientific substantiation, we found sensible to quote also the explanations of Orthodox doctrine provided by Georgian churchmen of the most recent history; in the books written about them there are vast factual materials provided about existence and abilities of soul, as well as the essential knowledge necessary for spiritual life.

Taking into consideration that any crime in general is a sin - according to the Orthodox doctrine a sin is directly associated with an illness, and this opinion is shared by a good number of scientists, who also conclude that the crime is an illness - we regard that it would be reasonable to commence analysis of the issue of criminality with the consideration of the issues of soul and spiritual (psychic) diseases.

According to Georgian monk Giorgi Basiladze, “flesh is not alive without soul... sin is a matter, it never disappears. It is a negative, evil energy”⁷. Aristotle defined a soul as the sense of flesh, i.e. what makes flesh alive. Everything that happens in an alive being is a reflection of activities of the soul and thus provides description of spiritual manifestations (sensation, memory, imagination, thinking, feelings, will). Unlike Aristotle, Plato and Pythagoras considered a soul as an independent substance separate from flesh, which continues existence after a person dies⁸. Socrates, Hegel and many other thinkers and scientists made conclusions regarding the existence of the soul. According to a physiologist Ivan Pavlov, real/factual spiritual manifestations such as - joy, grief, spleen, anger, hate, thoughts, ability of thinking and judgment (each of them) are linked with certain cells of human brain and nerves. When flesh dies, all these feelings (emotional experiences) and thoughts, become sort of separated from dead brain cells and in compliance with general law, according to which no energy or matter disappears without leaving a trace, constitute the soul, immortal soul, existence of which is preached by Christianity⁹. In this regard, Austrian physician neuropathologist, psychiatrist and psychologist Sigmund Freud, whose main research subject was unconscious psychic processes and motivation,

⁷ A. Chagunava, L. Kolbaia, „kartveloba dzenia magram aucilebeli” (translation: “It is Hard but Necessary to be Georgian”), Tbilisi, 2008, p. 45, 128.

⁸ 1. C. Shields, “Aristotle: Critical Assessments”, Vol. 3, 1999, p. 3.; 2. J. Sallis, “Spacings of Reason and Imagination in Texts of Kant, Fichte, Hegel, p.136.; 3. <http://faculty.washington.edu/smcohen/320/psyche.htm> 12.09.2011; 4. <http://www.suite101.com/content/aristotles-definition-and-levels-of-soul-a101071> 12.09.2011.

⁹ www.faith.ge/index.php?newsid=27, 27.07.2010.

discovered that traumatic events, affective emotions, unfulfilled desires etc., do not disappear from psychic, but they are driven away from conscious to unconscious sphere, from where they continue to actively impact consciousness mostly in disguised, “coded” mode, in the form of neurotic symptoms. Freud considers these symptoms as the compromised psychic formations, as a result of a meeting of expelled aspirations with internal “censors” (defense mechanism) acting against them. Freud also sees the similar compromised formations in dreams, slip of the tongue, misspelling, crack jokes etc¹⁰. Hereto, we would like to mention rather interesting interpretation of monk Giorgi Basiladze, when he states that sometimes acts or unconscious and spontaneous deviations from the subject during the pre-arranged conversation, are caused by affection on soul by some forces from outer world. He cites some cases known from the history of famous persons’ life¹¹.

Nowadays technological development (Emotiv EPOC device) allows to fix and control signals, energy and vibration caused by human’s thinking¹². In addition, it has been proved by the scientists long ago that energy is a matter. Moreover, wavelike movement in physics is the basis of material phenomena and consequently, consideration of a soul (even as an energy) as a non-real/factual category should be regarded as unscientific approach, especially that we cannot cognize the matter in general the way it exists, because its specific properties - mass, density and gravity, are subjective¹³. Besides, there are several facts proving existence of unknown “energy”, which drives human intellect and actions¹⁴. In the everyday life, and especially in the life of the saints there are plenty of the abovementioned facts, describing incredible cases of cure and the phenomena, ability of which emotions and other spiritual manifestations, categories are completely lacking¹⁵.

¹⁰ Soviet Encyclopedia, Tbilisi, 1986, v. 10, p. 412.

¹¹ A. Chagunava, „dzala da tavisupleba“ (translation: “Strength and Freedom”), Tbilisi, 2008, p. 63.

¹² Visit <http://www.youtube.com/watch?v=40L3SGmcPDQ&feature=related>, <http://www.youtube.com/watch?v=7utG3NqhBoU>, 12.09.2011.

¹³ Priest Luka (Voyno-Yasenetsky), “mecniereba da religia, sul, samshvinveli da sxeli”, (translation: “Science and Religion, Soul, Spirit and Body”), Tbilisi, 2003, p. 36.

¹⁴ In this respect, the knowledge of essence of telepathy and psychokinesis - the phenomena of parapsychology, is interesting. The essence of Telepathy (in Greek τηλε, *tele* “distance”, and πάθη, *pathos* “sense”) comprises of the two features - the ability to cause vibration and movement. Based on these properties the sense causes vibration and the vibration has ability to move. Psychokinesis (in Greek ψυχή, *psyche* “mind, soul, heart or breath” and κίνησις, *kinesis* “movement”) indicates the ability of mind to influence human mind, time, space and energy through the laws of physics unknown in this world.

¹⁵ Despite the fact that there is no scientific expatiation for existence of supernatural events, such facts not only occur frequently in daily basis, but are used for different purposes. For example persons capable to see in distance are engaged in law-enforcement agencies. They are called psycho-witnesses and they can give precise description of a crime, address, number of criminals

Therefore, thought, intent, including intent to commit a crime etc. as the real/factual category of soul, manifestations of soul, is energy i.e. matter, alike to feeling (emotional experience), thought and etc., caused by sin and crime. According to the natural laws, substantiated scientifically, that neither energy nor matter disappear without leaving a trace, crime intent and feelings (emotional experiences), thoughts and etc., produced by crime as a negative, evil energy nests in the soul, and (when human being dies this energy continues to exist in the soul) causes mental illnesses - psychic disorder, clinical picture of which is seen in real/ factual categories of soul, such as grief, spleen, anger, hate, aggression etc. and which requires treatment.

It should be noted that the terms “intent”, “evil intent”, “malicious hooliganism”, “mental affect”, “legal beneficence” etc., are used in the countries of common, Romano-Germanic and mixed legal systems. Therefore, etymology of the real/factual manifestation of soul and its inclusion in the law is related to the issue of real existence of soul.

These issues logically lead to the necessity of being aware of least the issues, interesting for criminology, such as (1) how to cure human soul, diseased by crime; (2) where should a person get soul treatment, diseased by crime and who can take responsibility for such treatment, and (3) what is implied by the knowledge of soul curing.

To substantiate these issues, it is natural that we apply the Orthodox doctrine, since the patterns of sin are in direct relationship with criminality.

1. According to monk Giorgi Basiladze, “repentance burns the sin... a man feels relief and is cured... Neutralization of sin is only possible by mourning over the sin or through suffering and pain; if you fail to defeat the sin, you will not gain inner freedom; people leading secular life should keep the fast, which will help them to get purified, as the hunger burns the sins; fasting facilitates religious education, development of will, resoluteness and spiritual habits; the God requests repentance in return for sin, since repentance is the means, through

involved, their appearance and the weapon in their possessions. Besides, they can feel the pain of victim caused by criminal and etc. Information provided by psycho-witnesses makes police possible to arrest the criminals on site in red hand. Science is still far to explain laws of such events, like speaking absolutely on different and unknown languages after loss of consciousness, curing diseases as a result of praying, which had been considered incurable by medicine; animation of a dead person after several days from death, prophecy, chrism flowing and bleeding of Icons, and many other facts, which are numerous found and still occurring in Georgia (e.g. facts of curing by oil flowing from monk Gabriel Urgebadze’s grave, his non decayed blood; film about monk Gabriel Urgebadze’s life titled “Immortality of Soul”; published books on lives of monks Gabriel Urgebadze and Giorgi Basiladze, providing numerous factual information on existence of supernatural phenomena and etc.). However, the answers to the existence of such phenomena are found in the studies of Christian Orthodox Religion.

which a sinner can regain moral right to interrelate with the God. There is no sin, not to be covered by the God's overwhelming mercy"¹⁶. According to monk Gabriel Urgebadze, "cordial repentance means that sins confessed are never repeated after being forgiven. It means you hate the sin, expel it and you will never commit it again. If tears are added to cordial regret (repentance), it is the best. Tears purify the sins. All these relate to intentional sins. As for the unintentional sins, no one can avoid them and such sins should always be mentioned during the confession. Without repentance and modesty you will die rather than be blessed; you should be afraid of judgment of God, rather than of death, as the judgment occurs immediately and the soul feels what is to be expected"¹⁷.

The Orthodox studies cited above and consideration of the fact that feelings (emotional experiences), intent and etc., produced by crime, as a matter and energy do not disappear, remain in the soul and that the crime causes illness of soul, suggest that every mentally capable person gets into the condition of mentally ill person while committing a crime, which is called spiritual disease or in medical term "psychic disorder"¹⁸. From the first sight, one may suppose that unlike mentally ill person, the state of spiritual disease of a mentally capable person should not last long after the moment of crime is committed. However, it is not true. After committing a crime, according to logical or natural laws, mental state of a person cannot return to its initial condition (when there was no crime intent in the mind of mentally capable person) unless repenting sin or crime. Respectively, expiration of the term of sentence regardless whether the criminal is in jail or is released, cannot ensure his/her full rehabilitation, unless the diseased soul is cured. This is proved by the banal truism, that correction of a person does not imply flesh correction, and repentance of flesh, but treatment of psychics (which is a manifestation of the soul) - treatment of soul by regret, repentance. Therefore, unless the soul is cured, expiration of the term of sentence from the viewpoint achieving the goal of punishment, becomes senseless - a criminal cannot be regarded corrected, i.e. rehabilitated and as a result of such punishment, instead of full-fledged member of the society we get a criminal back into society. This issue is especially problematic, when dealing with sexual abusers, drug addicts, juvenile criminals etc., requiring intensive treatment of soul.

¹⁶ A. Chagunava, L. Kolbaia, „kartveloba dznelia, magram aucilebeli” (translation: “It is Hard but Necessary to be Georgian”), Tbilisi, 2008, p. 44-47, 179-180.

¹⁷ 1. M. Jinoria, „tkveni sicocxle chemi sicocxlea” (translation: “Your Life is my Life”), Tbilisi, 2009, p. 90.; 2. A. Mindiashvili, „es jvari tkvenamde sul sisxlit vatare” (translation: “I have Carried this Cross till You with Blood”), Tbilisi, 2008, p. 103-104, 111.

¹⁸ F. Dostoyevsky “Crime and Punishment” character - Raskolnikov, is a classical example of it.

By commission of crime a criminal not only inflicts his/her soul, but also inflicts others' souls, which means a concrete person, as well as, society, since the crime has its addressee, victim. For example, in case of verbal insult an insulter or sinner harming his/her soul incurs psychic trauma to another addressee - the victim. It is true that insulter is punished for this act, apologizes, reconciliates with victim and etc., but neither of these measures can ensure the full recovery of the diseased soul of victim, like serving of formal punishment cannot ensure full recovery of criminal's soul without repent. Besides, in terms of gravity and scale of crime committed (e.g. organized crime, trafficking, terrorism, genocide and etc.), psychic trauma can be inflicted to the group of persons, society and a country at macro level. Therefore, a victim as well as the criminal requires rehabilitation of soul in any case. For this reason, the issue of soul treatment is also acute for the branch of criminology - victimology, which explores the issues of victims of crime.

2. As it is known, in Criminal Justice System, correction, resocialization and rehabilitation of criminals is provided in penitentiary institutions and/or within the confines of post-penitentiary system. We are certain that only few people know the etymology and exact meaning of the term "penitence", which directly defines the primary purpose of penitentiary institutions. "Penitence" is a Greek word and its only meaning is "Regret, Repentance"; consequently, the "Penitentiary Institution" means the "Place of Repentance"¹⁹. As we can see the penitentiary institution, since the date of its establishment, was created to serve this primary purpose, where a criminal should repent his/her sin or crime, and that it is quite different from expiration of the term of punishment, or serving formal term of punishment.

The fact that Christian Orthodox doctrine and state policy fully coincide regarding the issue of correction of a criminal, proves again that the sin or crime, as a matter, is evil, negative energy, which does not disappear and causes disease of human soul, requiring treatment by regret, repentance.

The main thing is that penitentiary institution should serve and achieve the goal implied in its very name, for which purpose it is created.

As we have stated, treatment of the psychical illness were studied since the ancient times by physicians, especially the psychiatrists. Today though, the psychologists are also engaged in rehabilitation of the criminals, both, in the

¹⁹<http://www.metanoiaministries.org/Historical.html>;
<http://easydictionary.org/penitence.html>;
<http://oxforddictionaries.com/definition/penitentiary>;
<http://www.dictionarist.com/english-greek/penitence>.

penitentiary institutions and special medical and consultation institutions or centers. With respect of rehabilitation, their role implies primarily to assist criminals in cognition of their "I", which is related to formation of the moral psychics and internal culture. Taking into consideration that a human is a soulful being, these issues require from the psychologists and psychiatrists true knowledge of spiritual life. Otherwise, failure in achieving the goal of "Penitence" is guaranteed, since, as we have already mentioned above, expiration of the term of punishment, without healing the soul or repentance of crime, cannot ensure rehabilitation of criminal and will result in having criminal back into society. This clearly shows what a huge burden of responsibility is born by psychiatrists and psychologists, whose success depends on true spiritual knowledge.

Hence, it is logical to think that those, who undertake the mission of treatment of human's soul, should be at the high spiritual level themselves. According to the explanation of monk Giorgi Basiladze, "Lord has assigned priests as soul healers. Each human needs different key to the soul... the priest should have skills for spiritual vision and judgment..., any true priest is a saint..., therefore, seek for saints...; if a human has no grace, this he/she is spiritually dead. Saint Seraphim of Sarov said that the essence of the earthly life is to acquire the grace of Holy Spirit... some saints are bearers of the Holy Spirit, some, the greater ones are the vessel of Holy Spirit... and the greatest preacher is Christ the Lord"²⁰.

As we can see the essence of earthly life of a human is in acquiring the grace of Holy Spirit and the clergymen, having the spiritual vision are able to assist humans in acquiring it. According to Apostle Paul, the grace of Holy Spirit is a wise word, faith, talent of healing, talent of miracle-working, foretelling, differentiating of the spirits, differentiating of various languages (Corinthians 12, 4-14).

3. As we have noted above, endocriminology associates correction of delinquents with cognition of human's "I", formation of moral psychics and internal culture through studies given in four Gospels. It should also be noted that the term "culture" has many definitions, though according to the primary definition, the term "culture" means cultivation of soul. Direct meaning of internal culture of a human, is the spiritual state of person. Thus, Christian studies are extremely important, since the primary purpose of the churchmen is healing and saving human souls, which implies cognition of human's "I" and formation of moral psychics.

²⁰ A. Chagunava, L Kolbaia, „kartveloba dznelia, magram aucilebeli" (translation: "It is Hard but Necessary to be Georgian"), Tbilisi 2008, p.14, 27, 45, 48.

For adequate understanding of a person who commits a crime, the knowledge of human's "I" and his/her internal nature is of great theoretical and practical significance for criminology. As there are numerous psychological and sociological doctrines on this issue in criminology, we shall deal only with those ones, which criminology is not very well aware of, or is not familiar with at all. According to Interpretations of monk Gabriel Urgebadze, "individual is composed of the body, spirit and soul. The body has five properties: vision, hearing, smell, taste and tacton and has two instincts: self-preservation and reproduction. The spirit is what we breathe with. Similarly to animals and birds it includes the sense, feeling and desire. Lord placed the sense into the brain, feeling - into the heart and the desire into the body. The desires are led by the will, which has no organ. It is in the entire body. When we have some desire, it agitates entire body. Spirit wants to acquire knowledge and experience, foster this or that feeling. The immortal soul has three properties: fear of God, conscience and aspiration towards Lord and the animals and birds have none of this. Spirit is in the blood, though it is not blood. Prior to falling via sin, the spirit and body obeyed the soul and after collapse in sin, the ties with the soul were disconnected and the spirit subordinated to the body. Body makes the spirit do what it wants, but the spirit makes the body move and the soul makes it wise. The conscience is a little Lord. Lord gave conscience to humans because he wanted to save the people. Soul is a scientist and knows everything, this deals with the conscience, - it verifies what is good and bad. It is not accidental, that when a stranger passes at your side, sometimes you feel joy and and sometimes your heart throbs²¹".

In-depth knowledge of each aspect of the mentioned studies is of great importance for understanding human's psychological, biological and social "I". Because of great volume of these issues, we simply underline that the soul is something personal. Conscience, taking into consideration other categories, is what distinguishes the human from the other biological creatures and this explains why the latter are not held responsible for their "sins", deeds. In this respect, it is noteworthy to mention that there are facts about trials and punishments of animals and insects along with the humans in different European countries from the ancient times to 19th century, provided in the books of German and Russian lawyers F. Liszt and N. Tagantsev²² whereas no similar data are found throughout the history of Georgia. Moreover, in the Easter Epistle by

²¹ A. Mindiashvili, „es jvari tkvenamde sul sisxlit vatare” (translation: “I have Carried this Cross till You with Blood”), Tbilisi, 2008, p. 99-100.

²² Otar Gamkrelidze „danashaulis subieqti da piradi pasukhismgeblobis printsipi” (translation: “Subject of Crime and Principle of Personal Responsibility”) - The Essays on the History of Law and Political Thought, Book I, Tbilisi 2010, p. 221-224.

his Holiness and Beatitude, Catholicos Patriarch of All Georgia Ilia II, we read that the “Psalms of Repentance” of Georgian King, David the Builder’s (1089-1125) is the confession of the ruler of the country, who bears the personal sins and sins of the nation. People nowadays are spiritually so degraded that they cannot understand why the Holy King repents, which is the confirmation of the fight against the idol of himself²³. This fact reveals that even in those times there was high culture in Georgia, i.e. high spiritual level. In relation with the latter issue, it is interesting to know the steps of spiritual condition of human being. According to Orthodox studies, there are the following steps: I. sinner; II. human; III man of faith; IV nun or novice; V. monk, or person; VI. saint or individual. There are many spiritual steps beyond the mentioned ones²⁴. According to explanations of monk Gabriel Urgebadze “the last step is love, only love *id est* transfiguration of a human into the God and this is not mentioned in description of the steps of stair of spiritual condition by Great John of Sinai.²⁵”

Spiritual condition distinguishes the human from the “sinner” and this spiritual condition is distinguishing factor in all other steps. The step of “sinner” naturally does not mean what was meant by physician-criminologist Cesare Lombroso - existence of the born criminals. According to interpretations of monk Giorgi Basiladze, “human is not born as a murderer, he/she is formed as a murderer... the difference is in humanization of the sinner”.²⁶ “Laymen are required to follow Ten Commandments and this is their blessing and those, who have come to the monastery, are required to live according to Gospel and this is their blessing²⁷” - states monk Gabriel Urgebadze. Difference between a sinner and a human shows once more that ignorance about the true spiritual life is the reason for the crime. But the main thing is that failure to correct errors is even a greater sin. Lord the Saviour says: “There is no man who was blessed but has not sinned”. Irrespective of gravity, the most important thing is failure to repent a sin rather than committing a sin. Saint John the Baptist started his preaching with the words: “Repent, for the kingdom of heaven is at hand.” (Matthew, 3-2). He did not tell them how dared you to sin, but repent. Similarly Jesus in his first

²³ Easter Epistle, Tbilisi 1992, p. 14.

²⁴ A. Chagunava, „qartveloba dznelia, magram aucilebeli” (translation: “It is Hard but Necessary to be Georgian”), Tbilisi 2008, p. 63.

²⁵ Priest-novice, Kirion, Teaching of monk Gabriel „uchinoni da daparulni sibrdznisa shenisani gamomicxaden me” (translation: “Your Invisible and Covered Wisdom Disclose to Me”), Tbilisi 2009, p. 25-26.

²⁶ A. Chagunava, L. Kolbaia, „qartveloba dznelia, magram aucilebeli” (translation: “It is Hard but Necessary to be Georgian”), Tbilisi 2008, p. 63.

²⁷ M. Jinoria, „tkveni sicocxle chemi sicocxlea” (translation: “Your Life is my Life”), Tbilisi 2009, p. 106.

preaching appealed to the people: “Repent, for the kingdom of heaven is at hand (Matthew, 4,17)²⁸.

For this reason, repentance of sins, from the criminological perspective, should be regarded as the first action in crime prevention policy, as well as the last and most essential resort in criminal’s rehabilitation policy within the criminal justice system. Though, as we have mentioned, the latter does not mean that a human is guaranteed from committing a new sin or crime. Human nature, unable to resist life temptations, conditions a new sin. Repentance of each new sin should be an immediate con- current step to prevent adding another sin to the new one and to prevent it from acquiring a systemic nature, which is the basis for the new crime.

Though our analyses of the above issues were rather superficial, we shall attempt to formulate the following conclusions:

1. Crime inflicts disease on the soul of a human (both of a criminal and of a victim) that requires treatment; depending on the gravity of a crime a spiritual disease may comprise a group of people, the society and at the macro level even the population of a country.
2. Healing of the soul diseased as a consequence of a crime is achieved by regret and repentance;
3. Without repentance a formal serving of the punishment by a criminal cannot ensure healing of the ill soul (affected by crime), i.e. cannot ensure criminal’s rehabilitation;
4. In case of failure to repent in penitentiary institution, society will get back a criminal which has not been corrected;
5. Repentance is an effective means for crime prevention, resocialization and rehabilitation of a criminal (at the penitentiary and post-penitentiary stages), as well as prevention of repetition of a crime.

It is believed that cognition of the immortality of human soul, as a main objective of life, as it is mentioned by his Holiness and Beatitude, Catholicos Patriarch of All Georgia Ilia II²⁹ and cognition of essence of laws of temporary life would bring positive results in all aspects of life; it would contribute greatly to all branches of science in solving the problems they face; joint efforts of sciences, optimization of the doctrines, considering the knowledge of sciences and Holy Letters would ensure resolving of numerous issues and the understanding the essence of the plague - criminality; introduction of

²⁸ O. Nikoleishvili, Conversation of Father Gabriel I (2nd Edition), Tbilisi 2009, p. 88, 127.

²⁹ Easter Epistle, Tbilisi 1992, p. 7.

scientifically justified crime preventive and rehabilitative policies in life would ensure achievement of maximum results in crime prevention, rehabilitation and resocialization of criminals, as well as in criminal justice policy. We consider that such an approach is feasible as all sciences should serve the truth, study the laws of nature, which is the guarantee of success in any field.

Herein, we would like to mention briefly that until 1820 psychiatric assistance, as such, did not exist in Georgia. Persons with psychic disorder were “cured” by healers, monks, priests etc., and the first mental hospital in Caucasia, Tbilisi was established in 1820³⁰. It can be said that the first “Laboratory” of Criminology was already functioning in 1925, since there was a department of “Psychiatric Expertise and Scientific Research of Criminal’s Personality” on the basis of Tbilisi Psycho-Neurological Institute³¹.

We believe that in-depth examination of proposed conceptual aspects, regarding factual materials accumulated throughout the history of various countries and Georgia, as truly Orthodox country with rich spiritual life, studies and experiences of the Saints of the past and active Churchmen and sciences of various disciplines, would contribute greatly to scientific substantiation of the patterns of issues of criminality.

³⁰ E. Gobronidze, V. Iashvili, “Treatment of Psychic Diseases“, Scientific-Research Institute of Psychiatry, Vol. III, Tbilisi, 1950, p. 281.

³¹ G. Shengelaia, “Examining the Issues of Right of Criminal Law, Criminality and Criminals“, Contemporary Medicine, #9, Tbilisi, 1927, p. 456.

ტექ. რედაქტორი მიხეილ სარიშვილი
კორექტორი ფატიმა ხაზალია
მხატვარი გიორგი გაწერელია

ხელმოწერილია დასაბეჭდად 14.10.2011

www.gruni.edu.ge

გრ. რობაქიძის უნივერსიტეტის გამომცემლობა
თბილისი, ჯ. ბაგრატიონის 6