Verehrte Leserin, verehrter Leser!

Das Recht führt sein eigenes Leben. In einem demokratischen Land hat das Recht eine souveräne Stellung, es darf nicht politisch manipulierbar oder populistisch handhabbar sein. Das eigene Leben des Rechts spiegelt sich auch in der Rechtswissenschaft wider, deren souveräne Stellung keineswegs die Möglichkeit einschließt, als „Ding an sich" still und ungestört zu wirken. Eine der für die Entwicklung der Rechtswissenschaft unentbehrlichen Existenzformen ist die wissenschaftliche Kommunikation sowohl mit in- als auch ausländischen Kollegen. Die kritische Masse der estnischen Rechtswissenschaftler ist derart gering, dass der Versuch, sich lediglich auf inländische Kollegen zu stützen, die Entwicklung verkümmern lassen würde. Deswegen braucht die estnische Rechtswissenschaft für ihre Existenz Kontakte mit den ausländischen Kollegen wie Luft zum Atmen. Selbstverständlich mit keiner Absicht, wie ein Geselle alles Ausländische nachzuahmen, sodern weil die wissenschaftliche Kommunikation eine der wesentlichsten Existenzformen der Wissenschaft und somit notwendig für uns alle ist.

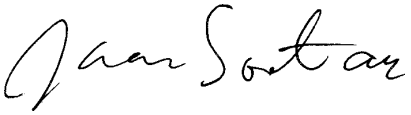
Diese Ausgabe umfasst überwiegend Beiträge, die auf Grundlage der auf der von 9.-13. Oktober 2002 in Tartu abgehaltenen internationalen Konferenz „Estnische Strafrechtsreform und neues Strafrecht im europäischen Vergleich" gehaltenen Vorträge geschrieben wurden. Die Beiträge sind meistens auf Deutsch, obwohl an der Konferenz Strafrechtswissenschaftler nicht nur aus Deutschland, sondern auch aus Finnland, Frankreich, Lettland und Schweden teilnahmen.

Die Stellung der estnischen Strafrechtswissenschaft in Europa wird wahrscheinlich am genauesten durch die Worte des Geschäftsführers der Deutschen Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit Dr. Matthias Weckerling bei der Eröffnung der Konferenz charakterisiert: „Estland und Tartu im Besonderen entwickeln sich dank der Initiativen der juristischen Fakultät der Universität Tartu und des Justizministeriums der Estnischen Republik immer mehr zu einem wichtigen Konferenzort für eine Bestandsaufnahme und Diskussion internationaler Entwicklungen auf verschiedenen Rechtsgebieten: ich erinnere nur an das Symposium zum Zivilrecht im September vergangenen Jahres, das ebenfalls den nationalen Reformprozess für internationale Diskussionen und Einflüsse in eindrucksvoller Weise geöffnet hat.

Ihre Offenheit für internationale, insbesondere europäische Einflüsse auf Ihr Rechtssystem ist im Bereich des Strafrechts umso bemerkenswerter als das Strafrecht ja bis vor nicht allzu langer Zeit, jedenfalls in materiell-rechtlichen Hinsicht, ausschliesslich als Domäne der nationalen Rechtsordnungen angesehen wurde.

Aber heute und morgen wird es wohl nicht so sehr um die strafrechtlichen Regelungen gehen, die sich auf die Europäische Union und ihre Intitutionen beziehen, sondern vor allem um Aspekte der Annäherung der einzelnen Strafrechtsordnungen aneinander, also um Strafrechtsharmonisierung – plakativ gesprochen: von der Konkurrenz zur Kongruenz nationaler Strafrechte …"

Aus der Konferenz wurden Publikationen und in dieser Form führt die kommunikative Rechtswissenschaft ihr Leben auf eine andere und beständigere Art und Weise weiter. Hoffentlich finden die Leser hierin so manches Interessantes, was zur Entwicklung der rechtswissenschaftlichen Gedankenführung beitragen sowie dadurch auch mithelfen wird, das Strafrecht präziser und somit gerechter zu gestalten.



Jaan Sootak

Professor für Strafrecht, Universität Tartu

Contents:

Hans Joachim Hirsch	Aktuelle Probleme rechtsstaatlicher Strafgesetzgebung	*4*
Jörg Arnold	Verbrechensbegriff und völkerstrafrechtliche Tatbestände im neuen StGB Estlands	*11*
Walter Gropp	Subjektiver Tatbestand, Schuld und subjektive Grundlagen der Verantwortlichkeit	*16*
Frieder Dünkel, Christine Morgenstern	Aktuelle Probleme und Reformfragen des Sanktionenrechts in Deutschland	*24*
Thomas Weigend	Europäisches Strafrecht – Legitimation und Zukunftsperspektiven	*36*
Christoph Flügge	Freiheitsstrafe und Gefängnissystem in Deutschland	*43*
Jaen Praedel	La réforme du droit pénal estonien dans le contexte des réformes pénales survenues en europe et spécialement en europe de l'est	*47*
Josef Zila	Strafrechtlicher Vorsatz: Die neuesten Entwicklungen in der schwedischen Wissenschaft und Praxis	*55*
Raimo Lahti	Über die neueste Strafrechtsentwicklung in Finnland	*62*
Uldis Krastiņš	Die Entwicklung der Strafgesetzgebung in der Republik Lettland	*69*
Jaan Sootak	Fahrlässigkeit im estnischen Strafrecht – eine dogmatische Figur in der Erneuerung	*73*
Priit Pikamäe	Der Begriff des Vorsatzes im Strafrecht und die psychologische Behandlung des Willens	*80*

Norman Aas	Massenmedien und die Strafrestaussetzung zur Bewährung: Empirische Untersuchung der massenmedialen Darstellung von der bedingt-vorfristigen Entlassung in Estland	*89*
Jüri Saar	Later Criminal Careers of Occupants of Juvenile Reformatory and Penal Institutions	*100*
René Värk	Personal Inviolability and Diplomatic Immunity in Respect of Serious Crimes	*110*
Raul Narits	Space and Time as Central Issues of Society's Perception of Law. Integral Link Between Law and Time and Space	*120*
Joachim Sanden	Methods of Interpreting the Constitution: Estonia's Way in an Increasingly Integrated Europe	*128*
Airi Andresson, Tim Kolk	The Role of Basic Rights in Environmental Protection. Basic Right to Environment de lege ferenda in the Estonian Constitution	*140*
Kristiina Albi	The Right to Use Minority Languages in the Public Sphere: Evaluation of Estonian Legislation in Light of the International Standards	*151*
Julia Laffranque	Dissenting Opinion and Judicial Independence	*162*
Nancy Maveety	Concurrence and the Study of Judicial Behavior in American Political Science	*173*
Hannes Veinla	Free Trade and the Precautionary Principle	*186*
Paul Varul	Debtor's Liability under Bankruptcy	*197*
Margus Kingisepp	Scope of Claim for Consequential Damage in Delict Law	*203*
Raul Narits	Deutsch-Estnische Rechtsfragen. N. von. Redecker (Hrsg.). Band 13. Studien des Instituts für Ostrecht München. Frankfurt am Main: Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2003. – 108 S.	*211*

Hans Joachim Hirsch

Professor emeritus
Kriminalwissenschaftliches Institut,
Universität zu Köln

Aktuelle Probleme rechtsstaatlicher Strafgesetzgebung

Die erfolgte estnische Strafrechtsreform ist Anlaß dieser Tagung. Ich möchte zu dem neuen Strafgesetzbuch aufrichtig gratulieren. Es ist eine wirklich bemerkenswerte Leistung, wenn sich ein Staat von der Größe Estlands aus eigener Kraft ein neues, eigenständiges Strafgesetzbuch erarbeitet. Kodifikationen des Strafrechts sind Wegmarken in der Entwicklung der Völker. Ich nenne nur die Carolina und den Code Napoleon. Das neue estnische Strafgesetzbuch markiert die Wende von einem kollektivistisch, repressiven Strafrecht zu einem das Individuum respektierenden humanen Strafrecht. Gleichzeitig ist es ein Symbol der wiedererlangten staatlichen Selbständigkeit.

1. Der Rechtsstaatsgedanke als Ausgangspunkt

Nach heutigem Verfassungsverständnis bedeutet Rechtsstaat allgemein die Ausübung staatlicher Macht auf der Grundlage von verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.[*1] Der Rechtsstaatsgedanke ist nicht nur im Verfassungsrecht verankert, sondern findet auch in Vorschriften der Strafgesetzbücher unter Teilaspekten besondere Erwähnung. So wird das Gesetzlichkeitsprinzip regelmäßig ausdrücklich hervorgehoben. Andere rechtsstaatliche Grundprinzipien wie der Tatgrundsatz und das Koinzidenzprinzip werden im Zusammenhang mit diese betreffenden Regelungen genannt. Einige Strafgesetzbücher erwähnen auch ausdrücklich den Schuldgrundsatz.

Betrachtet man in grundsätzlich rechtsstaatlichen Rechtsordnungen die Einhaltung der rechtsstaatlichen Erfordernisse bei den strafrechtlichen Einzelvorschriften, so fällt einem auf, daß die heutigen Gesetzgeber Schwierigkeiten haben, sie strikt zu wahren. Neue Erscheinungsformen und veränderte Bewertungen sozial abweichenden Verhaltens, vor allem aber die starke Zunahme der Kriminalität und das gestörte Sicherheitsgefühl der Gesellschaft veranlassen die Gesetzgeber dazu, fortwährend strafrechtlich tätig zu werden. Und die rechtsstaatlichen strafrechtlichen Grundprinzipien werden dabei leicht zum Problem. Der Schwerpunkt meiner Betrachtungen wird bei der neueren deutschen Strafgesetzgebung liegen.

[1] Näher zum Rechtsstaatsbegriff siehe Hirsch. Strafrechtliche Probleme. 1999, S. 115 ff.

2. Die wesentlichsten Problembereiche

2.1. Neue Tatbestäne

Ein weltweites Phänomen ist gegenwärtig die **Schaffung immer neuer Straftatbestände**. Es geht dabei um drei sich teilweise überschneidende Erscheinungsformen[*2]: Die einen betreffen Fälle in Bereichen, die durch den technischen und wissenschaftlichen Fortschritt neu entstanden sind, wie der Computertechnik, der Atomtechnik und der Gentechnologie. Eine zweite Gruppe hat Handlungsweisen zum Gegenstand, die zum Teil schon bisher im Ordnungswidrigkeitenrecht oder Nebenstrafrecht mit punitiven Sanktionen bedroht waren, aber durch einen Bewertungswandel stärker ins Blickfeld traten und mit der Aufnahme ins Strafgesetzbuch eine Aufwertung und Verschärfung sowie eine Ausdehnung, namentlich ins Vorfeld, erfahren haben. Hierher gehören vor allem das Umweltstrafrecht und das Wirtschaftsstrafrecht. Bei der dritten Gruppe schließlich geht es um Bereiche, in denen ein bereits strafbares Verhalten stark angestiegen ist und dieses **tatsächliche** Anwachsen der Delinquenz und ihrer Erscheinungsformen zu Vorverlegungen und Verschärfungen der Strafbarkeit Anlaß gegeben hat. Zu nennen sind die Drogenkriminalität und allgemein die Organisierte Kriminalität.

Die ständige Zunahme neuer Strafbestimmungen, zumal solcher, die Handlungen im Vorfeld von Schädigungen betreffen, hat in Deutschland und anderen Staaten eine Grundsatzdebatte darüber ausgelöst, ob die Strafgesetzgebung noch auf dem richtigen Wege ist. Man hat in bezug auf die heutige Situation bereits vom „unmöglichen Zustand" des Strafrechts gesprochen.[*3] Gegenüber der gegenwärtigen Entwicklung wird insbesondere eingewandt, daß sie den Rechtsgutsbegriff auflöse, eine dem Wesen des Strafrechts widersprechende Ausbreitung bloßer abstrakter Gefährlichkeitsdelikte im Strafrecht mit sich brächten und sich über den Subsidiaritätsgedanken hinwegsetzten.[*4]

Was den Rechtsgutsbegriff betrifft, geht es darum, daß immer neue ideelle Rechtsgüter genannt werden, die durch vorverlegte Straftaten verletzt sein sollen. So wird bei der Strafbestimmung des Subventionsbetrugs, die weder das Gelingen einer Irrtumserregung noch den Eintritt eines Vermögensschadens verlangt, in der Störung der Institution des staatlichen Subventionswesens eine Rechtsguts**verletzung** gesehen.[*5] Auf solche Weise werden Delikte, die bloße abstrakte Gefährlichkeitsdelikte – hier in bezug auf das Vermögen – sind, zu angeblichen Verletzungsdelikten aufgewertet und damit die Vorverlagerung der Strafbarkeit kaschiert.[*6]

Erkennt man aber, daß es sich in Wahrheit um bloße abstrakte Gefährlichkeitsdelikte handelt, erhebt sich die Frage, ob sie ins Kriminalstrafrecht gehören. Im deutschen Recht, das zwischen Strafrecht, bei dem es sich um Kriminalstrafrecht handeln soll, und Ordnungswidrigkeitenrecht abstuft, geht es darum, inwieweit für sie im Strafrecht Platz ist. Die meisten anderen Rechtsordnungen haben den Ordnungswidrigkeitenbereich als dritte strafrechtliche Deliktskategorie, nämlich den Übertretungen, im Strafrecht behalten. Dort handelt es sich um die Frage, unter welchen Voraussetzungen abstrakte Gefährlichkeitsdelikte bereits in die beiden darüber liegenden, nämlich die kriminalstrafrechtlichen Deliktskategorien (bei uns: Vergehen und Verbrechen) eingestuft werden dürfen. Hinter der aktuellen Einordnungsproblematik steht überall in der neueren Strafgesetzgebung außer der schon angesprochenen Tendenz, Vorfeldhandlungen strafrechtlich höher zu gewichten, das Bemühen, die Beweisanforderungen zu erleichtern. Geht es nur um die Anforderungen eines abstrakten Gefährlichkeitsdelikts, brauchen weder Schadenseintritt oder Kausalität noch der Verletzungsvorsatz nachgewiesen zu werden. Bei einem abstrakten Gefährlichkeitstatbestand sind auch die Voraussetzungen für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens geringer, da es eben nicht auf den Anfangsverdacht eines vorsätzlichen Verletzungsdelikts ankommt.

Sicherlich sind diejenigen Kritiker im Unrecht, die behaupten, daß oberhalb der Ordnungswidrigkeiten, Übertretungen oder Verwaltungsdelikte, also im Kriminalstrafrecht, abstrakte Gefährlichkeitstatbestände prinzipiell nichts zu suchen hätten, das Kriminalstrafrecht vielmehr seiner Natur nach auf Verletzungsdelikte beschränkt sei.[*7] Hoch- und Landesverratsdelikte, Brandstiftungs- und Rechtspflegedelikte zeigen nämlich, wie auch die Kritiker letztlich einräumen, daß es abstrakte Gefährlichkeitsdelikte schon immer im Kriminal-

---

[2] Siehe schon H. J. Hirsch. – H. J. Hirsch, Hofmanski, Plywaczewski, C. Roxin (Hrsg.). Neue Erscheinungsformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozeßrecht. 1996, S. 33.

[3] Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.). Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, und die dortigen Beiträge. Siehe ferner den von demselben Institut herausgegebenen Sammelband „Irrwege der Strafgesetzgebung", 1999.

[4] So insbesondere die von Hassemer angeführte „Frankfurter Richtung", vgl. Hassemer. – Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), 1992, S. 378 ff.; Hassemer. Neue Kriminalpolitik. 1989, S. 47 ff.; Hassemer. Produktverantwortung im modernen Strafrecht. 1994, S. 1 ff. Weitere Nachweise bei Hirsch (Fn. 2), S. 51 f.

[5] Siehe Schönke/Schröder. StGB. 26. Aufl. 2001, § 264 Rnr. 4; Tröndle/Fischer. StGB. 50. Aufl. 2001, § 264 Rnr. 3; auch OLG Karlsruhe, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1981, 1383; OLG Hamburg, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 1984, 218.

[6] Näher dazu Krüger. Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff. 2000, S. 20 ff, 119 ff.

[7] Bei jenen Kritikern handelt es sich um die „Frankfurter Richtung" (siehe oben Fn. 4).

strafrecht gegeben hat. Und entgegen der in Deutschland heute von der Frankfurter Richtung[*8] vertretenen Ansicht ist das Kriminalstrafrecht nicht auf diese traditionellen Bereiche ein für allemal beschränkt, sondern es ist wie die gesamte Rechtsordnung für neuere Entwicklungen offen. An der heutigen Gesetzgebung ist jedoch die Bedenkenlosigkeit fragwürdig, mit der immer neue abstrakte Gefährlichkeitstatbestände im Kriminalstrafrecht geschaffen werden. So ist das Bestreben, die Beweisanforderungen zu vereinfachen, kein ausreichender Grund, die Strafbarkeit auszudehnen oder zu verschärfen[*9]; denn die Strafbarkeit und deren Einstufung haben sich ausschließlich nach der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit einer **Tat** zu richten.

Aber auch die Einschätzung der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit steht nicht im freien Belieben des Gesetzgebers. Vielmehr ist in allen Rechtsordnungen festzustellen, daß der Bereich der Ordnungswidrigkeiten oder Übertretungen der typische Standort der abstrakten Gefährlichkeitstatbestände ist. Infolgedessen müssen es besondere Gründe des betreffenden Unrechts sein, die eine ausnahmsweise Einordnung im Kriminalstrafrecht sachlich legitimieren. Dabei geht es namentlich um das Ausmaß des drohenden Schadens und die Höhe des betreffenden Risikos. Es muß also rational erklärbar sein, warum das betreffende Verhalten ausnahmsweise aus dem Ordnungswidrigkeiten- oder Übertretungsbereich herausgenommen und dem Kriminalstrafrecht zugewiesen wird.

Das rechtsstaatliche Grundprinzip, das dabei eine Rolle spielt, ist das **Verhältnismäßigkeitsprinzip**. Tat, rechtliche Einstufung und Sanktion müssen in angemessenem Verhältnis zueinander stehen.[*10]

Einen Unterfall des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bildet das *ultima ratio*- oder **Subsidiaritäts-Prinzip.** Dabei geht es bekanntlich um den Gedanken, daß eine Strafvorschrift erst dann geschaffen werden soll, wenn die Möglichkeiten, die betreffenden Verhaltensweisen bereits in anderen, weniger repressiven Rechtsgebieten angemessen zu regeln, ausgeschöpft sind. Das *ultima ratio*-Prinzip ist bei der gegenwärtigen Inflation der Strafgesetzgebung am meisten aus dem Blick gekommen. Taucht in der Gesellschaft ein echter oder auch nur vermeintlicher Mißstand auf, wird heute sogleich der Ruf nach dem Strafgesetzgeber erhoben. Und für die politischen Organe ist die Strafgesetzgebung der schnellste und kostengünstigste Weg, um zu beweisen, daß man etwas tut, um die Bevölkerung zu schützen. Ob eine Strafvorschrift ein unbedingt notwendiges oder überhaupt geeignetes Mittel zur Lösung des jeweiligen Problems ist, wird kaum noch gestellt. Die Folge ist, daß viele neue Strafvorschriften den betreffenden Mißstand nicht einzudämmen vermögen oder von den Strafverfolgungsorganen nur sehr zurückhaltend gehandhabt werden. Mißlich sind auch gewisse Fälle der nur symbolischen Strafgesetzgebung, nämlich diejenigen, bei denen dem Gesetzgeber von vornherein klar ist, daß sie praktisch kaum Bedeutung haben werden und nur ein gesellschaftspolitisches Zeichen setzen sollen. Beispiele hierfür bilden im deutschen Recht die kürzliche Einführung der Strafbarkeit des Versuchs der leichten Körperverletzung und die Einführung eines Katalogs von Strafvorschriften im Bereich der Gentechnologie.[*11] Gerade bei diesen letztgenannten Vorschriften erhebt sich nachdrücklich die Frage, inwieweit das Strafrecht berufen und in der Lage ist, die Grenzen der wissenschaftlichen Forschung zu markieren und unmittelbar zu überwachen.

Im Hinblick auf die fortschreitende Entwicklung des Verfassungsrechts ist zu hoffen, daß das *ultima ratio*-Prinzip in Zukunft wieder stärker Beachtung finden wird. Da die Strafdrohung die schwerste Sanktion im Katalog der in der Rechtsordnung vorgesehenen Rechtsfolgen darstellt, ergibt sich rechtsstaatlich zwingend, daß der Gesetzgeber auf sie nur zurückgreifen darf, wenn alle anderen zulässigen staatlichen Mittel keine Lösung bieten.

Unabhängig vom Verfassungsrecht erhebt sich die Frage, ob sich nicht unmittelbar aus dem vorgenannten Wesen des Strafrechts bereits eine Begrenzung unter dem Gesichtspunkt des *ultima ratio*-Prinzips und damit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ergibt. Bestrebungen, die Begrenzung mit Hilfe eines angeblich **vorgegebenen** Rechtsgutsbegriffs zu erreichen, haben sich dagegen als wenig brauchbar erwiesen.[*12]

---

[8] Vgl. Fn. 4.

[9] Darauf weist auch Hassemer. – ZRP 1992, S. 378, 381 hin.

[10] Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat sich zwar bisher bei der Anwendung des aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf das Strafrecht Zurückhaltung auferlegt. Es verlangt bisher sowohl unter dem Aspekt des Übermaßverbots als auch dem der Erforderlichkeit, daß die betroffenen Interessen der grundrechtsgeschützten Personen gegenüber den mit dem staatlichen Eingriff verfolgten Belangen „ersichtlich wesentlich schwerer wiegen"; vgl. BVerfGE 44, 353, 373. Ein Verfassungsverstoß würde deshalb nach der bisherigen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts erst dann vorliegen, wenn der Gesetzgeber ein nach Art oder Maß **schlechthin unangemessenes Mittel** zur Erreichung des erstrebten Zwecks wählt; vgl. BVerfGE 90, 145, 173. Näher dazu Krüger (Fn. 6), S. 89 ff, sowie Lagodny. Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. 1996, S. 216 ff., 536 ff. Die Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts ist wohl damit zu erklären, daß die Auswirkungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf das Strafrecht erst in jüngerer Zeit stärker in den Blick gekommen und noch wenig vertieft sind.

[11] Zu letzterem siehe das deutsche Embryonenschutzgesetz (ESchG) vom 13.12.1990, BGBl. I S. 2746 ff.

[12] Näher darüber *M. Krüger* (Fn. 6), S. 62 ff.

2.2. Lückenlose Strafbestimmungen?

Eine zweite allgemeine Problematik heutiger Strafgesetzgebung bildet das Bestreben, **absolut lückenlose Strafbestimmungen** zu schaffen. In Diktaturen hatte man zu diesem Zweck auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgegriffen, so beispielsweise im Faschismus auf das „gesunde Volksempfinden" und im Kommunismus auf die „Gesellschaftliche Gefährlichkeit". Im Rechtsstaat scheidet der strafbegründende Rückgriff auf solche Allgemeinbegriffe aus. Das im Satz „*Nullum crimen sine lege*" enthaltene Bestimmheitsgebot verlangt, daß das strafbare Verhalten im Gesetz **beschrieben** wird. Sehr bedenklich ist nun aber eine Entwicklung, wie sie in der deutschen Strafgesetzgebung zu beachten ist: die Einführung einer Kategorie „Besonders schwere Fälle" neben der herkömmlichen Kategorie der qualifizierten Tatbestände.

Die zunächst nur sehr selten im deutschen StGB auftauchenden „Besonders schweren Fälle" haben sich seit dem 1. Strafrechtsreformgesetz von 1969 geradezu wie ein Ölfleck über das Gesetzbuch ausgeweitet. Man meinte und meint noch, der Rechtsstaatlichkeit sei damit, daß man sie mit Regelbeispielen verbindet, Genüge getan. Zunehmend ging man dazu über, bisherige qualifizierte Tatbestände in „Besonders schwere Fälle mit Regelbeispielen" umzuwandeln.*[13] Im Vorentwurf von 1997 zum 6. Strafrechtsreformgesetz ging das so weit, daß fast alle nicht in einem Todeserfolg bestehenden Qualifizierungen in solche Besonders schweren Fälle umgewandelt werden sollten. Das ist nur durch eine Intervention von Wissenschaftlern verhindert worden.*[14] Aber auch so ist die Anzahl der Strafbestimmungen mit Besonders schweren Fällen heute groß.

Ein Vorteil dieser Gesetzgebungstechnik ist sicherlich, daß Lücken und Friktionen, die sich nach einiger Zeit in Katalogen qualifizierter Tatbestände einstellen können, vorgebeugt wird. Auch besteht die Möglichkeit, daß man einen konkreten Fall, der an sich ein Regelbeispiel erfüllt, mit der Begründung, er habe gleichwohl nicht das Gewicht eines Besonders schweren Falles, aus der Strafschärfung heraushalten kann.

Aber dies alles ändert nichts daran, daß der Satz „*Nullum crimen sine lege*" tangiert ist. Man kann diesen nicht dadurch umgehen, daß man so tut, als handele es sich nur um Strafzumessungsfragen.*[15] Es geht vielmehr bei den die Besonders schweren Fälle konstituierenden Merkmalen sachlich durchweg um unrechtserhöhende Tatumstände, wie auch die Regelbeispiele zeigen.

Zudem wird die Verfehltheit des Arguments, daß eine größere Flexibilität, als sie bei qualifizierten Tatbeständen möglich ist, notwendig sei, sofort bei einem Vergleich mit den Grundtatbeständen deutlich. Auch dort ergeben sich im Laufe der Zeit Lücken und Wertungswiderspüche an den Rändern. Es hat sich aber noch niemand zu dem im Gegensatz zu den strafrechtlichen Grundlagen stehenden Gedanken verstiegen, sie in bloße Regelbeispiele umzuwandeln.*[16]

Ausländische Gesetzgeber werden deshalb gut daran tun, die Kategorie der „Besonders schweren Fälle" des deutschen StGB nicht zu übernehmen.

2.3. Das Schuldprinzip

Auch das **Schuldprinzip** behält der heutige Gesetzgeber nicht immer im Blick. In Deutschland leitet das Bundesverfassungsgericht es aus dem Rechtsstaatsprinzip der Verfassung ab und verleiht ihm damit verfassungsrechtliche Garantien.*[17] Sachlich folgt die Notwendigkeit seiner Beachtung daraus, daß es im Strafrecht nicht lediglich um Schadensausgleich, sondern um die persönliche Ahndung von Handlungen oder Unterlassungen geht. Eine Ahndung hat jedoch zur Voraussetzung, daß die betreffende Person das inkriminierte Verhalten individuell vermeiden konnte.

Begeht jemand eine Tat alkohol- oder drogenbedingt in einem seine **Schuldfähigkeit ausschließenden Rausch**, ist nach deutschem Recht und dem vieler anderer Rechtsordnungen eine Bestrafung aus der im Rausch verwirklichten Strafbestimmung ausgeschlossen, es sei denn, daß ein Fall der sogenannten actio libera in causa vorliegt. Um dadurch keine Strafbarkeitslücke entstehen zu lassen, gibt es noch einen praktisch wichtigen Vergehenstatbestand des Vollrauschs (§ 323a dtsch. StGB).

In neuerer Zeit finden sich in Deutschland Stimmen, das aus den Strafgesetzbüchern einiger anderer Staaten, insbesondere des ehemaligen Ostblocks, bekannte Modell zu übernehmen, wonach die vermeidbare Herbei-

[13] Seit dem 1. StrRG von 1969. Das Hauptbeispiel bildet § 243 dtsch. StGB (Schwerer Diebstahl).

[14] Vgl. den Bericht von Freun. – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 1997 (109), S. 455, 470 f.

[15] So aber die herrschende Meinung mit Rücksicht auf eine derartige, sich aus § 12 Abs. 3 dtsch. StGB ergebende Vorstellung des Gesetzgebers. Kritisch gegenüber der Rechtsfigur insbesondere Calliess. – NJW, 1998, S. 929 ff.; Zieschang. Jura. 1999, S. 561 ff.; H. J. Hirsch. Festschrift für Gössel. 2002, S. 287 ff.

[16] Im übrigen ist bemerkenswert, daß bei der Handhabung der Vorschriften für Besonders schwere Fälle durch die Praxis die Subsumtion unter Regelbeispiele ganz im Vordergrund steht, während die nur auf die Generalklausel gestützten Fälle praktisch nur geringe Bedeutung habén, vgl. den Tagungsbericht von Dietmeier. – ZStW 1998 (110), S. 393, 409.

[17] BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 286; 27, 18, 29; 45, 187, 259 f.

führung der rauschbedingten Schuldunfähigkeit genügen soll, um die Tatschuld hinsichtlich der im Rausch begangenen Tat zu bejahen.*[18] Das heißt, daß allein der Umstand des vermeidbaren Sichberauschens genügen soll, um wegen vorsätzlicher Tötung bestraft zu werden, wenn beispielsweise jemand im Zustand der rauschbedingten Schuldunfähigkeit eine vorsätzliche Tötung begeht. Ob eine solche Regelung in den Staaten, in denen sie gilt, generalpräventiv in bezug auf exzessiven Alkoholgenuß wirkt, vermag ich nicht zu beurteilen. Mit dem Schuldgrundsatz gerät sie aber wegen des diesem inhärenten Koinzidenzprinzips in Konflikt. Werden Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht im Zustand der Schuldfähigkeit vom Täter gebildet, ist es bloßes Schicksal, welches von beiden subjektiven Merkmalen erfüllt ist. Zu bestrafen ist aber eben nicht die schicksalhafte Erfolgsverwirklichung, sondern die auf Tatschuld beruhende.*[19]

Ein anderer Problembereich, in dem heute die Schuldfrage ins Blickfeld tritt, bildet die zunehmende **Jugendkriminalität**. Es wird die Frage aufgeworfen, ob nicht die Strafmündigkeit früher beginnen muß. In Deutschland liegt sie bei 14 Jahren (§19 dtsch. StGB).

In den USA und England wird sie unter dem Eindruck des starken Ansteigens der Jugenddelinquenz vielfach schon auf Kinder ausgedehnt. Im allgemeinen liegt das Mindestalter dort heute bei 10 Jahren, in einigen Staaten der USA sogar bei 9 Jahren, und die Herabsetzung auf 8 Jahre hat schon die Gerichte beschäftigt.*[20] Auch in Deutschland ist von politischer Seite eine Strafmündigkeit ab 12 Jahren gefordert worden.*[21] Mit dem Schuldprinzip, für das der geistige Reifegrad eines Menschen eine große Rolle spielt, läßt sich dies aber nicht in Einklang bringen, und man fragt sich darüber hinaus, ob eine solche auf Kosten rechtsstaatlicher Vorstellungen gehende Strafgesetzgebung Vorteile für die Kriminalitätsbekämpfung haben kann. Intensive außerstrafrechtliche Erziehungsmaßregeln, auch stationäre, gegenüber den betreffenden Kindern und Strafsanktionen gegen Eltern, die ihre Erziehungspflichten schuldhaft gröblich verletzen, dürften der sinnvollere Weg sein.

2.4. Tatstrafrecht

Probleme bereitet dem an sich rechtsstaatlichen Strafgesetzgeber in einigen Staaten, darunter auch Deutschland, nach wie vor die Einhaltung des **Tatstrafrechtsprinzips**. Also jenes Prinzips, das eine objektive Tat verlangt und ein Gesinnungs-, Willens- oder Täterstrafrecht als rechtsstaatlich nicht akzeptabel ansieht. In den meisten Strafgesetzbüchern wird es nicht für sich allein, sondern im Zusammenhang mit anderen Prinzipien, so dem Gesetzlichkeitsprinzip, und der häufigen Verwendung des Wortes „Tat“ im Allgemeinen Teil zum Ausdruck gebracht.

Im deutschen StGB findet sich nun seit der Reform von 1975 eine Regelung des Versuchs, aus der sich ergibt, daß die Väter des Gesetzes von der subjektiven Versuchstheorie ausgegangen sind und dementsprechend bei untauglichem Versuch nur eine Privilegierung vorsehen wollen, und das auch nur in Fällen groben Unverstands.*[22] Diese Versuchstheorie, nach der für die Tatbestandsmäßigkeit des Versuchs ausreichend ist, daß der Handelnde den Tatentschluß durch eine Handlung betätigt, die auf der Grundlage seiner Vorstellung unmittelbar auf die Verwirklichung eines Strafbestandes gerichtet ist, geht in der deutschen Rechtsprechung bis auf die Anfänge des Reichsgerichts zurück.*[23] Die Herausarbeitung subjektiver Unrechtselemente durch die moderne Strafrechtsdogmatik hat begünstigt, daß die subjektive Theorie auch im deutschen Schrifttum nach langen wissenschaftlichen Auseinandersetzungen zunächst Fuß fassen konnte. Sie entspricht überdies dem gegenwärtigen Siegeszug der Präventionstheorien, weil sie die Strafbarkeit schon bei der unmittelbaren Betätigung des bösen Willens beginnen läßt, ohne daß es auf den objektiven Unrechtsgehalt dieser Betätigung ankommt. Inzwischen wird jedoch in der Wissenschaft zunehmend erkannt, daß die subjektive Theorie zu weit geht.*[24] So sehen es auch die meisten anderen Rechtsordnungen, etwa Frankreichs, Italiens, Japans und Spaniens.

---

[18] So etwa Hruschka. – Juristenzeitung (JZ), 1996, S. 64, 69, 72.

[19] Inzwischen gibt es in Deutschland eine Gesetzesinitiative des Bundesrates, die zwar nicht jenen Tendenzen folgen, aber den Vollrauschtatbestand erheblich verschärfen soll. Sie geht auf den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches (§ 323 a StGB) – Strafschärfung bei Rauschtaten“ des Bundeslandes Berlin vom Februar 1997 zurück, vgl. Bundestagsdrucksache (BR-Drucks), 123/97. Indem man dort die Höchststrafe von bisher fünf Jahren auf zehn Jahre anheben will, würde man jedoch die Grenze schuldangemessener Strafe überschreiten.

[20] Vgl. zu den USA die Angaben im Landesbericht von Teske (Huntsville/Texas). – Hirsch (Hrsg.). Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften? 2001, S. 111, 114 f. Zu England siehe Crofts. – ZStW 1999 (111), S. 728 ff.

[21] Siehe die Presseerklärung eines CDU-Bundestagsabgeordneten vom 12.9.1996. – Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e.v (DVJJ), 1996, S. 316 f.

[22] Siehe § 23 Abs. 3 dtsch. StGB.

[23] Siehe RGSt. 1, 439, 441; 8, 198, 203. Die seitherige ständige Rechtsprechung stand bis Anfang der 30er Jahre des vergangenen Jahrhunderts in Gegensatz zur herrschenden Schrifttumsmeinung. Näher dazu Hirsch. Festschrift für Roxin. 2001, S. 711 ff.

[24] Näher dazu *Weigend*. – Hirsch, Weigend (Hrsg.). Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 113, 122 f.; Hirsch (Fn. 23), S. 714 f. m. w. N.

2.5. Straffähigkeit juristischer Personen

Ein sehr aktuelles Problem für die heutige Strafgesetzgebung bildet die **Straffähigkeit juristischer Personen**. Bekanntlich hat man sie über lange Zeit in allen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen abgelehnt, während sie in den angelsächsischen Rechtsordnungen bejaht wird. Die Ablehnung wurde und wird damit begründet, daß juristische Personen nicht selbst handlungsfähig und schuldfähig, außerdem nicht strafempfänglich seien.

Inzwischen ist angesichts der Rolle, die zunehmend Wirtschaftsunternehmen im Kriminalitätsgeschehen – etwa in der Unweltdelinquenz und der Organisierten Kriminalität – spielen, die Forderung immer lauter geworden, sie auch im kontinentaleuropäischen Recht für straffähig zu erklären. Mehrere Staaten sind dem bereits gefolgt. Ich nenne nur Frankreich, Finnland, die Niederlande und jetzt auch Estland.

Bei der Straffähigkeit von juristischen Personen geht es um Fragen der theoretischen Möglichkeit und der praktischen Notwendigkeit. Bejaht man beides, so sind aber die Tendenzen zu kritisieren, die Voraussetzungen der Strafbarkeit von juristischen Personen derart zu verkürzen, daß kein Unterschied zwischen zivilrechtlicher Haftung und strafrechtlicher Verantwortlichkeit mehr besteht. Strafrechtliche Verantwortlichkeit erfordert insbesondere konkrete Vermeidbarkeit für die Korporation als Gesamtheit. Die rechtsstaatliche Problematik liegt deshalb meines Erachtens weniger bei der Frage einer grundsätzlichen Möglichkeit der Straffähigkeit von Korporationen als bei der inhaltlichen Ausgestaltung der betreffenden Vorschriften.[*25]

2.6. Verschärfung der Strafdrohungen

Die gegenwärtige Kriminalitätsentwicklung veranlaßt die Gesetzgeber dazu, einen Teil der **Strafdrohungen zu verschärfen**. In Deutschland ging es dabei insbesondere um die Körperverletzungsdelikte. So ist beispielsweise die Obergrenze der Strafdrohung des Tatbestands der Gefährlichen Körperverletzung (§ 224 dtsch. StGB)[*26], das heißt der Körperverletzung mit einem gefährlichen Tatmittel, im Jahre 1998 von fünf auf zehn Jahre Freiheitsstrafe verdoppelt worden.[*27]

Es erhebt sich jeweils nach den nationalen Wertmaßstäben die Frage, ob so hohe Strafdrohungen noch tatschuldangemessen sind. Das Schuldprinzip, auf das im vorhergehenden schon im Zusammenhang mit den Straftatvoraussetzungen einzugehen war, tritt hier jetzt hinsichtlich der Strafe als Rechtsfolge der Tat in den Blick. Es entspricht rechtsstaatlichen Anforderungen und wird in § 46 dtsch. StGB auch ausdrücklich für die konkrete Strafzumessung bestimmt, daß die Übelszufügung durch die Strafe nicht das Ausmaß der Tatschuld überschreiten darf.

Nun sieht die deutsche Realität allerdings so aus, daß diese hohen Strafrahmen im oberen Bereich gar nicht in der Praxis zur Anwendung kommen. Daß jemand wegen einer Gefährlichen Körperverletzung mit 10 Jahren Freiheitsstrafe bestraft wird, ist kaum vorstellbar. Dies um so weniger, als es sich um ein Delikt handelt, das bis vor wenigen Jahren noch ein Privatklagedelikt gewesen ist.[*28]

Juristisch ist dieser Zustand aber in hohem Maße unbefriedigend. Strafdrohungen sollten sowohl schuldangemessen, als auch ernsthaft gewollt sein. Auch erhebt sich die Frage, ob die Weite solcher Strafdrohungen – im erwähnten Fall der Strafbestimmung über die Gefährliche Körperverletzung von sechs Monaten bis zu zehn Jahren – dem Satz „Nulla poena sine lege“ entspricht. Der Richter wird hier ein Ermessensbereich eingeräumt, bei dem von einer hinreichenden Bestimmheit der Strafdrohung nicht mehr die Rede sein kann.

2.7. Materielles Strafrecht und Prozeßbrecht

Als letzte Problematik heutiger Strafgesetzgebung möchte ich **die Korrektur des materiellen Strafrechts durch das Prozeßrecht** ansprechen.

Daß die gesetzlichen Tatbestände sprachlich nicht so durch Tatumstände beschrieben werden können, daß strafrechtlich irrelevante Bagatellfälle von vornherein außerhalb des Wortlauts bleiben, ist eine durch alle Strafgesetzbücher belegte Beobachtung. Die nationalen Gesetzgeber lösen diese Schwierigkeit zumeist in der Weise, daß sie eine Ausnahme vom verfahrensrechtlichen Legalitätsprinzip in Fällen von Geringfügigkeit vorsehen. Einige Staaten, so insbesondere Polen[*29], sind auch um eine materiellrechtliche Lösung bemüht,

[25] So nachdrücklich Hirsch, ZStW 107 (1995), 285, 312 ff.

[26] Bis zum Jahre 1998 war das § 223a dtsch. StGB.

[27] Privatklagedelikt im Sinne der in §§ 374 ff. dtsch. StPO geregelten besonderen strafprozessualen Verfahrensart.

[28] Durch das 6. StrRG von 1998.

[29] Art. 1 § 2 poln. StGB.

indem sie mit Hilfe der Generalklausel „geringfügige Sozialschädlichkeit" das Bagatellunrecht schon aus der Tatbestandsmäßigkeit ausgrenzen wollen. Welche Lösung man auch wählt, jedenfalls ist heute selbstverständlich, daß dem Satz „Minima non curat praetor" Rechnung zu tragen ist.

Kritisch werden hier die Dinge, sobald ein Gesetzgeber das Legalitätsprinzip über den Bagatellbereich hinaus einschränkt und dazu Regelungen trifft, die an Geldbußen geknüpfte Opportunitätseinstellungen auch bei **mittlerer** Kriminalität eröffnen. § 153a Abs. 1 Nr. 2 dtsch. StPO bestimmt für Vergehen, daß die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts und des Beschuldigten von der Anklage absehen kann, wenn die Zahlung eines Geldbetrags an eine gemeinnützige Einrichtung oder die Staatskasse geeignet ist, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen und dem die Schwere der Schuld nicht entgegensteht.

Diese Vorschrift hat inzwischen in der deutschen Strafrechtspflege sehr große Bedeutung erlangt. Mehr als 49% der Verfahren wegen Vergehen werden durch Opportunitätseinstellungen erledigt, wobei die Einstellungen nach § 153a StPO einen großen Anteil bilden.[*30] Die extensive Handhabung wird dadurch begünstigt, daß es keine Rechtsbehelfe gegen derartige Einstellungen gibt, sie also keiner Kontrolle unterliegen. Infolgedessen können die für die Einstellungsbeschlüsse zuständigen Rechtspflegeorgane selbst definieren, ob sie im konkreten Fall ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung verneinen wollen.

Begründet wird die Existenz des § 153a Abs. 1 Nr. 2 dtsch.StPO damit, daß nur durch die von ihm ermöglichten Opportunitätseinstellungen die Funktionsfähigkeit der Strafjustiz gewährleistet werden könne. Die Flut der Straftaten würde andernfalls bewirken, daß für die Verfolgung der schweren Kriminalität keine ausreichenden personellen Ressourcen verfügbar wären.[*31]

Die Folge des § 153a dtsch. StPO ist ein unerträglicher Machtzuwachs der Staatsanwaltschaften. Es steht praktisch in ihrem Belieben, ob bei leichter und mittlerer Kriminalität Anklage erhoben wird. Die richterliche Zustimmung wird in der Praxis routinemäßig erteilt. Und die hohen Geldbeträge, an welche die Opportunitätseinstellungen geknüpft werden, sind im Ergebnis punitive Sanktionen. Die Staatsanwälte nehmen daher de facto quasirichterliche Funktionen wahr, und die verhängten Sanktionen setzen in der Praxis nicht einmal den Nachweis der Straftat voraus.

Ob die 1975 geschaffene und 1993 auf den jetzigen weiten Anwendungsbereich ausgedehnte Vorschrift rechtsstaatlichen Maßstäben entspricht, muß ernsthaft bezweifelt werden. Sie empfiehlt sich jedoch keinesfalls zur Nachahmung.

3. Zusammenfassung

Bei dem größten Teil der im vorhergehenden aufgezählten Probleme, die sich auch noch um einige andere wie etwa die Kronzeugenregelung erweitern ließen, bilden die starke Zunahme der Kriminalität, die Organisierte Kriminalität und das gestörte Sicherheitsgefühl der Bevölkerung den Hintergrund. Sie vor allem veranlassen den heutigen Gesetzgeber zur Ausweitung und Verschärfung des Strafrechts. Dieser Aktionismus des Strafgesetzgebers ist jedoch vielfach nur ein Alibi, mit dem der Eindruck vermittelt wird, es werde alles Notwendige zur Eindämmung getan, während in Wahrheit gegenüber den eigentlichen Entstehungsgründen der Kriminalität wenig unternommen wird. Die aufgezeigte hypertrophe Strafgesetzgebung läßt eher Ratlosigkeit als Bereitschaft zur Problemlösung erkennen.

Es kann auch keine Rede davon sein, daß Rechtsstaatlichkeit gleichbedeutend mit der Inkaufnahme der Kriminalitätsziffern ist, wie wir sie gegenwärtig in den westlichen Demokratien haben. Zwar ist ein Gemeinwesen ohne Kriminalität nach menschlicher Erfahrung nicht denkbar. Aber es muß sich doch so verhalten, daß Kriminalität von der Gesellschaft nicht als bedrohliches allgemeines Problem empfunden wird. So verhielt es sich bis Ende der 60er Jahre in Westeuropa. Zur Wiederherstellung eines solchen Zustands bedarf es weniger neuer Strafgesetze als vielmehr primär der Eindämmung der Ursachen. Darüber hinaus ist in der Rechtspraxis dafür Sorge zu tragen, daß das Strafrecht seinen Grundprinzipien entsprechend angemessen, human und ohne Willkür, aber innerhalb dieses Rahmens auch konsequent gehandhabt wird, damit Opfer, Täter und die gesamte Bevölkerung von uneingeschränkter Rechtsstaatlichkeit und vom ordnungsgemäßen Funktionieren der Strafrechtspflege ausgehen können.

[30] Vgl. Heinz. Festschrift für Kaiser. 1998, S. 85, 102.

[31] Vgl. die amtliche Begründung zur Einführung des § 153 a StPO in BT-Drucks, 7/550, S. 298. Siehe außerdem den Ersten Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform zum Entwurf des EGStGB 1974 in BT-Drucks, 7/1261, S. 26 f.

Jörg Arnold

Dr. jur., Privatdozent
Max-Planck-Institut für Strafrecht

Verbrechensbegriff und völkerstrafrechtliche Tatbestände im neuen StGB Estlands

Es dürfte unbestritten sein: In Estland ist ein modernes europäisches StGB in Kraft getreten. Dem voraus ging ein längerer Reformprozeß während der Transformation nach dem politischen Systemwechsel der Jahre 1989/1990. Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg durfte an diesem Reformprozeß insoweit teilhaben, als es über wesentliche Schritte aus erster Hand informiert und in die wissenschaftliche Diskussion einbezogen wurde. Ich erinnere an die Tagung „Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht", die 1992 in Buchenbach bei Freiburg stattfand.[*1] Von Jaan Sootak, der schon damals ein wichtiger Gast unseres Hauses war, erfuhren wir in kontinuierlicher Weise Wesentliches über Stand und Tendenzen der Strafrechtsreform in Estland. Zwei – auch theoretisch wichtige – Gesichtspunkte galten dabei dem Verbrechensbegriff sowie dem Menschenrechtsschutz durch Strafrecht. Auf beiden Fragen soll der Schwerpunkt meiner Ausführungen liegen.

1. Der Verbrechensbegriff

Deutsches, schwedisches und russisches bzw. sowjetisches Recht waren grundlegende historische Einflüsse, die das estnische Strafrecht geprägt hatten, wobei das StGB, das es in der Transformation zu reformieren galt, einem originär sowjetischen Einfluß unterlegen war. Jaan Sootak hatte auf der erwähnten Konferenz des Jahres 1992 darauf aufmerksam gemacht, daß eine Übergangsphase zwischen totalitärem und rechtsstaatlichem Strafrecht kaum vermeidbar sei und eine radikale und sofortige Abkehr vom sowjetischen

[1] J. Sootak. Stand und Tendenzen der Strafrechtsreform in Estland. – A. Eser, G. Kaiser, E. Weigend (Hrsg.). Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht. Freiburg, 1993, S. 75–85. Vgl. auch J. Sootak. Landesbericht Estnische Republik. – A. Eser, B. Huber (Hrsg.). Strafrechtsentwicklung in Europa 4.1, Landesberichte 1989/1992 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur. Freiburg, 1993, S. 411–424.

Strafrecht nicht sinnvoll erscheine. Bei dieser Einschätzung nannte er hinsichtlich des Verbrechensbegriffs die Notwendigkeit, diesen an westeuropäischen Vorbildern auszurichten. Dies sei jedoch zeitraubend und setze wissenschaftliche rechtsvergleichende Untersuchungen voraus.[*2]

Auf einer Konferenz, die erst vor wenigen Monaten auf Schloß Ringberg bei München stattfand – sozusagen im Anschluß an die Buchenbacher Konferenz des Jahres 1992 – konnte Jaan Sootak nunmehr feststellen, daß mit dem neuen StGB auf das sowjetische Strafrecht verzichtet und entschieden wurde, den neuen Verbrechensaufbau nach dem Muster der deutschen Strafrechtsdogmatik herauszuarbeiten: Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld sind jetzt die entscheidenden Elemente.[*3] Damit ist der Begriff der Gesellschaftsgefährlichkeit, wie er für den sogenannten materiellen Verbrechensbegriff sowjetisch-sozialistischer Rechtstradition typisch war, weggefallen.

Dieses Ergebnis der estnischen Strafrechtsreform ist nicht unbedingt selbstverständlich, wenn man bedenkt, daß es in der Strafrechtswissenschaft der Transformationsländer nicht unumstritten ist, einen Verzicht auf den materiellen Verbrechensbegriff als unabdingbar und als Ausdruck besonderer Rechtsstaatlichkeit aufzufassen. Das hat sich auch in der Gesetzgebung niedergeschlagen. Neue Strafgesetzbücher wie etwa das in Polen oder in Rußland haben mit dem materiellen Verbrechensbegriff nicht vergleichsweise radikal gebrochen wie Estland. Dabei steht in diesen Strafgesetzbüchern im Zusammenhang mit dem materiellen Verbrechensbegriff insbesondere die Nichtbestrafung wegen Geringfügigkeit im Vordergrund. Zunächst heißt es in Artikel 14 Abs. 1 des russischen StGB:

> „Als Straftat gilt eine schuldhaft begangene gesellschaftsgefährliche Tat, die durch dieses Gesetzbuch unter Androhung von Strafe verboten ist."

Und Abs. 2 legt fest:

> „Als Straftat gilt nicht eine Handlung (Unterlassung), die zwar formal die Merkmale einer in diesem Gesetzbuch vorgesehenen Tat enthält, jedoch wegen Geringfügigkeit keine gesellschaftliche Gefahr darstellt, das heißt keinen Schaden herbeigeführt und keine Drohung der Herbeiführung eines Schadens für die Person, die Gesellschaft oder den Staat geschaffen hat."

Im Jahre 1998 wurde der letzte Halbsatz in Abs. 2 „das heißt keinen Schaden herbeiführt und keine Drohung der Herbeiführung eines Schadens für die Person, die Gesellschaft oder den Staat geschafften hat." durch die Gesetzgebung wieder gestrichen. In der russischen Strafrechtswissenschaft herrscht Unklarheit darüber, inwieweit sich diese Streichung auf die Definition der Straftat auswirkt. Zum einen wird die Auffassung vertreten, daß trotz dieser Streichung die „gesellschaftliche Gefährlichkeit" in Abs. 1 ausreichend konkretisiert sei. Zum anderen existiert die Meinung, daß man nun überhaupt vom Merkmal der Gesellschaftsgefährlichkeit Abstand nehmen müsse.[*4] Zu hören ist sogar die Vermutung, daß die Konkretisierung der Gesellschaftsgefährlichkeit im Zusammenhang mit dem Tschetschenien-Konflikt wieder rückgängig gemacht worden sei.[*5]

Im polnischen StGB wird der materielle Verbrechensbegriff mit dem Wort „sozialschädlich" umschrieben. In Artikel 115 § 2 sind die Elemente der Sozialschädlichkeit im einzelnen aufgeführt, worauf ich im Rahmen meines Vortrages nicht näher eingehen kann. Wenn die Sozialschädlichkeit der Tat geringfügig ist, handelt es sich nach polnischem Recht nicht um eine Straftat, so daß auch eine Bestrafung nicht in Betracht kommt.[*6]

Ich hatte bereits vor vier Jahren in Litauen, als der Entwurf eines Allgemeinen Teils des litauischen StGB diskutiert wurde[*7], darauf hingewiesen, daß die Kritik an dem beibehaltenen materiellen Verbrechensbegriff in Ländern wie Rußland und Polen nicht immer differenziert genug zu erfolgen scheint und wohl auch nicht immer die angestrebten Vorteile dieses Begriffs berücksichtigt werden, nämlich auf eine materielle Entkriminalisierung im Bagatellbereich zu zielen. Zu wenig wissenschaftliche Beachtung haben bisher die Argumente der Befürworter einer Beibehaltung des Begriffs der Gesellschaftsgefährlichkeit gefunden. So hat für Polen Andrzej Zoll wiederholt darauf aufmerksam gemacht, das Geringfügigkeitsprinzip (*nullum crimen sine periculo sociale*) als eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Strafrecht anzu-

---

[2] J. Sootak. Stand und Tendenzen der Strafrechtsreform in Estland (Fn. 1), S. 85. Vgl. auch J. Sootak. Verbrechensbegriff und Tatbestand: Erfahrungen der russisch-sowjetischen Strafrechtswissenschaft und deren Ausstrahlungen in Estland. – OsteuropaRecht, 1998 (44), S. 57 ff.

[3] J. Sootak. Grundelemente der subjektiven Verantwortlichkeit im estnischen Strafrecht. Unveröffentlichtes Manuskript des Redebeitrages zur Konferenz „Strafrechtsentwicklung in Europa: Zwischen bewältigten und neuen Herausforderungen", die vom 26. bis 29.6.2002 bei München stattfand.

[4] Vgl. L. Obidina. Landesbericht Rußland. – A. Eser, J. Arnold. Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Bandd 8 (in Vorbereitung). S. 209.

[5] S. Lammich. Voruntersuchung Rußland im Rahmen des Projekts „Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen im internationalen Vergleich", S. 4 (unveröfftl.).

[6] Vgl. E. Weigend. Einführung. Das polnische Strafgesetzbuch. Freiburg, 1998, S. 7.

[7] J. Arnold. Prinzipien und Grundsätze im deutschen Strafrecht und im Entwurf des Allgemeinen Teils des litauischen Strafgesetzbuches. – Lietuvos Teisés Akademija, Jurisprudencija 9 (1), Vilnius 1998, S. 62 ff.

sehen.[*8] Interessant ist auch der Hinweis, daß die Rechtswidrigkeit die Form sei, die Gesellschaftsgefährlichkeit aber ihr sozialer Inhalt.[*9]

Andererseits scheint bislang kaum danach gefragt worden zu sein, ob auf den sowjetischen Begriff der Gesellschaftsgefährlichkeit nicht auch ein bestimmtes Naturrechtsdenken von gewissem Einfluß war; etwa das Naturrecht von Hobbes, das die Freiheit des Einzelnen unmittelbar mit dem Staat verknüpfte. Nach dem materiellen Verbrechensbegriff bei Hobbes ist das Verbrechen in erster Linie eine Verletzung des Willens des Souveräns. Das Verbrechen besteht in einem Vertragsbruch zu Ungunsten des Herrschers und gerade nicht zu Ungunsten des Mitmenschen, da der Untertan seine Naturrechte dem Souverän abgetreten hatte. Möglicherweise entstand nicht zuletzt auf dieser Grundlage ein „sozialistisches Naturrecht" mit einer Generalklausel der Gesellschaftsgefährlichkeit, die sich in einem zum Staatssozialismus pervertierten Rechtssystem leicht gegen die Freiheit des Individuums mißbrauchen ließ. Es erscheint auch vor diesem Hintergrund nicht völlig geklärt, ob der „materielle Verbrechensbegriff" mit einem freiheitlichen Strafrecht vereinbar ist. Es spricht manches dafür, daß allein schon zur Vermeidung einer solchen Klärung der Weg, den Estland beschritten hat, vernünftig ist. Vermieden werden damit letztlich auch Probleme mit dem Bestimmtheitsgebot, worauf Hans Joachim Hirsch bereits auf einem Seminar über die Entwicklungswege des estnischen Strafrechts in Tartu 1994 und 1995 aufmerksam gemacht hatte.[*10]

Dennoch stellt es eine gewisse Überraschung dar, daß bei solch strikter Ablehnung des materiellen Verbrechensbegriffs und bei einem dreistufigen Verbrechensaufbau, der sich ausdrücklich an das deutsche Strafrecht anlehnt, das estnische StGB die Ordnungswidrigkeiten in den Regelungsbezug des Strafgesetzes aufnimmt.

Der bisher im Recht Estlands für Ordnungswidrigkeiten geltende Begriff der Verwaltungsrechtsverletzung ist durch den nunmehr im StGB verwandten Begriff „Missetat" ersetzt worden. Die Ordnungswidrigkeiten sind mit einer Geldbuße oder Arrest von maximal 30 Tagen bedroht. Die Teilnahme an Ordnungswidrigkeiten sind nicht strafbedroht und Nebenstrafen sind nicht vorgesehen. Während im Fall einer Straftat die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung ausdrücklich gesetzlich angeordnet sein muß, werden Missetaten generell nicht nur bei Vorsatz, sondern auch bei bloßer Fahrlässigkeit geahndet. Neben dem StGB werden Ordnungswidrigkeitentatbestände auch künftig im Ordnungswidrigkeitengesetz sowie in Spezialgesetzen geregelt sein.[*11]

Es ist nicht ganz klar, welche Konzeption diesem Regelungszusammenhang der Ordnungswidrigkeiten im neuen estnischen StGB zugrunde liegt, zumal das Strafgesetz für Straftaten und Ordnungswidrigkeiten einen gemeinsamen Oberbegriff verwendet. Wenn er richtig übersetzt wurde, dann heißt er „schuldhafte Taten". Eine Integration von Ordnungswidrigkeiten in das Strafgesetzbuch ist auch rechtsvergleichend interessant und verdient der näheren Untersuchung. Soweit ich es sehe, ist ein solcher Weg eher ungewöhnlich, was allein schon am ganz unterschiedlichen internationalen Verständnis von Ordnungswidrigkeiten und deren Systematik etwa als Verwaltungsstrafrecht, als Polizeideliktsrecht, Ordnungs- und Disziplinarstrafrecht oder auch als Übertretungsstrafrecht liegen mag, worauf länger zurückliegende Forschungen des Max-Planck-Instituts, namentlich von Mattes, zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten hinweisen.[*12] Möglicherweise weist das StGB Estlands gewisse Parallelen zum Übertretungsstrafrecht Frankreichs auf. Die im Code pénal geregelten Übertretungen – ein Begriff, der im französischen Strafrecht für Bagatelldelikte steht – gelten neben Verbrechen und Vergehen allerdings als Straftaten[*13], was für die Ordnungswidrigkeiten im estnischen StGB nicht der Fall zu sein scheint.

Wäre man in Estland auch hinsichtlich der Ordnungswidrigkeiten dem deutschen Weg gefolgt, was selbstverständlich keinesfalls angemahnt werden soll – nichts liegt mir ferner als Rechtsimperialismus –, dann hätte es einen interessanten Bezug zum Begriff der Gesellschaftsgefährlichkeit gegeben. Denn im deutschen Recht, wo die Ordnungswidrigkeiten nicht im StGB geregelt sind, wird von der materiellen Definition der Ordnungswidrigkeit ausgegangen und dabei von den Kriterien der Strafwürdigkeit. Ich zitiere aus dem Lehrbuch des Strafrechts von Hans-Heinrich Jescheck und Thomas Weigend:

> „Die Ordnungswidrigkeit stimmt mit der Straftat darin überein, daß sie ebenfalls einen so erheblichen Grad von Gefährlichkeit des Angriffs auf das geschützte Rechtsgut oder Verwaltungsinteresse aufweist, daß nur eine repressive Sanktion des Staates zum Schutze der öffentlichen Ordnung ausreicht, und sie unterscheidet sich in diesem Punkte von der Vertragsverletzung und der bloßen Polizeiwidrigkeit. Auf

[8] A. Zoll. Der Verbrechensbegriff im Lichte des Entwurfs des polnischen Strafgesetzbuches. – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 1995 (107), S. 425.

[9] K. Mtschedlischwili-Hädrich. Der Verbrechens- und Gesellschaftsgefährlichkeitsbegriff im georgischen Strafrecht. Aachen, 2000, S. 166.

[10] Vgl. H. J. Hirsch. Hauptprobleme einer Reform des Allgemeinen Teils hinsichtlich der allgemeinen Straftatvoraussetzungen. – Estnische Strafrechtsreform: Quellen und Perspektiven, 1996, S. 28.

[11] C. Schmidt. Estland: Neues Strafgesetzbuch. – WGO – MfOR 2001, S. 166.

[12] H. Mattes. Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten. Erster Halbband. Berlin, 1977.

[13] *Ibid*., S. 291 ff.

der anderen Seite ist ihr Gefährlichkeitsgrad in der Regel erheblich geringer als der der Straftat. Auch der Grad der Beeinträchtigung des geschützten Handlungsobjekts ist meist geringfügig. Was die Ordnungswidrigkeit weiter deutlich von der Straftat unterscheidet, ist das Fehlen jenes hohen Grades von Verwerflichkeit der Tätergesinnung, welcher allein das schwere sozialethische Unwerturteil der Kriminalstrafe rechtfertigt. Bei der Ordnungswidrigkeit ist nur ein ‚Denkzettel', ein verschärfter, Verwaltungsbefehl', eine ‚besondere Pflichtenmahnung' in Gestalt der Geldbuße vertretbar, da die Grenze der unerträglichen Sozialwidrigkeit der Tat nicht erreicht ist."*[14]

In diesen Aussagen sind wesentliche Elemente des Begriffs der Gesellschaftsgefährlichkeit enthalten, freilich im Kontext der Abgrenzung zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit. Allerdings war auch dies dem materiellen Verbrechensbegriff des Strafrechts sowjetischen Einflusses nicht fremd. So besagte beispielsweise § 3 Abs. 2 des Strafgesetzbuches der DDR, daß eine Handlung, die zwar dem Wortlaut nach einem gesetzlichen Straftatbestand entspricht, jedoch weder gesellschaftsgefährlich noch gesellschaftswidrig ist, u.a. als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden kann.

Für die deutsche Strafrechtswissenschaft könnte sich aus der Beobachtung der Entwicklung bzw. Aufhebung des materiellen Verbrechensbegriffs in den Transformationsländern, namentlich in Estland, wichtige Gesichtspunkte des Nachdenkens sowohl über die Regelungssystematik der Ordnungswidrigkeiten als auch über Wege materieller Entkriminalisierung ergeben.

2. Menschenrechtsschutz durch Strafrecht am Beispiel völkerstrafrechtlicher Tatbestände

Mit großem Interesse habe ich auch jene Passagen im StGB Estlands gelesen, die dem Schutz und der Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen gilt. Dieses Interesse resultiert nicht zuletzt aus einem neuen Projekt des Max-Planck-Instituts zum Thema „Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen im internationalen Vergleich". Konzipiert wurde das Projekt vor dem Hintergrund des Rom-Statuts für einen Internationalen Strafgerichtshof. Im Kontext des Projekts spielen dabei zwei Aspekte eine besondere Rolle. Zum einen enthält das Rom-Statut in Art. 17 den Grundsatz der Komplementarität. Danach ist eine Strafverfolgung durch den IStGH nur dann zulässig, wenn und insoweit eine effektive Strafverfolgung auf nationaler Ebene an rechtlichen oder faktischen Hindernissen scheitert. Es liegt somit im eigenen Interesse der einzelnen Staaten, die Mitglied des Statuts sind, zu einer Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen zumindest in gleichem Umfang wie der IStGH in der Lage zu sein. Zum anderen geht das Rom-Statut in Abs. 6 seiner Präambel davon aus, daß die Staaten unabhängig vom Statut durch das Völkergewohnheitsrecht zu einer Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen verpflichtet sind. In vielen Staaten wird deshalb darüber diskutiert, ob und inwieweit eine Anpassung des nationalen Strafrechts an die materiellen Strafnormen des Rom-Statuts einerseits und des Völkergewohnheitsrechts andererseits erforderlich oder jedenfalls sinnvoll ist. In einer Reihe von Staaten wurden dazu schon Regelungen erlassen, zum Teil bereits weit vor Inkraftreten des Rom-Statuts. Forschungsgegenstand unseres rechtsvergleichenden Projekts ist es zu untersuchen, wie und in welcher Weise die Strafrechtsordnungen verschiedener Staaten die Ahndung von Völkerstraftaten durch eigene nationale Gerichte vorsehen bzw. ermöglichen, welche Defizite gegenüber dem geltenden Völkerrecht im Hinblick auf eine solche nationale Strafgewalt bestehen und welche Reformen zur Ermöglichung einer nationalen Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen durchgeführt wurden oder geplant sind.*[15] Im folgenden kann ich mich lediglich auf die Frage konzentrieren, ob und inwieweit die Straftatbestände des Rom-Statuts – also Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit sowie Kriegsverbrechen – im nationalen Strafrecht bereits geregelt sind. Dazu möchte ich einige erste Ergebnisse mitteilen.

Ein großer Teil der in unsere Untersuchung über 30 einbezogenen Länder hat in ihren Strafgesetzen die genannten materiellen Völkerstraftatbestände normiert. In einem kleineren Teil der untersuchten Länder existieren spezielle Gesetze. Dazu zählt auch Deutschland mit einem eigenständigen Völkerstrafgesetzbuch. In wenigen Ländern, wie beispielsweise in Rußland, aber auch in Dänemark und Schweden, ist der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit nicht geregelt. Als Fußnote sei angefügt, daß Rußland bekanntlich das Rom-Statut bislang nicht ratifiziert hat, womit es sich einreiht in Länder wie die USA, China und Israel.

Wie ist die Situation in Estland?

Estland gehört zu jenen Ländern, die die entsprechenden Völkerstraftatbestände im Strafgesetzbuch geregelt haben. Dies sind die Paragraphen 89 (Verbrechen gegen die Menschlichkeit), 90 (Völkermord) sowie 94 ff.

[14] H.-H. Jescheck, Th. Weigend. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. S. 58 f.; vgl. zum Ganzen auch A. Eser. Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Würzburg, 1961.

[15] Vgl. dazu im Einzelnen im Internet unter: http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolg2.html.

(Kriegsverbrechen). Da Estland das Rom-Statut sowohl signiert wie auch ratifiziert hat, ist ein Vergleich der nationalen Völkerstraftatbestände des StGB mit dem Rom-Statut interessant. Dabei fallen Unterschiede insbesondere bei der Vorschrift zu den Verbrechen gegen die Menschlichkeit auf.

In Artikel 7 des Rom-Statuts sind die Handlungen im Einzelnen aufgeführt, die im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung und in Kenntnis des Angriffs begangen werden müssen. Nach der englischen Übersetzung des Artikel 89 des estnischen StGB gelangt man im ersten Teil der Vorschrift zu dem Eindruck, daß der systematische Angriff allgemein auf Menschen- und Freiheitsrechte bezogen wird und damit weiter gefaßt ist als der Angriff auf die Zivilbevölkerung. Ferner wird in Artikel 89 bei dem Angriff auf die Menschen- und Freiheitsrechte nur von einem Staat oder einer Gruppe als Angreifende gesprochen. Erst im zweiten Teil von Artikel 89 – der die einzelnen Handlungen bestimmt – erscheint der Kontext auch zum Individuum des einzelnen Täters. Dies allerdings erfolgt letztlich beziehungslos zur Notwendigkeit eines systematischen Angriffs. Es erhebt sich somit insbesondere die Frage nach dem konkreten Regelungsgehalt und der Reichweite von Artikel 89 des StGB Estlands und zur Verbindung beider Teile dieser Vorschrift.

Besonders interessant ist freilich ein Tatbestand, den das estische StGB enthält, das Rom-Statut demgegenüber aber nicht. Ich meine den Tatbestand der Aggression (§ 91 StGB Estlands). Damit befindet sich Estland in Gesellschaft nur einiger weniger Länder wie Rußland, Italien und Deutschland. Im Rom-Statut findet sich deswegen keine Bestimmung der Aggression, weil – wovon in Artikel 5 Abs. 2 des Statuts ausgegangen wird – eine Definition des Verbrechens der Aggression fehle. Zu dieser Feststellung des Rom-Statuts muß jedoch angemerkt werden, daß die Generalversammlung der Vereinten Nationen im Jahre 1974 nach jahrzehntelangem völkerrechtlichen Streit über Beginn und Absicht des Angriffskrieges eine Aggressionsdefinition angenommen hatte. Sie lautet:

> „Wendet ein Staat als erster Waffengewalt unter Verletzung der Charta an, so stellt dies einen Beweis des ersten Anscheins für eine Angriffshandlung dar, obwohl der Sicherheitsrat gemäß der Charta zu dem Schluss gelangen kann, dass eine Feststellung, es sei eine Angriffshandlung begangen worden, nicht gerechtfertigt wäre angesichts anderer bedeutsamer Umstände, einschließlich der Tatsache, dass die betreffenden Handlungen oder ihre Folgen nicht von ausreichender Schwere sind.“*[16]

Die Definition legt sodann verschiedene Formen direkter oder indirekter Gewalt als Aggression fest.*[17]

Vor dem genannten Hintergrund wäre es wichtig zu erfahren, ob Länder wie Estland, die einen Tatbestand der Aggression in ihr nationales Strafrecht aufgenommen haben, die Aggression im gerade wiedergegebenen Sinne definieren. Hinsichtlich des § 91 des estnischen StGB fällt auf, daß hier einzig und allein nur die Vorbereitung einer Aggression und die Drohung mit einer Aggression unter Strafe gestellt sind. Die Durchführung derselben bleibt strafrechtlich außer Betracht, was den Schluß nahe legt, daß sie lediglich im Rahmen der Kriegsverbrechen (§§ 94 ff.) erfaßt ist.

Von den Ländern, die einen Aggressionstatbestand geregelt haben, scheint Rußland am weitesten zu gehen. In Art. 353 des russischen StGB ist die Planung, Vorbereitung, Entfesselung und Führung eines Angriffskrieges unter Strafe gestellt. Obwohl in Deutschland und Italien – und damit anders als in Estland – auch die Führung eines Angriffskrieges strafbar ist, läßt sich dennoch auch für diese Länder nicht von einem echten völkerstrafrechtlichen Tatbestand sprechen, da jeweils noch ein Inlandsbezug gefordert ist, nämlich die Gefahr eines Krieges für Deutschland bzw. Italien.*[18] Insofern ist es zwar – wie ich finde – zu bedauern aber eben leider auch folgerichtig, daß das deutsche Völkerstrafgesetzbuch den Begriff der Aggression noch nicht einmal erwähnt.

Ich komme zum Schluß.

Auch die im estnischen StGB enthaltenen Völkerstraftatbestände eignen sich in hervorragender Weise dazu, die wissenschaftliche Diskussion – und hier speziell das Völkerstrafrecht – weiterzuentwickeln und einen wichtigen Beitrag zum Menschenrechtsschutz durch Strafrecht zu leisten. Da diese Materie aber äußerst komplex ist, wird die vorgesehene Diskussion der Tagung freilich kaum erschöpfend geführt werden können. Da Estland noch nicht in das einschlägige völkerstrafrechtliche Projekt des Max-Planck-Instituts einbezogen ist, sollten meine Ausführungen im zweiten Teil des Vortrages auch ein wenig Werbung sein, um genau diesen Mangel zu beheben.

---

[16] N. Paech, G. Stuby. Völkerrecht und Machtpolitik in den internationalen Beziehungen. Hamburg, 2001, S. 541.

[17] *Ibid*.

[18] Vgl. dazu H. Gropengießer, H. Kreicker. Voruntersuchung Deutschland im Rahmen des Projekts „Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen im internationalen Vergleich“, S. 6 (unveröfftl.); K. Jarvers. Voruntersuchung Italien im Rahmen des Projekts „Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen im internationalen Vergleich“, S. 3 (unveröffentl.).

Walter Gropp

Professor für Strafrecht
Universität Giessen

Subjektiver Tatbestand, Schuld und subjektive Grundlagen der Verantwortlichkeit

Zum subjektiven Tatbestand gehören Verbrechenselemente, die *innere* Eigenschaften, Fähigkeiten und Zustände der Person betreffen.[*1] Diese Eigenschaften, Fähigkeiten und Zustände können nicht unmittelbar festgestellt oder nachgewiesen werden. Man kann auf sie aber aus äußeren Umständen schließen. So kann etwa beim Diebstahl (§ 242 dStGB) eines Autos auf die Zueignungsabsicht daraus geschlossen werden, dass der Täter das Fahrzeug zunächst wie ein Eigentümer benutzt und es danach in einem Fluss versenkt hat.[*2]

Die folgenden Ausführungen wenden sich zunächst aus deutscher Sicht (1) den subjektiven Elementen der Tatbestandsmäßigkeit der strafbaren Handlung (1.1) zu. Es folgen Überlegungen zur Schuldhaftigkeit (1.2) und zu subjektiven Grundlagen der Verantwortlichkeit (1.3). Im zweiten Teil (2) werden die entsprechenden Vorschriften des neuen estnischen StGB betrachtet. In einem dritten Schritt (3) will ich versuchen, einige wenige Beobachtungen rechtsvergleichender Natur zur Diskussion zu stellen.

---

[1] Vgl. auch H.-H. Jescheck, Th. Weigend. Strafrecht Allg. Teil. 5. Aufl. 1996, § 30 I; 1; C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 1. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 3. Aufl. 1997, § 10 VI 2; J. Wessels, W. Beulke. Strafrecht Allgemeiner Teil. 32. Aufl. 2002, Rn. 136 ff.

[2] Zur Definition der Zueignungsabsicht als Absicht der Anmaßung von Eigentümerbefugnissen und der (zumindest bedingt) vorsätzlichen Enteignung des Berechtigten A. Eser. – A. Schönke, H. Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar. 26. Aufl. 2001, § 242 Rn. 47, 60 ff. mwN.

1. Deutsches Strafrecht

1.1. Der subjektive Tatbestand als die subjektiven Merkmale der tatbestandsmäßigen Handlung

Der sog. „subjektive Tatbestand" bildet zusammen mit dem „objektiven Tatbestand" den Tatbestand der strafbaren Handlung. Der Tatbestand stellt die Summe der Elemente dar, deren Vorliegen erforderlich ist, damit eine Handlung den in den Strafgesetzen beschriebenen strafbaren Unwertverwirklichungen entspricht. Der Tatbestand legt somit fest, wann eine Handlung tatbestandsmäßig ist. Die Erfüllung des Tatbestandes bedeutet deshalb eine Aussage über eine Eigenschaft, die Tatbestandsmäßigkeit, einer Handlung. Der subjektive Tatbestand enthält folglich die subjektiven Elemente dieser Eigenschaft, die subjektiven Merkmale für die tatbestandsmäßige Handlung.

1.1.1. Keine Festlegung durch das dStGB

So wird zwar in § 15 dStGB zwischen einem vorsätzlichen und einem fahrlässigen Handeln unterschieden. Es fehlt aber eine Festlegung, dass der Vorsatz Bestandteil gerade der Tatbestandsmäßigkeit sein müsse. Dasselbe gilt für die Irrtumsregelung in § 16 dStGB. Dort ist zwar festgelegt, dass die Unkenntnis eines zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Merkmals den Vorsatz entfallen lässt. Die Stelle, an der dies innerhalb des Verbrechensaufbaus geschehen soll, ist indessen offen gelassen. Und selbst bezüglich der bereits erwähnten Zueignungsabsicht beim Diebstahl (§ 242 dStGB) – eines der markantesten subjektiven Elemente des Besonderen Teils des StGB – ist nicht gesetzlich festgelegt, dass sie Bestandteil des Tatbestandes ist.

1.2. Die Anerkennung subjektiver Tatbestandsmerkmale als Ergebnis der Entwicklung der Handlungslehre

Die Anerkennung subjektiver Merkmale als Bestandteil der Tatbestandsmäßigkeit der Handlung ist eine Frucht der Strafrechtsdogmatik. Sie resultiert aus dem Nachdenken über die Struktur und den Aufbau der strafbaren Handlung und über die notwendigen Bestandteile des Unwertes, der die strafbare Handlung konstituiert.

Obwohl aus der Sicht der Allgemeinen Lehren die Anerkennung des Vorsatzes als subjektives Element der tatbestandsmäßigen Handlung prägend ist, hat die Einordnung subjektiver Merkmale als unwertbegründend ihren Anfang im Besonderen Teil des StGB. Den Anlass gaben insbesondere Straftatbestände, bei deren Begehung der Täter in einer bestimmten Absicht handeln muss.

Auf der Grundlage des klassischen Verbrechenssystems Liszts und Belings und der kausalen Handlungslehre wurden der Tatbestandsmäßigkeit die äußeren und der Schuldhaftigkeit die inneren Elemente der Straftat zugeordnet.[*3] Die Absichten des Täters waren daher eine Frage seiner Schuld und ließen die Unwertbeschreibung des Tatbestandes unberührt.

Erst der neoklassische Verbrechensbegriff nahm an, dass der tatbestandstypische Unwert einer Straftat auch durch subjektive Elemente geprägt wird. Als typisches Beispiel für ein subjektives Tatbestandsmerkmal kann hier die Zueignungsabsicht beim Diebstahl genannt werden.[*4] Weil diese Merkmale auf der tatbestandlichen Ausgestaltung des jeweiligen Delikts durch den Strafgesetzgeber beruhen, nennen wir sie heute besondere subjektive Elemente der Tatbestandsmäßigkeit.

Die Anerkennung allgemeiner subjektiver Merkmale der Tatbestandsmäßigkeit der Handlung ist hingegen unabhängig von den Deliktsbeschreibungen im Besonderen Teil des StGB zu sehen. Sie hängt vielmehr mit bestimmten Erscheinungsformen der Straftat zusammen.

Ganz im Vordergrund stehen dabei alle vorsätzlich begangenen Straftaten. Die Einordnung des Vorsatzes als Element der Tatbestandsmäßigkeit beim vollendeten Erfolgsdelikt ist die Folge der von Hans Welzel begründeten sog. „finalen Handlungslehre".[*5] Das Wissen und Wollen der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale ist nun konstitutives Element der Tatbestandsmäßigkeit.

---

[3] Vgl. C. Roxin (Fn. 1), 1 § 7 III a.

[4] Vgl. E. Mezger. Der Gerichtssaal. Band 89. 1924, S. 207; weitere Nachweise bei H.-H. Jescheck, Th. Weigend (Fn. 1), § 22 Fn. 39.

[5] Vgl. H. Welzel. Lehrbuch des Strafrechts, § 8 I mwN, zuletzt 11. Aufl. 1969; vgl. auch H. J. Hirsch. Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW). Band 93. 1981, S. 831 ff.; Band 94. 1982, S. 239 ff.; G. Küpper. Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik. 1990, S. 44 ff.

Auch im Falle der irrigen Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes (sog. Erlaubnistatbestandsirrtum) ist der Vorsatz als subjektives Element der Tatbestandsmäßigkeit anerkannt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man dem heute vorherrschenden, auf der finalen Handlungslehre aufbauenden sog. vermittelnden Verbrechensbegriff[*6] folgt. Danach ist der Vorsatz sowohl ein subjektives Element der Tatbestandsmäßigkeit als auch ein Element der Schuldhaftigkeit der Handlung.[*7] Dass der Täter die Straftat vorsätzlich begeht, wirkt folglich nicht nur unwertbegründend. Vielmehr gereicht es darüber hinaus dem Täter auch zum Vorwurf. Wegen der rechtstreuen Gesinnung eines Täters, der irrig einen ihn rechtfertigenden Sachverhalt annimmt, wird es somit möglich, den schuldbegründenden Bestandteil des Vorsatzes fallen zu lassen, den unwertbegründenden Bestandteil jedoch beizubehalten. Dies erlaubt es, trotz vorsätzlicher Tatbegehung von einer Bestrafung des Täters aus dem Vorsatzdelikt abzusehen.[*8]

Schließlich stimmen alle in Deutschland vertretenen Verbrechensbegriffe darin überein, dass das Verbrechen in der Erscheinungsform des Versuchs subjektive Tatbestandselemente enthält. Denn notwendiger Bestandteil eines jeden Versuchsaufbaus ist der Entschluss des Täters, eine Straftat zu begehen[*9] und damit die subjektive gedankliche Vorwegnahme der Tat.

1.1.3. Subjektive Merkmale der Tatbestandsmäßigkeit der fahrlässigen Handlung

Ob auch die Tatbestandsmäßigkeit der fahrlässigen Handlung subjektive Elemente kennt, ist in Deutschland sehr umstritten. Die Praxis der Gerichte und die wohl noch überwiegende Auffassung in der deutschen Literatur geht davon aus, dass sich die Tatbestandsmäßigkeit des fahrlässigen Erfolgsdelikts neben der Handlung, der Kausalität und dem Erfolg im Wesentlichen in der Verletzung einer Sorgfaltspflicht und in der Herbeiführung des Erfolgs trotz objektiver Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit erschöpft.[*10] Ob der Täter den Erfolg auch individuell vorhersehen und vermeiden konnte, soll hingegen eine Frage der Schuld sein.[*11]

Es sei dahingestellt, ob die Verletzung einer Sorgfaltspflicht als Merkmal für die Unwertbegründung des Fahrlässigkeitsdelikts sachgerecht ist. Rechtstheoretisch und verbrechenssystematisch sprechen wohl die besseren Gründe dafür, anstatt der Verletzung einer Sorgfaltspflicht eine erhöhte Gefahrschaffung als objektives unwertbegründendes Element des Fahrlässigkeitsdelikts zu beschreiben.[*12] Unter dem Blickwinkel subjektiver Elemente der Tatbestandsmäßigkeit kommt es darauf indessen nicht an. Hier ist viel wichtiger die Frage, ob die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Erfolges als konstituierende Elemente des Fahrlässigkeitsunwertes mit der überwiegenden Meinung[*13] nur nach objektiven oder – mit einer Mindermeinung[*14] – zumindest auch nach subjektiven Maßstäben gemessen werden sollen.

Objektive Maßstäbe spielen insoweit schon deshalb eine Rolle, weil man auch beim Fahrlässigkeitsdelikt von vornherein solche Geschehensabläufe als zurechenbare Unwertverwirklichung ausklammern muss, die selbst von Experten nicht vorhergesehen und vermieden werden können.[*15] Sehr umstritten ist hingegen die Frage, ob auch die individuelle Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Erfolgs, d. h. subjektive Gesichtspunkte, Bestandteile bereits der Unwertbeschreibung des Fahrlässigkeitsdelikts sind.

Die Diskussion um die Anerkennung der individuellen Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit als subjektive Merkmale der Tatbestandsmäßigkeit der fahrlässigen Handlung wird bisher nur von wenigen geführt.[*16]

Die Erklärung hierfür könnte in der heute vorherrschenden Interpretation der Lehre Welzels von der Willenshandlung liegen, innerhalb derer dem steuernden Willen eine konstitutive Funktion zukommt.[*17] Nach dieser

---

[6] Vgl. zum vermittelnden Verbrechensbegriff W. Gropp. Strafrecht Allgemeiner Teil. 2. Aufl. 2001, § 4 Rn. 51 ff.; C. Roxin (Fn. 1), 1 § 7 III 5.

[7] Vgl. H.-H. Jescheck, Th. Weigend (Fn. 1), § 41 IV 1 d; T. Lenckner. – A. Schönke, H. Schröder (Fn. 2), § 13 Rn. 52 ff., 120 f.

[8] Zu Einzelfragen beim Erlaubnistatbestandsirrtum vgl. W. Gropp (Fn. 6), § 13/96 ff., 110 ff.

[9] Zum Entschluss als Element der Tatbestandsmäßigkeit des Versuchs A. Eser (Fn. 2), § 22 Rn. 13; K. Kühl. Strafrecht Allgemeiner Teil. 4. Aufl. 2002, § 15 Rn. 23; J. Wessels, W. Beulke (Fn. 1), Rn. 598.

[10] Vgl. H.-H. Jescheck, T. Weigend (Fn 4), § 54 I 3, 4; J. Wessels, W. Beulke (Fn. 1), Rn. 664; K. Kühl (Fn. 9), Rn. 11 ff.

[11] Vgl. K. Kühl (Fn. 9), Rn. 89 ff. sowie die Nachweise bei W. Gropp (Fn. 6), § 12 Rn. 16 ff., 110 ff.

[12] Vgl. W. Gropp (Fn. 6), § 12 Rn. 66 ff. mwN.

[13] Vgl. H.-H. Jescheck, Th. Weigend (Fn. 1), § 54 I 3, 4; K. Lackner, K. Kühl. Allgemainer Teil des StGB, § 15 Rn. 37; J. Wessels, W. Beulke (Fn. 1), Rn. 669.

[14] Vgl. hierzu Cramer, Sternberg-Lieben. – A. Schönke, H. Schröder (Fn 2), § 15 Rn. 119, 134, 138; W. Gropp (Fn. 6), § 12 D 2; C. Roxin (Fn. 1), 1 § 24 Rn. 50 ff.

[15] Vgl. hierzu insbesondere O. Triffterer. Die „objektive Voraussehbarkeit" (des Erfolges und des Kausalverlaufs) – unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte? – Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 201 ff.; K. H. Gössel. Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitslehre. – FS für Bengl, 1984, S. 23 ff./35; G. Jakobs. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. 1991, 9. Abschnitt Rn. 7.

[16] Vgl. insbesondere K. H. Gössel (Fn. 15), S. 35.

[17] Lehrbuch des Strafrechts. 11. Aufl. 1969, S. 40 f.

Interpretation durch die h.L. erschöpft sich der Handlungsunwert beim Vorsatzdelikt in dem den jeweiligen Erfolgsunwert erstrebenden Verhalten.*[18] Auf dieser Basis fällt es schwer, eine entsprechende Willenshandlung beim Fahrlässigkeitsdelikt zu finden. Den Handlungsunwert des Autofahrers, der einen Fußgänger versehentlich zu Tode fährt, könnte man allenfalls darin sehen, dass er mit seinem Wagen einem Ziel zustrebt. Indessen besteht der tatbestandstypische Unwert der fahrlässigen Tötung (§ 222 dStGB) nicht im zielgerichteten Auto Fahren, sondern in der nicht-vorsätzlichen Herbeiführung des Todes eines Menschen.

Man kommt einer Erklärungsmöglichkeit aber näher, wenn man mit Hirsch den Handlungsunwert in einer Willenshandlung des Täters erblickt, die alle objektiven Tatbestandsmerkmale umfasst.*[19] Denn eine solche Willenshandlung lässt sich auch beim Fahrlässigkeitsdelikt beschreiben: ein gefahrerhöhendes Verhalten des Täters, das er verwirklicht, obwohl er vorhersehen kann, dass dieses Verhalten zur Verletzung Dritter führen kann, und obwohl er diese Folge durch das Abstandnehmen von diesem Verhalten vermeiden könnte.*[20]

Auch die objektive Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit reflektiert sich damit im Handlungsunwert des Fahrlässigkeitsdelikts durch die entsprechende aktuelle oder zumindest potentielle Kenntnis des Täters von den gefahrerhöhenden Umständen. Der Handlungsunwert wird mithin sowohl durch die zumindest potentielle Kenntnis*[21] des Täters von den gefahrerhöhenden Umständen als auch durch die individuelle Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der hervorgerufenen Folgen geprägt.

Es gibt folglich subjektive Tatbestandsmerkmale auch beim Fahrlässigkeitsdelikt, und zwar nicht nur bei bewusster*[22], sondern auch bei unbewusster Fahrlässigkeit.*[23]

Geht man davon aus, dass individuelle Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit subjektive Elemente der Tatbestandsmäßigkeit der fahrlässigen Handlung sind, dann spielt die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit beim fahrlässigen Erfolgsdelikt an insgesamt drei Punkten des Verbrechensaufbaus eine Rolle:

1. Innerhalb der objektiven Elemente der Tatbestandsmäßigkeit des Fahrlässigkeitsdelikts als objektive Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit;
2. Bei den subjektiven Merkmalen der tatbestandsmäßigen Handlung als individuelle Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit; und schließlich;
3. Im Bereich der Schuldhaftigkeit der fahrlässigen Handlung, indem es dem Täter gerade zum Vorwurf gemacht wird, dass er den Erfolg verursacht hat trotz seiner individuellen Möglichkeit, die Herbeiführung des Erfolges vorherzusehen und zu vermeiden.

1.2. Schuld

1.2.1. Der Begriff der Schuld im deutschen Strafgesetzbuch

Der Begriff der Schuld wird im deutschen Strafgesetzbuch aus guten Gründen nicht ausdrücklich definiert. Jedoch kann man erkennen, dass das Wort „Schuld“ in zwei Bedeutungen in Erscheinung tritt:

1. Als Schuld des Täters spielt der Begriff zum einen bei der Strafzumessung eine Rolle. Nach § 46 dStGB ist die Schuld des Täters die Grundlage für die Zumessung der Strafe. Insofern ist die Schuld des Täters eine quantitative Größe. Je größer die Schuld, desto höher die Strafe. In dieser Funktion wird die Schuld des Täters „Strafzumessungsschuld“ genannt.*[24] Die Quantität der Strafzumessungsschuld resultiert aus dem vom Täter schuldhaft verwirklichten Unrecht. Die Schuld des Täters ist die schuldhaft begangene tatbestandsmäßige und rechtswidrige Tat. Die Schuld des Mörders des 11-jährigen Frankfurter Bankierssohn Jakob von Metzler besteht somit in der schuldhaften Tötung des Jungen am 28. September 2002, die Schuld der Täter des 11. September 2001 besteht in der schuldhaften Tötung von mehr als dreitausend Menschen.

2. Von der quantifizierbaren Strafzumessungsschuld streng zu unterscheiden sind die qualitativen Voraussetzungen, die in der Person des Täters erfüllt sein müssen, damit er überhaupt bestraft werden kann. Hier

[18] Vgl. die zahlreichen Nachweise in der Kritik bei H. J. Hirsch. Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert. Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 3 ff. Fn. 11 und 14.

[19] Vgl. H. J. Hirsch. Der Gerichtssaal Meurer, S. 15.

[20] Vgl. auch H. J. Hirsch (Fn. 19), S. 16 f.

[21] Auf die Kenntnis der Risikofaktoren heben ab W. Mitsch. – Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung (JuS), 2001, S. 105 ff./107 rechts; E. Struensee. – Juristenzeitung (JZ), 1987, S. 53 ff./60.

[22] Vgl. Köhler. Strafrecht Allgemeiner Teil. 1997, S. 200; C. Roxin (Fn. 6), 1 § 24/66.

[23] Ebenso wohl auch K. H. Gössel (Fn. 15), S. 35 unter Hinweis auf G. Jakobs. Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt. 1972, S. 83 f.; E. Samson. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil. Rn. 34 Anhang § 16 (vgl. auch Rn. 13 ff. der 5. Aufl. 1989) und Stratenwerth. Strafrecht Allgemeiner Teil 1. 3. Aufl. Rn. 1104; vgl. auch ders. 4. Aufl. 2000, § 7 Rn. 22 und § 15 Rn. 3). Allerdings bleiben die Zitate in ihrer Reichweite wohl hinter der Aussage Gössels zurück.

[24] Vgl. die Nachweise bei T. Hörnle. – JZ, 1999, S. 1082.

nennt das deutsche StGB im Zusammenhang mit dem Verbotsirrtum (§ 17) das zumindest potentiell vorhandene Unrechtsbewusstsein und in § 20 die Schuldfähigkeit mit einer biologischen (psychiatrisches Krankheitsbild) und einer psychologischen (Einsichtsfähigkeit und Steuerungsfähigkeit) Komponente.

Im Falle des unvermeidbaren Verbotsirrtums und der Schuldunfähigkeit kann der Täter nicht bestraft werden, weil er nicht schuldhaft gehandelt hat, weil der Handlung des Täters eine Eigenschaft, die Schuldhaftigkeit fehlt.[*25] Es ist daher ungenau, wenn z.B. in § 17 dStGB formuliert wird, dass im Falle des unvermeidbaren Verbotsirrtums der Täter „ohne Schuld" handele. Vielmehr müsste es in § 17 Satz 1 dStGB heißen, dass der Täter, dem bei Beginn der Tat die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun, „nicht schuldhaft" handelt, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte.

3. Klärungsbedürftig sind die Entschuldigungsgründe des entschuldigenden Notstandes (§ 35 dStGB) und des Notwehrexzesses (§ 33 dStGB). Die Strafffreiheit beruht in beiden Fällen auf zwei Komponenten: einem besonderen Motivationsdruck und einer Reduzierung des verwirklichten Unrechts.[*26] Der Motivationsdruck rührt in § 35 dStGB daher, dass der Täter in einer Situation handelt, in der für Leben, Leib oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahestehenden Person eine Gefahr droht. § 33 dStGB verlangt diesbezüglich einen Angriff auf ein rechtliches geschütztes Interesse und ein Handeln des Täters aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken. Die Reduzierung des Unrechts hat ihren Grund in beiden Situationen darin, dass der Täter auch werterhaltend wirkt, indem er die Gefahr für bzw. den Angriff auf ein rechtlich geschütztes Interesse abwendet bzw. abwehrt.

Da beide Komponenten in §§ 33 und 35 die Schuldfähigkeit und den verwirklichten Unwert aber nicht gänzlich beseitigen, sondern nur erheblich reduzieren, fehlt der Handlung nicht die Schuldhaftigkeit als Eigenschaft. Jedoch ist die Schuld des Täters, gedacht als schuldhaft verwirklichtes Unrecht, so sehr reduziert, dass es nicht mehr zweckmäßig erscheint, den Täter zu bestrafen. So besehen beziehen sich die §§ 33 und 35 als Entschuldigungsgründe auf die Strafzumessungsschuld, ohne die Schuldhaftigkeit der Tat entfallen zu lassen.[*27]

Die verminderte Schuldfähigkeit in § 21 als Strafmilderungsgrund bezieht sich ebenfalls auf die Strafzumessungsschuld. Denn der Täter handelt schuldhaft. Allerdings ist der ihn treffende Schuldvorwurf wegen der erheblich eingeschränkten Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit reduziert.[*28]

1.3. Subjektive Grundlagen der Verantwortlichkeit

Über die subjektiven Voraussetzungen der Tatbestandsmäßigkeit, die Voraussetzungen für die Schuldhaftigkeit des tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Handelns sowie die Voraussetzungen für die Schuld des Täters hinaus lassen sich kaum weitere selbständige Elemente als subjektive Grundlagen der Verantwortlichkeit im deutschen StGB finden.

Allenfalls eine schillernde Gruppe von Merkmalen, die sogenannten Gesinnungsmerkmale, könnten hier Erwähnung finden. Hierzu zählt z. B. die Habgier beim Mord (§ 211 dStGB) oder die Rücksichtslosigkeit bei der Straßenverkehrsgefährdung (§ 315 c I 2 dStGB). Auch hier handelt es sich insofern um subjektive Merkmale, als sie innere Eigenschaften der Person beschreiben, auf die nur aus den äußeren Umständen der Tat geschlossen werden kann.[*29] Bei den Gesinnungsmerkmalen ist umstritten, ob sie notwendige Bestandteile bereits des tatbestandsmäßigen oder aber erst des schuldhaften Handelns sind. Im Sinne einer differenzierenden Auffassung werden sie teils der einen, teils der anderen Stufe zugeordnet.[*30] Freilich muss diese Frage hier nicht beantwortet werden. Denn in jedem Falle gehören sie entweder dem subjektiven Tatbestand an oder der Schuldhaftigkeit. Ein Bedarf nach weiteren subjektiven Grundlagen der Verantwortlichkeit außerhalb dieser Kategorien stellt sich somit nicht.

[25] Vgl. W. Gropp (Fn. 6), § 7/2 ff.

[26] Vgl. T. Lenckner. – Schönke, Schröder (Fn 2), § 32 Rn. 108; T. Lenckner, W. Perron. – A. Schönke, H. Schröder (Fn. 2), § 35 Rn. 2; W. Gropp (Fn. 6), § 7 Rn. 64; H.-H. Jescheck, Th. Weigend (Fn. 1), § 43 III 2 b.

[27] Für eine Erklärungnder Straffreiheit beim entschuldigenden Notstand allein mangels eines general- und spezialpräventiven Strafbedürfnisses C. Roxin (Fn. 1), 1 § 22 Rn. 10 f. mwN.

[28] Vgl. W. Gropp (Fn. 6), § 7 Rn. 46.

[29] Vgl. H.-H. Jescheck, Th. Weigend (Fn. 1), § 42 II 3 a.

[30] *Ibid.*

2. Estnisches StGB von 6. Juni 2001

2.1. Subjektive Merkmale der tatbestandsmäßigen Handlung

2.1.1. Gesetzliche Vorgaben im Bereich des Vorsatzes

Als Unterschied zum deutschen StGB fällt im estnischen StGB (estStGB) von 2001 zunächst auf, dass die allgemeinen subjektiven Merkmale „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit" gesetzlich definiert werden. So unterscheidet § 16 estStGB (*intent*) zwischen einem Handeln mit Überlegung (deliberate intent), einem direkten Vorsatz (*direct intent*) und einem indirekten Vorsatz (*indirect intent*). Das Handeln mit Überlegung, zu dem man wohl auch ein absichtliches Handeln hinzurechnen darf, ist gegeben, wenn es das Ziel des Täters ist, den Tatbestand zu erfüllen, und der Täter sich dessen bewusst ist, dass solche Umstände eintreten werden oder dass sie zumindest vorausgesehen werden. Dasselbe gilt, wenn der Täter annimmt, dass er den Tatbestand notwendigerweise erfüllen muss, um sein Ziel zu erreichen. Direkter Vorsatz soll nach § 16 Abs. 3 gegeben sein, wenn der Täter wissentlich Umstände herbeiführt, die tatbestandsmäßig sind, und wenn der Täter diese Umstände will oder zumindest stillschweigend akzeptiert. Indirekter Vorsatz ist nach § 16 Abs. 4 schließlich anzunehmen, wenn der Täter die Entstehung der tatbestandsmäßigen Umstände vorhersieht und diese stillschweigend akzeptiert.

Die genannten Formen des Vorsatzes weisen zumindest eine gewisse Ähnlichkeit mit der dogmatischen Unterscheidung in Deutschland zwischen dolus directus I (Absicht), dolus directus II (sicheres Wissen) sowie dolus eventualis (billigende Inkaufnahme des Erfolgs trotz Ernstnehmens der Möglichkeit des Erfolgseintritts). Ob sie mehr Trennschärfe besitzen, wird die Bewährung in der Praxis zeigen müssen.

Auf den Vorsatz beziehen sich auch die Regelungen zum Tatbestandsirrtum sowie zum Erlaubnistatbestandsirrtum. § 17 estStGB von 2001 enthält in Abs. 1 den Tatumstandsirrtum, der vorliegt, wenn der Täter sich der tatbestandsbegründenden Umstände nicht bewusst ist. Satz 2 vermittelt den Eindruck, dass eine Bestrafung in Fällen, in denen dies rechtlich möglich ist, wegen Fahrlässigkeit eintreten wird. Jedoch wird man dies allenfalls in Form einer Rechtsgrundverweisung annehmen können. Fahrlässigkeit kommt danach nur dann in Frage, wenn im konkreten Fall die Voraussetzungen gegeben sind.

Bemerkenswert ist die Regelung zum Erlaubnistatbestandsirrtum in § 31 estStGB. Denn im Fall der irrigen Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes wird angenommen, dass die vorsätzliche Tat *not unlawful*, d.h. nicht rechtswidrig ist. Entsprechend ist § 31 Abs. 1 in Division 2 *Preclusion of unlawfulness* eingeordnet. Der Erlaubnistatbestandsirrtum ließe also nicht wie im deutschen Recht nur den Vorsatz bzw. die Strafbarkeit wegen einer vorsätzlichen Tat entfallen, sondern sogar die Rechtswidrigkeit.

Über diese Einordnung müsste man nachdenken. Im deutschen Recht wird eine Rechtmäßigkeit des Handelns im Zusammenhang mit einem Erlaubnistatbestandsirrtum nur im Fall der Unvermeidbarkeit erwogen. Man überlegt sich, ob das Verhalten dessen, der unvermeidbar irrig die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes annimmt, ein rechtswidriger Angriff im Sinne der Notwehr sein kann. Dies wird zwar verneint[*31], weil der irrende Täter kein Handlungsunrecht verwirklicht, das einem rechtswidrigen Angriff im Sinne der Notwehrregelung entspricht. Dennoch steht das Handeln des Irrenden nicht im Einklang mit der Gesamtrechtsordnung. Wenn im unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum ein vermeintlicher Angreifer getötet wird, ist dies ein im Ergebnis rechtswidriger Vorgang.[*32] Das Handeln des Irrenden stellt zwar keinen rechtswidrigen Angriff, wohl aber eine Gefahr dar, die nach den Grundsätzen des defensiven Notstandes[*33] abgewendet werden darf.

Dass wohl auch nach § 31 estStGB das Handeln des Irrenden jedenfalls dann nicht ertragen werden muss, wenn der Irrtum vermeidbar war, ergibt sich aus § 31 Abs. 1 S. 2. Denn danach kann der Täter wegen Fahrlässigkeit bestraft werden.

2.1.2. Gesetzliche Vorgaben im Bereich der Fahrlässigkeit

Im Hinblick auf die Strafbarkeit von Fahrlässigkeitsdelikten schreibt das estnische StGB von 2001 eindeutig vor, dass es sich bei der Fahrlässigkeit ebenso wie beim Vorsatz um ein subjektives Element der Tatbestandsmäßigkeit handelt (§ 12 Abs. 3). Dabei wird in § 18 zwischen bewusster (*recklessness*, § 18 Abs. 2) und unbewusster Fahrlässigkeit (*carelessness*, § 18 Abs. 3) unterschieden. Wie die noch überwiegende Meinung

[31] Vgl. W. Gropp (Fn. 6), § 6 Rn. 74.

[32] Vgl. hierzu Bundessozialgericht Juristenzeitung, 2000, S. 96 ff. mit Anmerkung C. Roxin (Fn. 1), S. 99 sowie W. Gropp, G. Küpper, W. Mitsch. Fallsammlung zum Strafrecht, 2003, Fall 6: Der „grundlose" Hilferuf, S. 115 ff.

[33] Vgl. hierzu H. J. Hirsch. Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, Festschrift für Dreher, 1977, S. 211 ff.; T. Lenckner, W. Perron. – A. Schönke, H. Schröder (Fn. 2), § 32 Rn. 21; C. Roxin (Fn 1), 1 § 14 Rn. 109.

in Deutschland sieht auch das estStGB als Element der Fahrlässigkeit die Verletzung einer Sorgfaltspflicht bzw. die Unachtsamkeit (*inattentiveness*) vor. Man kann somit davon ausgehen, dass nach estnischem StGB entsprechend dem Ansatz der finalen Handlungslehre auch beim fahrlässigen Erfolgsdelikt subjektive Tatbestandselemente anerkannt sind. Die nähere Ausgestaltung wird man hier aber der Dogmatik überlassen müssen.

2.2. Schuld(haftigkeit)

Auch im estStGB von 2001 ist eine Unterscheidung zwischen Strafbegründungsschuld und Strafzumessungsschuld zu erkennen. Die Strafzumessungsschuld findet sich in § 32 Abs. 2. Der Täter, der schuldhaft gehandelt hat (in der englischen Übersetzung heißt es zutreffend *offender* im Unterschied zu *person*), soll entsprechend seiner Schuld bestraft werden.

Ob die strafbare Handlung schuldhaft begangen worden ist, ergibt sich aus den übrigen im dritten Kapitel des estnischen Strafgesetzbuches genannten Voraussetzungen. Die in den §§ 32 und 33 angesprochene Schuldfähigkeit weist keine wesentlichen Besonderheiten gegenüber dem deutschen Strafgesetzbuch auf. Dies gilt auch für die Regelung über den Verbotsirrtum als Schuldausschließungsgrund in § 39.

Bemerkenswert ist hingegen aus deutscher Sicht, dass ein mit § 35 dStGB vergleichbarer entschuldigender Notstand im estnischen StGB von 2001 nicht enthalten ist. Denn § 29 befindet sich innerhalb von Kapitel 2, d.h. unter den Gründen, die die Rechtswidrigkeit ausschließen. Es ist in § 29 außerdem auch eindeutig davon die Rede, dass das überwiegende Interesse wahrgenommen werden muss. Eine entsprechende Vorschrift im Kapitel über die Schuldhaftigkeit der Tatbegehung findet sich hingegen nicht.

Auch einen weiteren Entschuldigungsgrund sucht man im estStGB vergebens: den Notwehrexzess nach § 33 dStGB. Es wäre interessant zu wissen, ob es sich hier um eine bewusste Entscheidung gegen die Berücksichtigung eines Motivationsdruckes in Extremsituationen handelt. Soll im Schulfall des „Brettes des Karneades" der Überlebende bestraft werden? Vermutlich nicht. Denn wie oben gezeigt, schließen auch die Entschuldigungsgründe nach deutschem StGB nicht die Schuldhaftigkeit der Tat aus, sondern wirken über eine Minderung der Strafzumessungsschuld strafreduzierend. Dabei wird die Strafe auf Null ermäßigt. Dies zeigt aber, dass die Funktion der Entschuldigungsggründe durchaus von vergleichbar gestalteten Kriterien der Strafzumessung übernommen werden kann.

Schließlich sei eine weitere Regelung im Bereich der Schuldhaftigkeit des Handelns angesprochen: der Rücktritt vom Versuch (§ 40 estStGB) als Schuldausschließungsgrund (release from guilt). Hier fällt aus deutscher Sicht die dogmatische Begründung schwer. Denn wenn man die Straffreiheit des Rücktritts darin sieht, dass der Täter einem rechtswidrigen Handlungsunwert einen Rücktrittswert entgegensetzt, den es zu „verrechnen" gilt, dann käme allenfalls eine Entschuldigung des Täters in Frage.[*34] Begründet man jedoch, mit der herrschenden Meinung in Deutschland[*35], die Straffreiheit des Zurückgetretenen damit, dass der Täter sowohl spezial- als auch generalpräventiv keiner Strafe mehr bedarf, dann kann man den Rücktritt mit der h.M. als bloßen Strafaufhebungsgrund oder – strafzumessungsbezogen – als eine Bestimmung zur Reduzierung der Strafe auf Null verstehen.[*36] Für diese Interpretationen spricht, dass der Zurücktretende nicht im Interesse der Erhaltung eines Rechtsguts handelt, das ihm besonders nahe steht. Es fehlt ihm somit der für den Entschuldigungsgrund typische Motivationsdruck, der die Verwirklichung des Unrechts verständlich macht und zur Milde veranlasst.[*37]

2.3. Subjektive Grundlagen der Verantwortlichkeit

Aus deutscher Sicht vermochte die Frage nach subjektiven Grundlagen der Verantwortlichkeit über die subjektiven Merkmale innerhalb der Tatbestandsmäßigkeit und die Merkmale der schuldhaften Handlung hinaus keine neuen Aspekte aufzuwerfen. Auch der Verweis auf die Gesinnungsmerkmale eröffnete hier keine neue Kategorie. Im estStGB von 2001 enthält indessen § 12 Abs. 3 Satz 2 die Formulierung, dass das Gesetz Motive, Ziele oder jedes andere subjektive Element als Voraussetzungen für die Tatbestandsmäßigkeit nennen darf.

---

[34] Vgl. insbesondere H.-J. Rudolphi. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil. 7./8. Aufl., Stand April 2001, § 24 Rn. 6. Ein Schuldausschluss wäre hingegen nicht möglich, weil es sich nur um eine aufrechnungsbedingte Reduzierung der Schuld, nicht aber um eine Verneinung der Schuldhaftigkeit handelt.

[35] Vgl. A. Eser. – A. Schönke, H. Schröder (Fn. 2), § 24 Rn. 2 b 4; BGH. Strafverteidiger. 1982, 1 ff.

[36] Vgl. dazu auch B. Burkhardt. Der „Rücktritt" als Rechtsfolgebestimmung, 1975.

[37] Vgl. A. Eser. – A. Schönke, H. Schröder (Fn. 2), § 24 rn. 2 b, 4; W. Gropp (Fn. 6), § 9 Rn. 86.

Der Hintergrund dieser Formulierung vermag sich aus deutscher Sicht nicht ohne Hilfe zu erschließen. Vermutlich handelt es sich hier nicht um eine gegenüber den subjektiven Merkmalen der Tatbestandsmäßigkeit eigenständige Kategorie, sondern – entsprechend der Formulierung in § 12 Abs. 3 Satz 1 – um subjektive Elemente einer strafbaren Handlung neben Vorsatz und Fahrlässigkeit. Damit legt auch der estnische Gesetzgeber nicht fest, ob diese Merkmale, die den Gesinnungsmerkmalen des deutschen Strafrechts nahe kommen dürften, für das Unrecht der Tat oder die Schuld des Täters oder beides mitkonstituierend sind. Insofern erscheint mir die verbrechenssystematische Einordnung jener subjektiven Voraussetzungen der Verantwortlichkeit ebenso unentschieden wie der Status der Gesinnungsmerkmale im deutschen Strafrecht.

3. Rechtsvergleichende Beobachtungen

Zunächst ist festzuhalten, dass zwischen dem Allgemeinen Teil des estnischen Strafgesetzbuchs von 2001 und dem des deutschen Strafgesetzbuchs von 1975 eine enge Verwandtschaft besteht. Dabei haben die Schöpfer des estStGB die Gelegenheit ergriffen, Entwicklungen des deutschen Strafrechts, die Ergebnisse der dogmatischen Diskussion sind, bereits in Gesetzesform zu gießen. Dies betrifft insbesondere den Erlaubnistatbestandsirrtum (§ 31 Abs. 1), der im Unterschied zur deutschen Lehre allerdings nicht nur den Vorsatz entfallen lässt, sondern ein Verhalten *not unlawful* machen soll. Unberührt bleibt davon jedoch – vergleichbar dem deutschen Stand der Dogmatik – eine Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit.

Eine gesetzliche Verfestigung deutscher Strafrechtsdogmatik, die uneingeschränkt Beifall verdient, stellt die Regelung des Irrtums in Form der Unkenntnis der rechtfertigenden Situation in § 31 Abs. 2 dar. Wie im deutschen Strafrecht sieht das estStGB eine Versuchsstrafbarkeit vor. Zu nennen wäre schließlich die ausdrückliche Formulierung subjektiver Tatbestandselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt. Auch dieser, in der deutschen Strafrechtsdogmatik bisher nur von einer Minderheit vertretene Schritt, ist zu begrüßen.

Differenzierter als das deutsche StGB ist das estStGB 2001 im Hinblick auf die Definition von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Ein signifikanter Unterschied zur deutschen Situation dürfte sich hieraus jedoch nicht ergeben.

Eine enge Parallele von dStGB und estStGB besteht auch hinsichtlich der Voraussetzungen der schuldhaften Handlung sowie der Schuld des Täters als Voraussetzung für die Strafzumessung. Der Schuldausschließungsgrund des Verbotsirrtums ist wie im deutschen Recht geregelt.

Eine Regelung zum entschuldigenden Notstand ist im estStGB hingegen ebenso wenig vorhanden wie eine Norm zur Straffreiheit des Notwehrexzesses. Der Unterschied relativiert sich jedoch, wenn man Entschuldigungsgründe inhaltlich als gesetzliche Strafzumessungsregelungen versteht, die bei Schuldhaftigkeit der Tat die Strafbarkeit des Täters auf Grund seiner geringen Schuld auf Null reduzieren. Denn dann lassen sich weite Bereiche der Entschuldigung der Sache nach auch im Rahmen der Strafzumessung sachgerecht berücksichtigen, indem man den Täter schuldig spricht, aber von Strafe absieht. Freilich liegt diese Entscheidung in der Hand des Strafrichters, während die Straffreiheit als Folge eines Entschuldigungsgrundes Sache des Gesetzgebers ist.

Der Rücktritt wird im estStGB als Schuldausschließungsgrund formuliert, was im dStGB durch die gesetzliche Formulierung zwar nicht ausgeschlossen erscheint, jedoch keine dogmatische Parallele findet. Eine Mindermeinung, die den Rücktritt als Entschuldigungsggrund einordnet, hat sich zu Recht nicht durchsetzen können.

Insgesamt erscheinen die Regelungen des estStGB von 2001 zu den subjektiven Merkmalen der Tatbestandsmäßigkeit, zur Schuldhaftigkeit der Handlung und zur Schuld des Täters sowie zu den subjektiven Grundlagen der Verantwortlichkeit gelungen, modern und konsistent, kurz: ein großer Wurf! Die sachliche Nähe zur Dogmatik des dStGB gibt die Möglichkeit zu Zusammenarbeit und fruchtbarem Dialog. Man darf mit Interesse verfolgen, wie sich die Strafrechtsdogmatik in den beiden Ländern, ab 2004 unter dem Dach der Europäischen Union, weiter entwickeln wird. Dem estStGB kommt im Chor des europäischen Strafrechts schon jetzt eine führende Rolle zu. Allen, die am Gelingen des estStGB mitgewirkt haben, gebührt großer Respekt und höchste Anerkennung.

Frieder Dünkel

Professor
Lehrstuhl für Kriminologie,
Universität Greifswald

Christine Morgenstern

Dr. jur., Assistentin
Lehrtuhl für Kriminologie,
Universität Greifswald

Aktuelle Probleme und Reformfragen des Sanktionenrechts in Deutschland

1. Defizite und Probleme des geltenden Sanktionenrechts

Das Sanktionensystem des deutschen Strafgesetzbuchs ist seit Anfang der siebziger Jahre im wesentlichen unverändert geblieben. Im Gefolge der beiden Strafrechtsreformgesetze von 1969 und 1975[*1] erlangten die Geldstrafe und die Strafaussetzung zur Bewährung erhebliche Bedeutung. Die Zahl der unbedingt verhängten Freiheitsstrafen sank von knapp 40% Prozent aller Verurteilungen im Jahr 1950 auf 6,4% im Jahr 2000. Als Alternativen zur Freiheitsstrafe stehen im wesentlichen nur die Geldstrafe und die Strafaussetzung zur Bewährung zur Verfügung. Die Geldstrafe macht seit der Reform Ende der 60er Jahre, als die kurze Freiheitsstrafe von bis zu 6 Monaten weitgehend zurückgedrängt wurde (vgl. § 47 StGB) jeweils ca. 82% aller gerichtlich verhängten Sanktionen, die Freiheitsstrafe zur Bewährung 12% und die unbedingte Freiheitsstrafe – wie erwähnt – ca. 6% aus. Es existiert keine originäre Strafe der gemeinnützigen Arbeit, jedoch ist gemeinnützige Arbeit zur Abwendung einer Ersatzfreiheitsstrafe bei nicht zahlungsfähigen Geldstrafenschuldnern vorgesehen. Allerdings spiegeln die in den Strafverfolgungsstatistiken enthaltenen gerichtlichen Sanktionen nur die „halbe Wahrheit" der Sanktionspraxis wieder, da sich in Deutschland seit 1975 ein differenziertes Sanktionensystem im Rahmen der sog. Diversion, d. h. der Ausnahme vom grundsätzlichen Verfolgungszwang (vgl. § 152 StPO), entwickelt hat. Gem. §§ 153 ff. StPO – hervorzuheben ist hierbei insbesondere die Einstellung des Verfahrens in Verbindung mit Auflagen (§ 153a StPO) – werden gegenwärtig nahezu 50% (1999: 47%) der Fälle eingestellt. Auch bei den bedingten Einstellungen nach

[1] Das *1. Strafrechtsreformgesetz* von 1969 brachte neben der Formulierung der Strafzumessungsgrundsätze die Einheitsfreiheitsstrafe und die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Strafaussetzung zur Bewährung. Durch das *2. Strafrechtsreformgesetz* von 1975 wurde die Geldstrafe auf das Tagessatzsystem umgestellt, daneben wurden die Verwarnung mit Strafvorbehalt und die Führungsaufsicht geschaffen.

§ 153a StPO ist die Geldauflage bei weitem die häufigste.[*2] Rechnet man die Einstellungen im Wege der Diversion nach §§ 153, 153a, 153b StPO hinzu, d. h. nimmt man die Gesamtzahl aller potentiell sanktionierbaren Personen als Grundlage, so ergibt sich nur noch ein Anteil unbedingter Freiheitsstrafen von ca. 4%. Das geltende strafrechtliche Sanktionenrecht für erwachsene Straftäter in Deutschland ist damit gekennzeichnet von der eindeutigen Dominanz der Geldstrafe und von der informellen Verfahrenserledigung (Diversion, ggf. ebenfalls in Verbindung mit finanziellen Einbußen durch Geldauflagen).

Die als „informelle Sanktionen" bezeichneten Rechtsfolgen der § 153 ff. StPO beinhalten auch das weite Feld der Mediation, die im deutschen Sprachgebrauch als Täter-Opfer-Ausgleich firmiert (vgl. § 153a I Nr. 1 und 5 StPO). Die Wiedergutmachung und der Täter-Opfer-Ausgleich können nach einer Reform aus dem Jahr 1994 auch auf gerichtlicher Ebene im Bereich der Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu einem Schuldspruch unter Absehen von Strafe, ansonsten zu einer Strafmilderung führen (vgl. § 46a StGB). 1999 wurde der Täter-Opfer-Ausgleich durch die gesetzliche Verankerung der Pflicht für Staatsanwaltschaft und Gericht, in jedem Stadium des Verfahrens auf einen Ausgleich zwischen Täter und Opfer hinzuwirken, weiter gestärkt (vgl. §§ 155a, 155b StPO).

Damit gehört nach der Gesetzeslage und vor allem angesichts der Sanktionspraxis der Gerichte Deutschland zu den „sanktionsärmeren" Staaten: Die vom Strafgesetzbuch neben Geldstrafe und Freiheitsstrafe vorgesehene Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 ff. StGB) im Bereich der Bagatellkriminalität oder die auf die Organisierte Kriminalität zugeschnittene Vermögensstrafe (§ 43a StGB)[*3] spielen kaum eine Rolle. Die seit der Einführung 1992 nur 13 mal angewendete Vermögensstrafe wurde zudem durch das Bundesverfassungsgericht im März 2002 wegen ihrer mangelnden Bestimmtheit als verfassungswidrig bewertet und ist daher heute nicht mehr anwendbar.[*4] Auch der Täter-Opfer-Ausgleich, der ein Absehen von Strafe ermöglicht (§ 46a StGB) oder im Rahmen der Diversion zu einem Strafverfolgungsverzicht führen kann (§ 153a I Nr. 1 und 5 StPO), hat im allgemeinen Strafrecht noch keine große quantitative Bedeutung erlangt.

Insgesamt betrachtet, hat sich nach überwiegender Ansicht das deutsche Sanktionensystem in der Praxis jedoch bewährt. So wird insbesondere von einer „Bewährung der Strafaussetzung zur Bewährung"[*5] gesprochen. Diese Einschätzung wird dokumentiert durch die statistisch ausgewiesene relativ geringe Widerrufsquote von knapp einem Drittel in den prognostisch problematischeren Fällen der Strafaussetzung mit Unterstellung und durch die rückläufige Widerrufsquote trotz eines zunehmend problematischeren Klientels der Bewährungshilfe (vermehrt Vorbestrafte und wiederholt Unterstellte).[*6] Die Geldstrafe wird in ihrer Form des Tagessatzsystems nicht in Frage gestellt und ebenfalls als Erfolg eingeschätzt.[*7]

Trotz dieses Befunds folgt die aktuelle kriminalpolitische Diskussion dem internationalen Trend zur Diversifikation des Sanktionensystems. Hintergrund sind vor allem die steigenden Gefangenenzahlen in den 90er Jahren, die Gefangenenrate[*8] stieg von 81 im Jahr 1995 auf 98 im Jahr 2000[*9] und liegt damit über der italienischen, die 1999 90 betrug. Sie erklärt sich überwiegend durch eine zunehmende Anzahl von Insassen, die eine lange Strafe zu verbüßen haben und durch Zuwächse bei Verurteilungen wegen Gewaltdelikten. Hierbei handelt es sich – wie die deliktsspezifische Analyse der Strafverfolgungsstatistiken zeigt – weniger um eine verschärfte Strafzumessungspraxis im Sinne der Verhängung längerer Strafen, sondern um einen Anstieg der Verurteiltenzahlen wegen entsprechender Delikte. Der Belegungsanstieg im Strafvollzug ist auch durch die Fehlbelegungen mit denjenigen, die eine Ersatzfreiheitsstrafe wegen uneinbringlicher

---

[2] Sie macht mehr als 95% der Auflagen des § 153a StPO aus, vgl. W. Heinz. Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland. Internet-Publikation: www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks99.htm (Version 5/2002, wird fortlaufend aktualisiert), III 1.1. und III 2.2.

[3] Vgl. hierzu C. Morgenstern. Internationale Mindeststandards für ambulante Strafen und Maßnahmen. Mönchengladbach: Forum Verlag, 2002, unter 4.3.2.6.4.

[4] Vgl. BVerfG v. 5.3.2002, im Internet unter www.BVerfG.de abrufbar, vgl. hierzu B.-R. Sonnen. Verfassungswidrigkeit der Vermögensstrafe. – Neue Kriminalpolitik, 2002, Nr. 14, S. 116 ff.

[5] F. Dünkel, G. Spieß. Perspektiven der Strafaussetzung zur Bewährung und Bewährungshilfe im zukünftigen deutschen Strafrecht. – Bewährungshilfe 1992, Nr. 39, S. 136. Hier fehlen allerdings genaue Zahlen für alle Fälle, da die einfachen Strafaussetzungen, d. h. die, die nicht durch eine Bewährungshilfeunterstellung begleitet werden, statistisch nicht erfasst werden. Es ist aber davon auszugehen, dass die Widerrufsquote bei den Fällen ohne Unterstellung unter einen Bewährungshelfer noch geringer ist als bei den prognostisch problematischeren Fällen der Strafaussetzung mit Unterstellung.

[6] F. Dünkel, G. Spieß (Fn 5); G. Spieß. Prophetie oder Prognose? – Neue Kriminalpolitik, 1996, Nr. 8, Heft 1, S. 31–36; W. Heinz (Fn. 2), III. 2.2.3; E. Weßlau. In welche Richtung geht die Reform des Sanktionensystems? – Strafverteidiger, 1999, Nr. 19, S. 286 m. jew. w. N.

[7] Die Rückfallquoten bei der Geldstrafe sind ausweislich früherer Untersuchungen relativ niedrig (20–30%), vgl. H.-J. Albrecht. Legalbewährung bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilten. Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1982; vgl. allerdings zu den aktuellen Problemen mit der Zunahme an Ersatzfreiheitsstrafen unten und F. Dünkel, J. Scheel, R. Grosser. Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen durch gemeinnützige Arbeit. – Bewährungshilfe, 2002, Nr. 49, S. 56–72.

[8] Die Zahl der Inhaftierten pro 100.000 Einwohner der Wohnbevölkerung.

[9] Zahlen für die alten Bundesländer, in den neuen Bundesländern liegen sie geringfügig darunter. Aktuelle Daten zum deutschen Strafvollzug finden sich in: F. Dünkel, B. Geng, K. Drenkhahn. Greifswalder Inventar zum Strafvollzug. 2002. Internet Publikation unter www.uni-greifswald.de/~ls3/gis.htm.

Geldstrafe verbüßen müssen, mitbedingt. Die nachfolgende Tabelle zeigt eindrucksvoll, dass die Geldstrafe vor allem bei sozial desintegrierten Tätern (z.B. Arbeitsentwöhnte, Alkoholiker, von Obdachlosigkeit Bedrohte) aus dem Bereich leichter bis mittelschwerer Kriminalität an ihre Grenzen stößt, und dies insbesondere im Lauf der 90er Jahre.

Tabelle 1: Jährliche Zugänge im Strafvollzug bezüglich Ersatzfreiheitsstrafen (alte Bundesländer)

Jahr	Jährliche Zugänge im Strafvollzug bzgl. Ersatzfreiheitsstrafen (alte Bundesländer)		
	abs.	Veränderung zum Vorzeitraum in %	Index 1975 = 100
1975	**26.903**	–	**100,0**
1980	**25.905**	–3,7	**96,3**
1985	**30.765**	+18,8	**114,4**
1990	**29.503**	–4,1	**109,7**
1995	**42.127**	+42,8	**156,6**
1999	**50.586**	+20,1	**188,0**
2000	**46.250**	–8,6	**171,9**
2001	**44.225**	–4,4	**164,4**

Quelle: Eigene Berechnungen anhand Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10, Reihe 4.2, Strafvollzug – Anstalten, Bestand und Bewegung der Gefangenen 1975-2001, jew. Tab. 1.3. bzw. 1.4.

Die Zugänge im Strafvollzug hatten sich 1990-99 fast verdoppelt, in den beiden folgenden Jahren hat sich die Situation leicht entspannt, nicht zuletzt dank vermehrter Anstrengungen der Haftvermeidung und spektakulärer Praxisprojekte wie dasjenige in Mecklenburg-Vorpommern, mit dem es gelang die fehlbelegten Haftplätze um die Hälfte zu senken (vgl. Abb. 1).[*10]

Kritisiert wird im Rahmen der Reformdiskussion des Sanktionenrechts außerdem, dass die erwähnte vom Gesetz vorgesehene Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe nach § 47 StGB nicht vollständig gelungen ist: Im Jahr 2000 waren immer noch 37% aller verhängten Freiheitsstrafen kürzer als sechs Monate, davon wurde auch ein nicht unerheblicher Teil von 25% unbedingt vollstreckt.[*11]

Vorschläge gibt es vor allem im Hinblick auf wesentliche Erweiterungen der Anwendungsbereiche der gemeinnützigen Arbeit und des Fahrverbots, auf eine Erweiterung der Möglichkeiten der Straf(rest)aussetzung zur Bewährung sowie zur Einführung des elektronisch überwachten Hausarrests, wenngleich letzterer Vorschlag nicht im Sinne einer neuen Sanktionsform, sondern als Vollstreckungsmodalität des letzten Teils einer unbedingten Freiheitsstrafe diskutiert wird. Maßgeblich für die aktuelle kriminalpolitische Diskussion[*12] sind verschiedene Gesetzentwürfe[*13], darunter ein umfassender vom Bundesministerium der Justiz vorgelegter Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts[*14], der jedoch im Sommer 2002 nur in einer

[10] Vgl. F. Dünkel, J. Scheel, R. Grosser (Fn 7), S. 56–72; F. Dünkel. Empirische Fragen der Rechtswirkungsforschung – dargestellt anhand aktueller Projekte der Kriminologie in Greifswald. – M. Rodi (Hrsg.). Rechtswirkungsforschung in Greifswald. Köln u. a.: Heymanns Verlag, 2002, S. 122 ff.

[11] Berechnet nach *Strafverfolgungsstatistik* 2000, S. 48.

[12] Maßgeblich für die Diskussion in den frühen neunziger Jahren war das umfangreiche Gutachten von H. Schöch. Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C für den 59. Deutschen Juristentag. – Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.). Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages. 1. Band München: C. H. Beck, 1992, C. 1-139. Aktuelle Diskussionsbeiträge sind: H. Däubler-Gmelin. Schwerpunkte der Rechtspolitik in der neuen Legislaturperiode. – Zeitschrift für Rechtspolitik, 1999, Nr. 32, S. 81–85; W. Feuerhelm. Die Gemeinnützige Arbeit im Strafrecht. – Neue Kriminalpolitik, 1999, 11, Heft 1, S. 22–27; M. Heghmanns. Fahrverbot, Arbeitsstrafe und Hausarrest als taugliche Instrumente zur Vermeidung von unnötigem Strafvollzug? – Zeitschrift für Rechtspolitik, 1999, Nr. 32, S. 297–302; F. Streng. Modernes Sanktionenrecht? – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1999, Nr. 111, S. 827–862; E. Weßlau (Fn. 6), S. 278–287.

[13] Gesetzentwurf zur Einführung der gemeinnützigen Arbeit als strafrechtliche Sanktion. – Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 13/10485, erneut in den Bundestag eingebracht (BT-Drs. 14/762); Gesetzentwurf zur Verbesserung des strafrechtlichen Sanktionensystems. – BT-Drs. 14/761; Gesetzentwurf zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes. – BR-Drs. 698/97, neu eingebracht als BT-Drs. 14/519. Die Bundesrats- und Bundestagsdrucksachen sind über das Internet zugänglich: www.dip.bundestag.de.

[14] Der Referentenentwurf vom 8.12.2000 kann von www.bmj.bund.de abgerufen und heruntergeladen werden (unter Gesetzgebungsvorhaben/ Archiv, hier ist auf S. 66 zurückzublättern).

reduzierten Form in das Gesetzgebungsverfahren gegeben wurde, aber mit Ablauf der Legislaturperiode der „Diskontinuität" anheim fiel.*[15] Nach dem Wahlsieg der sog. Rot-Grünen-Koalition am 22.9.2002 ist anzunehmen, dass ein entsprechender Gesetzentwurf in der Legislaturperiode 2002–2006 erneut eingebracht werden wird. Dem letzten Gesetzesentwurf voran ging die Arbeit einer 1997 noch von der früheren konservativ-liberalen Bundesregierung eingesetzten Kommission, die ihren Abschlussbericht im März 2000 vorlegte.*[16] Im folgenden werden die einzelnen aktuellen Reformvorschläge vorgestellt, die voraussichtlich im Jahr 2003 Gegenstand erneuter Gesetzesreforminitiativen sein werden.

2. Reformvorschlag: die Gemeinnützige Arbeit stärken

Die meisten Befürworter findet der Vorschlag, den Anwendungsbereich der gemeinnützigen Arbeit zu erweitern. Bislang gibt es sie nur als Ersatzsanktion zur Vermeidung einer Ersatzfreiheitsstrafe bei uneinbringlicher Geldstrafe (Art. 293 EGStGB). Dabei ist jedoch die Einführung als selbständige Hauptstrafe vor allem aus verfassungsrechtlichen*[17] Gründen umstritten. Wie die Europäische Menschenrechtskonvention auch, spricht das deutsche Grundgesetz nach Meinung gewichtiger Stimmen in der Literatur gegen eine Einführung der gemeinnützigen Arbeit als Hauptstrafe, da ihr die im Verweigerungsfall drohende Freiheitsstrafe Zwangsarbeitscharakter i. S. des Art. 12 Abs. 2 GG geben würde.

Dies versucht aus verfassungsrechtlichen Erwägungen der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zu vermeiden, der eine Ersetzungslösung vorsieht. Danach sollte das Gericht erst dann, wenn es nach den Kriterien des § 47 StGB eine unbedingte Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten für unausweichlich hält, auf Antrag des Betroffenen statt dessen die Ableistung gemeinnütziger Arbeit gestatten können.*[18] Diese Regelung ist im letzten Entwurf der rot-grünen Regierungsparteien nicht mehr enthalten, wenngleich am Prinzip der gemeinnützigen Arbeit als Ersatzstrafe für die Geldstrafe festgehalten wird.*[19]

§ 43 des Gesetzentwurfs des Justizministeriums und des Entwurfs vom Juni 2002 sehen vor, dass die gemeinnützige Arbeit Regelersatzsanktion bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe wird. Bisher war die gemeinnützige Arbeit Ersatzsanktion für die im Falle der Uneinbringlichkeit anzuordnende Ersatzfreiheitsstrafe (vgl. Art. 293 EGStGB und die dazu erlassenen Verordnungen der Bundesländer), jetzt soll sie direkt an die Stelle der uneinbringlichen Geldstrafe **vor** einer Ersatzfreiheitsstrafenanordnung gestellt werden, eine Änderung des Vollstreckungsablaufs, von der man sich eine Reduzierung der tatsächlich zu verbüßenden Ersatzfreiheitsstrafen erhofft.

Dabei sollen nunmehr drei (anstatt der bisher regelmäßig üblichen 6) Stunden Arbeit einem Tagessatz entsprechen.*[20] Nur wenn der Straffällige hierzu seine Zustimmung verweigert oder die Arbeit nicht ordnungsgemäß leistet, sollen Ersatzfreiheitsstrafen zu verbüßen sein. Damit wird die bisherige – in der Praxis unterschiedlich gehandhabte*[21] – Regelung des Vorrangs gemeinnütziger Arbeit zur Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen noch weiter ausgebaut.

Weiterhin sollte die Leistung gemeinnütziger Arbeit nach dem Entwurf von 2000 auf Antrag auch dann möglich sein, wenn eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr zur Bewährung ausgesetzt wird. Daneben sollten Auflagen und Weisungen unzulässig sein. Der Nutzen dieser Regelung für den Straffälligen hätte darin bestanden, dass er seine Bewährungszeit abkürzen und so das Risiko des Bewährungswiderrufs senken kann. So soll der Gleichbehandlungsgrundsatz umgesetzt werden, um nicht denjenigen, die zu unbedingter Freiheitsstrafe verurteilt worden sind, eine schnellere Erledigung ihrer Strafe zu ermöglichen als denjenigen, die die Voraussetzungen für eine Aussetzung erfüllen, jedoch durch die Bewährungszeit und ggf. durch Auflagen oder Weisungen belastet sind.

---

[15] Vgl. den Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD und von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 11.6.2002. – BT-Drs. 14/9358.

[16] Vgl. Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems. Abschlußbericht. Bonn: Internet-Publikation, abrufbar unter www.bmj.bund.de (Gesetzesvorhaben), 2000.

[17] Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung gibt es bisher zur gemeinnützigen Arbeit als Auflage bei der Strafaussetzung zur Bewährung und im Jugendstrafrecht – in beiden Fällen wurde sie grundsätzlich als verfassungsgemäß angesehen.

[18] Bundesministerium der Justiz. Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts. (Stand 8. Dezember 2000). Bonn. Internet-Publikation, abrufbar unter www.bmj.bund.de (Gesetzesvorhaben), 2001, § 55a StGB-E; Bundesministerium der Justiz. Begründung. (Stand 8. Dezember 2000). Bonn. Internet-Publikation, abrufbar unter www.bmj.bund.de (Gesetzesvorhaben), S. 8 ff.; vgl. auch C. Morgenstern (Fn 3), unter 4.3.2.6.2.

[19] Vgl. BT-Drs 14/9358, S. 1 ff., 10.

[20] So auch der Entwurf vom 11.6.2002, vgl. BT-Drs 14/9358, S. 3, 10, 13 f.

[21] Vgl. J.-M. Jehle, W. Feuerhelm, P. Block. Gemeinnützige Arbeit statt Ersatzfreiheitsstrafe. Wiesbaden: Kriminologische Zentralstelle, 1990; W. Feuerhelm. Stellung und Ausgestaltung der gemeinnützigen Arbeit im Strafrecht. Wiesbaden: Kriminologische Zentralstelle, 1997.

Hier – wie auch bei der gemeinnützigen Arbeit als Ersatzstrafe bei uneinbringlicher Geldstrafe – hätte sich allerdings eine mögliche Höchststundenzahl von über 1000 Stunden abzuleistender Arbeit ergeben können. Bei der Geldstrafe sind wegen der sehr zurückhaltenden Verhängung von Geldstrafen von mehr als 90 Tagessätzen in der Regel wesentlich niedrigere Stundenzahlen abzuleisten, so dass sich praktisch auch das Problem der hohen Stundenzahlen bei der gemeinnützigen Arbeit als Ersatzsanktion nur selten stellen würde. Die Option der gemeinnützigen Arbeit im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung kann jedoch eine solche Belastung für den Betroffenen darstellen, dass die praktische Umsetzung dieser Regelung sehr problematisch erscheint, selbst wenn das Bemühen, auch schwerere Straftaten in den Anwendungsbereich der ambulanten Sanktionen einzubeziehen, grundsätzlich zu begrüßen ist. Der Entwurf von 2002 hat aufgrund der vielfach geäußerten Vorbehalte die Ersetzungslösung bei Bewährungsstrafen bzw. nicht ausgesetzten kurzen Freiheitsstrafen nicht mit aufgenommen.

Auch im Entwurf von 2002 ist eine Umstellung des Umrechnungsmaßstabs von der Tagessatzzahl der Geldstrafe und den ersatzweise zu vollstreckenden Tagen Ersatzfreiheitsstrafe von 1:1 auf 2:1 geplant. Zwei Tagessätze Geldstrafe entsprechen damit einem Tagessatz Ersatzfreiheitsstrafe. Damit halbieren sich die zu verbüßenden Ersatzfreiheitsstrafen. Teilweise (z.B. Baden-Württemberg) wird dieser Umrechnungsmodus bereits jetzt im Gnadenweg praktiziert. Dies ist dadurch gerechtfertigt, dass die mit einem Freiheitsentzug verbundenen Belastungen erheblich über die Einbuße des durch das Nettoprinzip ermittelten Tageseinkommens hinausgehen.

Insbesondere der Deutsche Richterbund hat an dem Entwurf Kritik geübt[*22], die jedoch wenig fundiert erscheint und abzulehnen ist. Dies gilt vor allem hinsichtlich der geäußerten Bedenken an der praktischen Realisierbarkeit gemeinnütziger Arbeitsangebote. Das Praxisprojekt in Mecklenburg-Vorpommern hat gezeigt, dass selbst in einem strukturschwachen Flächenland ein differenziertes und flächendeckendes Angebot an Einsatzstellen geschaffen werden kann.[*23]

Der Entwurf des Bundesministeriums der Justiz von 2000, der im Gegensatz zu einem früheren Bundesratsentwurf die gemeinnützige Arbeit nicht als selbständige Sanktion, sondern im Rahmen einer Ersetzungslösung vorsehen, ist nicht nur unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu befürworten, sondern auch, weil er besser gewährleistet, dass gemeinnützige Arbeit wirklich Freiheitsentzug reduziert, anstatt lediglich andere ambulante Sanktionen zu ersetzen oder gar in Fällen eingesetzt zu werden, bei denen bislang das Verfahren wegen Geringfügigkeit eingestellt wurde (Gefahr des *net-widening*).[*24]

3. Erweiterung des Fahrverbots zur selbständigen Strafe

Neben der gemeinnützigen Arbeit ist ferner die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Fahrverbotes in der Diskussion. Hier ist grundsätzlich zu begrüßen, dass in der vom Bundesjustizministerium ebenso wie von den Regierungsparteien vorgeschlagenen Gestaltung das Fahrverbot nicht mehr nur neben einer Geld- oder Freiheitsstrafe (als Nebenstrafe, vgl. § 44 StGB) verhängt werden kann, sondern zur selbständigen Hauptstrafe ausgestaltet werden soll. Die Entwürfe beschränken die Anwendbarkeit des Fahrverbots wie bisher auf Zusammenhangstaten im Bereich des Straßenverkehrs. So wird vermieden, dass es zu Sanktionierungen kommt, die mit der Ursprungstat nichts zu tun haben. Wegen der zeitlichen Ausdehnung von drei auf sechs Monate kann das Fahrverbot die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe entbehrlich machen. Ebenso ist es jedoch möglich, dass die längeren Fahrverbote wie bisher neben Geld- oder Freiheitsstrafen verhängt werden, es damit zu einem *net-widening*-Effekt im Sinne einer Intensivierung der Sanktionierung kommt.

---

[22] Vgl. die Stellungnahme vom März 2001 unter www.drb.de.

[23] Insgesamt wurden mehr als 900 Einsatzstellen aufgebaut, davon 62 mit einer besonderen sozialpädagogischen Betreuung für Arbeitsentwöhnte, Alkoholiker und andere Problemfälle, vgl. F. Dünkel, J. Scheel, R. Grosser (Fn. 7).

[24] Vgl. zur Gefahr des *net-widening* mit empirischen Belegen C. Morgenstern (Fn. 3), unter 4.3.2.7.2. Nachweise zu amerikanischen Studien aus den siebziger Jahren finden sich z. B. bei J. Austin, B. Krisberg. Wider, Stronger and Different Nets: The Dialectics of Criminal Justice Reform. – Journal of Research in Crime and Delinquency, 1981, Nr. 18, S. 169 ff.; den elektronisch überwachten Hausarrest betreffend bei M. Hudy. Elektronisch überwachter Hausarrest. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1999, S. 82 ff.; K. Wittstamm. Elektronischer Hausarrest? Zur Anwendbarkeit eines amerikanischen Sanktionsmodells in Deutschland. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1999, S. 53 ff. Für die gemeinnützige Arbeit wird von solchen Effekten in Größenordnungen bis 50% z. B. aus den Niederlanden berichtet; vgl. E. C. Spaans. Community Service in the Netherlands: Its Effects on Recidivism and Net-Widening. – International Criminal Justice Review, 1998, Nr. 8, S. 6 ff. und J. Junger-Tas. Alternatives to Prison Sentences. Experiences and Developments. Amsterdam, New York, 1994, S. 61 f.; für die nordischen Staaten K. Cornils. Gemeinnützige Arbeit in den nordischen Ländern. – Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1994, Nr. 77, S. 328.

4. Erweiterung der Möglichkeiten der Straf(rest)aussetzung zur Bewährung

Der dritte Diskussionsgegenstand ist die Ausweitung der Möglichkeiten der Straf(rest)aussetzung zur Bewährung. Dabei gibt es zum einen die Überlegung, die Obergrenze für Strafaussetzungen zur Bewährung auf drei Jahre anzuheben. Dieser lange von der SPD verfolgte Ansatz wird aber von der rot-grünen Bundesregierung offensichtlich politisch für inopportun gehalten, er war in den Gesetzesvorhaben vom Jahr 2000 und 2002 nicht mehr enthalten. Offenbar spielt dabei die Befürchtung eine Rolle, dass die Richter in Fällen, in denen sie eine Aussetzung in jedem Fall verhindern wollen, zu längeren Freiheitsstrafen als 3 Jahre greifen, die Sanktionspraxis sich so ggf. weiter verschärft.

Diese Befürchtungen erscheinen allerdings kaum begründet. Ein Bedürfnis der Aussetzung auch längerer Freiheitsstrafen ist schon wegen der Reformgesetze von 1998[*25], mit denen die Strafrahmen z. T. beträchtlich angehoben wurden, gegeben. Die ablehnende Haltung der Bundesregierung ist auch angesichts der schon erwähnten allgemein positiven Entwicklung der Strafaussetzung zur Bewährung und Bewährungshilfe in Deutschland zu bedauern. Man wird abwarten müssen, ob die im September 2002 gewählte neue rot-grüne Regierung etwas mehr Mut in der Kriminalpolitik entwickeln wird.

Hingegen wurde im Entwurf vom 8.12.2000 zur Reform des Sanktionenrechts das Instrument der Halbstrafenaussetzung gestärkt, indem alle Erstverbüßer zeitiger Freiheitsstrafen nach Verbüßung der Hälfte der Strafe entlassen werden können. Bislang können nur Erstverbüßer mit Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren bereits nach der Hälfte der Strafzeit entlassen werden. Mit einem solchen gesetzgeberischen Signal würde möglicherweise Tendenzen einer restriktiveren Praxis bei den Strafrestaussetzungen insgesamt entgegengewirkt werden.[*26] Der Entwurf vom Juni 2002 hat diese Regelung aber nicht mit aufgeführt, ein Zeichen einer auch hier allzu vorsichtigen und ängstlichen Politik. Offenbar wollte die Regierung im Wahlkampf der Opposition keine Chance geben, als allzu „lasch" bei der Kriminalitätsbekämpfung gebrandmarkt zu werden. Auch hier besteht die Hoffnung, dass die neu gewählte Regierung mit etwas mehr Mut die früheren eigenen Vorschläge wieder aufgreift.

5. Einführung des elektronisch überwachten Hausarrests?

Ein viertes, besonders umstrittenes Reformthema ist die Einführung des elektronisch überwachten Hausarrests. Die deutsche Justizministerkonferenz hat sich 1999 für die Einführung von Modellversuchen des elektronisch überwachten Hausarrests als Form der Strafverbüßung ausgesprochen. Da hierfür das StVollzG geändert werden müßte, wurde ein Bundesratsentwurf ebenfalls 1999 in den Bundestag eingebracht, der aber nicht verabschiedet wurde.[*27] Angesichts zahlreicher Vorbehalte in Wissenschaft und Praxis gab es bislang lediglich in einzelnen Bundesländern (Berlin, Hamburg) Absichtserklärungen für Modellprojekte einer elektronischen Überwachung als Vollzugsform für Gefangene, die weniger als sechs Monate Freiheitsstrafe bzw. Restfreiheitsstrafe zu verbüßen haben, die aber derzeit nicht weiter verfolgt werden.

Während es in Ländern wie Schweden oder der Schweiz, die noch in erheblichem Umfang kurze Freiheitsstrafen vollstrecken, sinnvoll sein mag, elektronisch überwachten Hausarrest einzuführen, macht dies in Deutschland keinen Sinn. Hierzulande tendiert das in Frage kommende Klientel gegen „Null", so dass eine Einführung des elektronisch überwachten Hausarrests in weitem Umfang zu einer Ausweitung bzw. Intensivierung der sozialen Kontrolle im Bereich der bisher „normal" unterstellten Bewährungsprobanden oder der Geldstrafe zur Folge hätte (*net-widening*).

Die genannten Entwürfe und Projekte lassen eine Reihe von Problemen, die für die deutsche Gesetzgebung und Praxis zu konstatieren sind, ungelöst. Neben Einzelfragen ist dies insbesondere die Festlegung von

[25] Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 31.1.1998 (BGBl. I 1998, 160) und 6. Strafrechtsreformgesetz vom 1.4.1998 (BGBl. I 1998, 188).

[26] Jedoch hat H. Cornel (Die Praxis der Strafrestaussetzung zur Bewährung nach der Änderung des § 57 StGB vom Januar 1998. Berlin: Alice-Salomon-Fachhochschule für Sozialarbeit und Sozialpädagogik, 2002) auf der Basis einer umfangreichen Auswertung der (allerdings unzulänglichen) Belegungsdaten und Statistiken der Länderjustizministerien nur vereinzelt empirische Belege für eine restriktivere Praxis allgemein gefunden, was nicht ausschließt, dass bei den statistisch weniger häufigen Sexual- und Gewalttätern sich die (an sich nur redaktionell gemeinte) Änderung des § 57 StGB von 1998 negativ ausgewirkt hat.

[27] Vgl. BT-Drs 14/1519, Entwurf eines § 10a StVollzG; vgl. hierzu T. Bösling. Elektronisch überwachter Hausarrest als Alternative zur kurzen Freiheitsstrafe? – MschKrim, 2002, Nr. 85, S. 105.

Beschwerdeverfahren innerhalb der Vollstreckung ambulanter Sanktionen durch staatliche Stellen oder freie Träger. Obwohl der Europarat in seiner jüngsten Empfehlung zu gemeindebezogenen Sanktionen ausdrücklich auf Defizite des Beschwerdeverfahrens in vielen europäischen Staaten hinweist[*28], bleibt dieser Punkt in allen aktuellen deutschen Gesetzentwürfen ausgespart. Besonders für die Vollstreckung der gemeinnützigen Arbeit ist die fehlende Regelung eines Beschwerdeverfahrens als Mangel zu bewerten. Ebenso wenig gibt es Initiativen, die die organisatorischen und rechtlichen Probleme der Vollstreckungsinstitutionen – auch unter der Berücksichtigung der freien Träger – angehen, wie dies etwa durch ein einheitliches Bewährungshilfegesetz geschehen könnte.

6. Weitere Reformüberlegungen in den Reformentwürfen von 2000 bzw. 2002

Als weitere Reformvorschläge der Reformentwürfe von 2000 bzw. 2002 sind zwei nicht unwesentliche Teilaspekte zu erwähnen. Zum einen geht es um die vorsichtige Erweiterung der in der Praxis bedeutungslosen Verwarnung mit Strafvorbehalt nach § 59 StGB. Die Verwarnung stellt praktisch eine zur Bewährung ausgesetzte Geldstrafe dar. Sie soll zukünftig auch mit der gemeinnützigen Arbeit als Bewährungsauflage verknüpft werden können. Ferner wird ihr Ausnahmecharakter abgeschwächt.[*29] Die Bewährungszeit wird auf maximal 2 Jahre begrenzt (bisher 3 Jahre). Ob sich die Verurteilung mit Strafvorbehalt tatsächlich zu einer bedeutsamen Alternative zur Freiheitsstrafe unterhalb der Strafaussetzung zur Bewährung entwickeln wird, bleibt eher fraglich, da entsprechende geeignete Fälle in der Regel durch die Diversion, insbesondere § 153a StPO „abgeschöpft" werden dürften. Allerdings ist ein Bedarf an Sanktionen, die die Vorteile der Bewährungsaufsicht und -hilfe ohne eine damit verknüpfte Freiheitsstrafe (die im Falle des Scheiterns zu verbüßen ist) gewährleisten, nicht von der Hand zu weisen. Deshalb hatte das Gutachten von Schöch zum Juristentag 1992 eine Aufwertung der Verwarnung mit Strafvorbehalt angeregt.[*30] Dünkel/Spieß hatten noch weitergehend die Umgestaltung der Verwarnung in eine eigenständige Bewährungsstrafe (ähnlich der englischen *probation*) gefordert.[*31]

Eine in ihrer symbolischen und tatsächlichen Auswirkung ganz erheblicher Reformvorschlag des Referentenentwurfs sowie des Entwurfs von 2002 ist die in § 40a StGB vorgesehene Zweckbestimmung der Geldstrafe, wonach 10% der Geldstrafe einer gemeinnützigen Einrichtung, deren Zweck die Hilfe für Opfer von Straftaten ist, zugewiesen werden soll. Dies würde sich angesichts der quantitativen Bedeutung der Geldstrafe in Deutschland deutlich auswirken und der Opferhilfe einen enormen Bedeutungszuwachs bescheren. Da allerdings die entsprechenden Beträge dem Staat entgingen, erscheint die Verwirklichung dieses Reformvorhabens angesichts ohnehin drastischer Steuerausfälle eher unwahrscheinlich.

7. Exkurs: Reformüberlegungen zum Jugendstrafrecht

Das für 14–21jährige Jugendliche und Heranwachsende geltende deutsche Jugendstrafrecht steht mit seinem ausdifferenzierten Sanktionenkatalog ganz im Gegensatz zum „schlichten" und sanktionsarmen Erwachsenenstrafrecht. Das seit 1953 unveränderte JGG wurde 1990 mit dem 1. JGG-Änderungsgesetz grundlegend reformiert, wenngleich der Bundestag mit der Verabschiedung des Gesetzes einen Katalog weiterer Reformfragen beschloss, der eigentlich schon im Zeitraum bis 1992 hätte zu einem 2. JGG-Änderungsgesetz führen sollen.[*32] In der Zwischenzeit ist der Reformeifer allerdings vorübergehend erlahmt, zumal der Anstieg der registrierten Jugendkriminalität anfangs der 90er Jahre die ursprünglich liberalen Reformüberlegungen in Frage stellte.

[28] Council of Europe: Recommendation Rec (2000) 22 of the Committee of Ministers to Member States on Improving the Implementation of the European Rules on Community Sanctions and Measures and report, adopted by the Committee of Ministers on 29 November 2000. Strasbourg, 2000.

[29] Vgl. Bundesministerium der Justiz 2001 (Fn 18), S. 32 f.; BT-Drs 14/9359, S. 11, 17 f.

[30] Vgl. H. Schöch (Fn. 12).

[31] Vgl. F. Dünkel, G. Spieß (Fn 5).

[32] Vgl. hierzu W. Heinz. Deutschland. – F. Dünkel, A. van Kalmthout, H. Schüler-Springorum (Hrsg.). Entwicklungstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrechtim europäischen Vergleich. Mönchengladbach: Forum Verlag, 1997, S. 3–65 m. w. N.

Die aus Fachkreisen vorgelegten aktuellen Reformüberlegungen in Deutschland wurden in zwei Kommissionen der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen erarbeitet und formuliert, zum einen bereits 1992, zum anderen in vorläufigen Überlegungen im Jahre 2001.[*33] Im September 2002 wurde aus Anlass des Deutschen Juristentags ein entsprechender Abschlussbericht vorgelegt.[*34] Der Deutsche Juristentag befasste sich mit der Frage „Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?".

Die Reform des JGG von 1990 hatte folgende wesentliche Neuerungen gebracht:

- Ausweitung der Diversion, insbesondere im Falle eines Täter-Opfer-Ausgleichs (vgl. § 45 II JGG);
- Übernahme der „neuen ambulanten Maßnahmen" (Betreuungsweisung, Sozialer Trainingskurs, Täter-Opfer-Ausgleich, Gemeinnützige Arbeit) ins Gesetz (§§ 10, 15 JGG);
- erweiterte Möglichkeiten der Strafaussetzung zur Bewährung, insbesondere bei Jugendstrafen von mehr als einem bis zu zwei Jahren (vgl. §§ 21 II, 30 JGG);
- Abschaffung der zeitlich relativ unbestimmten Jugendstrafe;
- Ausbau der Jugendgerichtshilfe (u. a. als Haftentscheidungshilfe, vgl. §§ 38 II, 72a JGG) und der Verteidigung (vgl. § 68 Nr. 4 JGG) bei Jugendlichen;
- Einschränkung der Anordnung von Untersuchungshaft bei Jugendlichen, insbesondere bei 14- und 15jährigen (vgl. § 72 JGG).

Als Desiderate der Reform hatte der Bundestag in seinem Beschluss von 1990 u. a. die Klärung der Voraussetzungen der Verhängung von Jugendstrafe, das Verhältnis von Erziehungsmaßregeln und sog. Zuchtmitteln (z.B. Jugendarrest, Auflagen im Sinne von Denkzettelstrafen), die Behandlung 18–21jähriger Heranwachsender, Fragen der Strafzumessung (Aufschaukelungstendenzen), die Stellung der Jugendgerichtshilfe und die Aus- und Fortbildung von Jugendrichtern und -staatsanwälten genannt.

Die erste DVJJ-Kommission entwickelte Vorschläge, die auf eine weitere Zurückdrängung von freiheitsentziehenden Sanktionen ausgerichtet waren. Der Erziehungsgedanke sollte beibehalten werden, das Schuldprinzip und der Verhältnismäßigkeitsgedanke aber stärker integriert werden. Demgemäss sollten auch erzieherische Sanktionen nach dem Verhältnismäßigkeitsgedanken begrenzt werden (z.B. Einführung einer Höchststundenzahl für die gemeinnützige Arbeit). Der Jugendarrest, d. h. Freiheitsentzug an zwei Wochenenden oder von bis zu 4 Wochen, sollte abgeschafft werden, Jugendstrafe im Mindestmass von 6 auf 3 Monate verkürzt werden. Auch das Höchstmass der Jugendstrafe sollte bei Jugendlichen von 5 auf 2, bei Heranwachsenden von 10 auf 5 Jahre herabgesetzt werden (Ausnahme bei Kapitaldelikten, wo es bei 10 Jahren Höchststrafe bleiben sollte).[*35]

Die im Jahr 1999 eingesetzte zweite DVJJ-Reformkommission legte erste Ergebnisse im Jahr 2001 und den Abschlußbericht im September 2002 vor, die in der Tradition der ersten Kommission stehend eine Absenkung des Strafenniveaus und Ausweitung ambulanter Maßnahmen unter Klarstellung und Abgrenzung der im engeren Sinne sozialpädagogischen Maßnahmen von den schlicht verpflichtenden Sanktionen wie gemeinnützige Arbeit, Geldbuße, Entziehung der Fahrerlaubnis beinhalteten.[*36] Zum Jugendarrest gibt es keine einheitliche Meinung; eine Gruppe will ihn gänzlich abschaffen, eine andere den Dauerarrest von einer Woche bis zu vier Wochen beibehalten. Letztere Gruppe setzte sich mit knapper Mehrheit durch. Allerdings soll nach den Vorstellungen der DVJJ die Verhängung von Jugendarrest von der vorherigen erfolglosen Verhängung ambulanter Maßnahmen abhängig gemacht werden.[*37]

Das Ziel des Jugendstrafrechts wird von der DVVJ-Kommission in der Legalbewährung (Spezialprävention) und Förderung des jungen Menschen im Hinblick auf die soziale Integration gesehen. Damit wird den Forderungen nach einer zeitgemäßen Interpretation bzw. Reformulierung des Erziehungsgedankens Rechnung getragen.[*38]

Es soll an dieser Stelle allerdings nicht unterschlagen werden, dass sich im Laufe der 90er Jahre auch gegenläufige kriminalpolitische Tendenzen aus den Reihen der konservativen Parteien CDU/CSU artikuliert

[33] Vgl. Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e. V (DVJJ) Kommission. Für ein neues Jugendgerichtsgesetz – Die Vorschläge der DVJJ-Kommission zur Reform des Jugendkriminalrechts. – DVJJ-Journal, 1992, Nr. 3, S. 4–39; DVJJ-Kommission. Erste Ergebnisse der Beratung der zweiten DVJJ-Reformkommission. – DVJJ-Journal, 2001, Nr. 12, S. 345–354.

[34] Vgl. DVJJ, 2 Jugendstrafrechtsreform-Kommission. Vorschläge für eine Reform des Jugendstrafrechts. – DVJJ-Journal EXTRA, 2002, Nr. 5.

[35] Vgl. DVJJ-Kommission 1992 (Fn 33), S. 3 ff.

[36] Einen guten Überblick über die Reformvorschläge im Einzelnen gibt H. Ostendorf. Weiterführung der Reform des Jugendstrafrechts – Vorschläge der 2. Jugendstrafrechtsreformkommission der DVJJ. – Strafverteidiger, 2002, Nr. 22, S. 436 ff., 439 ff.

[37] Vgl. DVJJ, 2. Jugendstrafrechtsreform-Kommission (Fn. 34), S. 81 f.

[38] Vgl. hierzu schon die Beiträge in Bundesministerium der Justiz (Hrsg.). Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung. Bonn: Bundesministerium der Justiz, 1992 insbesondere W. Heinz; vgl. DVJJ, 2. Jugendstrafrechtsreform-Kommission (Fn. 34), S. 4 ff.

haben. Gefordert wurde die Herabsetzung des Strafmündigkeitsalters von 14 auf 12 Jahre und die nur noch ausnahmsweise Aburteilung von Heranwachsenden nach Jugendstrafrecht (die gegenwärtige Praxis bezieht Heranwachsende zu 60%, bei den schweren Delikten zu über 90% in das Jugendstrafrecht ein).[*39] Die Stellungnahmen aus der Wissenschaft und Praxis hierzu sind eindeutig ablehnend.[*40] Zwar ist nach dem Wahlsieg der rot-grünen Koalition nicht mit entsprechenden Verschärfungen des Jugendstrafrechts zu rechnen, jedoch kann derartige symbolische und populistische Politik die von Fachkreisen vorgeschlagenen Reformen in die andere Richtung möglicherweise erschweren.

Eine für die weitere Entwicklung wichtige Studie ist zweifellos das aktuelle Gutachten von H.-J. Albrecht zum 64. Deutschen Juristentag im September 2002.[*41]

Die Bestandsaufnahme von Albrecht kommt zu dem Ergebnis, dass das Erziehungsziel und die Erziehungskonzeption des Jugendstrafrechts die damit verfolgten Ansprüche nicht einlösen konnten. „Vielmehr sind die Folgen eher zu Lasten junger Straffälliger ausgefallen." In der Konsequenz fordert Albrecht, „das Erziehungsziel als Begründung des Jugendstrafrechts und als Leitlinie der Bemessung von jugendstrafrechtlichen Sanktionen" aufzugeben.[*42] Wie von den DVJJ-Kommissionen auch, wird die Benachteiligung Jugendlicher durch den Erziehungsgedanken wie z.B. durch die fakultativ aus erzieherischen Gründen mögliche Nichtanrechnung der Untersuchungshaft (§ 52a JGG) oder die Entfernung des Angeklagten aus der Hauptverhandlung (§ 51 JGG) abgelehnt.[*43] Allerdings halten die DVJJ-Kommissionen (und mit ihnen die ganz herrschende Meinung in Wissenschaft und Praxis) im Gegensatz zu Albrecht an einem auf Spezialprävention reduzierten Erziehungsgedanken als Eckpfeiler des Jugendstrafrechts fest.[*44] Albrecht möchte seinerseits trotz der weitgehenden Angleichung an das Erwachsenenstrafrecht dennoch an einem gesonderten Jugendstrafrecht festhalten. Dieses soll sich durch „Überlegungen der besonderen sozial und normativ begründeten und abgesicherten Jugendphase, die auch besondere Verletzlichkeiten für die Entstehung und Stabilisierung sozialer Bindungen mit sich bringt" und dazu führt, dass „ein voller Schuldvorwurf nicht erhoben werden kann", legitimieren. Mit anderen Worten soll also die Vulnerabilität der Jugend als Strafmilderungsgrund herangezogen werden. Ausschlaggebend für die Rechtsfolgenauswahl und -bemessung sollen Tatschwere bzw. das verschuldete Unrecht sein. Ferner stützt Albrecht sich auf die international verstärkte Opferorientierung, wie die Bemühungen um Tatausgleich (Österreich), Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung zeigten.

Diese Argumentation ist nicht schlüssig und bedarf entschiedener Ablehnung. Sie wird im übrigen auch nicht durch den internationalen Vergleich nahegelegt, denn die zitierte Entwicklung vor allem in England/Wales oder den USA stellt eher eine Sonderentwicklung dar, während in den meisten europäischen Ländern die deutsche Konzeption eines eindeutig spezialpräventiv („erzieherisch") geprägten Jugendstrafrechts als vorbildlich gilt und beispielsweise in den osteuropäischen Ländern, aber auch bei aktuellen Reformen in Westeuropa wie beispielsweise in Spanien im Jahr 2000 oder in Portugal 2001 von erheblichem Einfluss war und ist.[*45] Nicht zuletzt sprechen die internationalen Regeln der Vereinten Nationen und des Europarats[*46] eine deutliche Sprache, so dass die Begründungspflicht für einen Sonderweg jenseits spezialpräventiver Grundlegungen besonders schwer wiegt.

Man kann im übrigen nicht einerseits den Erziehungsgedanken, ja selbst schlicht spezialpräventive Zielsetzungen, ablehnen und andererseits an dem herkömmlichen Sanktionensystem mit eindeutig sozialpädagogischen Zielsetzungen wie dem sozialen Trainingskurs (der als Lern- und Trainingsprogramm bezeichnet wird) festhalten. Tatproportionalität und Tatschwere als vorrangige Kriterien der Strafzumessung vermögen schwerlich die Auswahl zwischen einer Geldbusse und der Teilnahme an einem Lernprogramm zu legitimieren. Die Nichtberücksichtigung der individuellen Vorbelastungen und ggf. Erziehungsdefizite bei einseitiger Betonung der Tatschwere führt ihrerseits zu Ungerechtigkeiten und Ungleichbehandlung, ein Argument, das Albrecht aber dem Erziehungsgedanken vorhält. Die auch von ihm vorgeschlagenen nichts

[39] Vgl. hierzu und zum internationalen Vergleich F. Dünkel. Heranwachsende im Jugendstrafrecht – Erfahrungen in Deutschland und aktuelle Entwicklungen im europäischen Vergleich. – R. Moos u. a. (Hrsg.). Festschrift für Udo Jesionek. Wien (im Druck), 2002.

[40] Vgl. die 14 Stellungnahmen. – DVJJ-Journal, 1996, S. 321 ff.

[41] Vgl. H.-J. Albrecht. Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch verfassungsgemäß? – Bedarfe es und wenn ja welcher Veränderungen? – Gutachten für den 64. Deutschen Juristentag. München: C. H. Beck, 2002.

[42] *Ibid*.

[43] Vgl. hierzu auch H. Ostendorf (Fn. 36), S. 439 m. w. N.

[44] *Ibid*., S. 439.

[45] Vgl. F. Dünkel. Justizielle und sozialpädagogische Reaktionen auf Kinder- und Jugenddelinquenz im europäischen Vergleich. – T. Höynck u. a. (Hrsg.). Jugend-Hilfe – Jugend-Strafe. Frankfurt am Main: Internationale Gesellschaft für erzieherische Hilfen, 2002, S. 21 ff., 26 ff.; ferner die Beiträge von de la Cuesta (Spanien) und Miranda Rodrigues (Portugal) in H.-J. Albrecht, M. Kilchling. Jugendstrafrecht in Europa. Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2002, S. 415 ff., 317 ff.

[46] Vgl. hierzu die Texte mit Kommentierung in deutscher Sprache bei T. Höynck, F. Neubacher, H. Schüler-Springorum. Internationale Menschenrechtsstandards und das Jugendkriminalrecht. Dokumente der Vereinten Nationen und des Europarats. Berlin: Forum Verlag (Bundesministerium der Justiz, Reihe „recht"), 2001.

anderes als pädagogischen Sanktionen lassen sich schwerlich erziehungsfrei interpretieren, will man nicht „vollends im Nebel sinnentleerter Worthülsen“ versinken.[*47]

So scharfsinnig und weitgehend zutreffend die Kritik an einem pädagogisch „aufgeladenen“ Erziehungsbegriff ist, der gleichsam als „trojanisches Pferd“[*48] unter Umständen punitive oder repressive Bestrafungsideologien „mittransportieren“ kann[*49] (die Zeit des Nationalsozialismus gibt hierfür ein gutes Beispiel), so wenig überzeugend ist die Hoffnung, dass der Tatproportionalitätsgedanke weniger ideologie- oder missbrauchsanfällig wäre. Hierfür liefert die jüngere Geschichte des US-amerikanischen Jugendstrafrechts bzw. Strafrechts allgemein ein abschreckendes Beispiel. Weigend hat eindrucksvoll aufgezeigt, dass mit der neo-klassischen Wende eines an der Tatschuld orientierten Jugendstrafrechts das durchschnittliche Strafmass teilweise beträchtlich anstieg (insbesondere in Kalifornien) und andererseits die regionalen Strafzumessungsunterschiede nicht beseitigt wurden.[*50] Zu Recht schlussfolgert Weigend daher, dass die politische Anfälligkeit „theoretisch in gleichem Maße bei einem Erziehungs- wie bei einem Vergeltungsstrafrecht besteht“. Beide Konzepte können zu einer „unbegründeten Verschärfung des Sanktionsklimas missbraucht werden“. Tatproportionalität als Begründungs- und nicht nur als Begrenzungsfunktion (im Sinne der Limitierung ausufernder Erziehungsansprüche) erscheint eher noch „störanfälliger“ als der Erziehungsgedanke, der eben auch „positive Emotionen (Schutz-, Hilfsbereitschaft, Verständnis, Nachsicht)“ auslöst.[*51]

Dies wird auch an der von Albrecht bemühten Opferorientierung deutlich. Sie beinhaltet nämlich – wie erneut die US-amerikanischen Erfahrungen belegen – nicht nur die täterfreundliche Variante eines Täter-Opfer-Ausgleichs (verbunden mit einer regelmäßigen Diversion), sondern durchaus auch die Aufnahme repressiver Bestrafungswünsche von Opfern (vgl. die sog *victims impact statements* z.B. bei der Frage einer bedingten Entlassung, die in einigen US-Bundesstaaten zu erheblich längeren Verbüßungszeiten geführt haben).

Sicherlich ist Albrecht darin recht zu geben, dass der Erziehungsgedanke in gewisser Weise sinnentleert als kriminalpolitischer Begriff oder „Chiffre“ benutzt wurde und wird, um Milderungen der strafrechtlichen Sozialkontrolle gegenüber Jugendlichen durchzusetzen.[*52] In seinem Beitrag aus dem Jahr 1992 bekannte Albrecht aber zugleich, dass mit der Rückbesinnung auf das allgemeine Strafrecht und den Proportionalitätsgedanken „nur eine Krücke gegen eine andere Krücke ausgetauscht“ werde.[*53]

Die Rückkehr zu neo-klassischen Bestrafungskonzepten ist also in vielerlei Hinsicht gefährlich und verspricht keinen Fortschritt. Ein Rückschritt wäre darüber hinausgehend, dass mit der Aufgabe des Erziehungsanspruchs bzw. der spezialpräventiven Folgenorientierung auch der Anspruch auf eine empirische Überprüfbarkeit der Wirkungen des Jugendstrafrechts aufgegeben wird.[*54] Tatproportionalität gibt kein empirisch „begründbares Beziehungsverhältnis etwa zwischen einem Einbruchsdiebstahl und 60 Tagessätzen Geldstrafe, 6 Monaten Freiheitsstrafe oder drei Jahren Freiheitsstrafe“. Die „Irrationalität der Strafmaßbestimmung“[*55] wird so zum einer rationalen Überprüfung entzogenen Programm erhoben.

Zuzustimmen ist Albrecht allerdings in den Teilen des Gutachtens, die sich stark an die Vorschläge der DVJJ-Kommission anlehnen, etwa wenn die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen und der Jugendarrest.[*56] Auch die eindeutige Ablehnung des sog. Einstiegsarrests, d. h. die Verbindung einer Bewährungsstrafe mit einem Jugendarrest als kurzer Schockstrafe, um den Jugendlichen zu beeindrucken,[*57]

---

[47] G. Kaiser. – F. Dünkel, A. van Kalmthout, H. Schüler-Springorum (Hrsg.). Entwicklungstendenzen und Reformstrategien des Jugendstrafrechts im europäischen Vergleich. Bonn: Forum Verlag, 1997, S. 556 f.

[48] Vgl. J. Gerken, K. F. Schumann (Hrsg.). Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat. Der Erziehungsgedanke in der Jugendgerichtspraxis. Pfaffenweiler: Centaurus Verlag, 1988; die Diskussion über den Erziehungsgedanken wurde an sich im Zeitraum bis 1992 erschöpfend geführt, vgl. zusammenfassend die Beiträge in Bundesministerium der Justiz (Fn. 38), dort insbesondere von W. Beulke, D. Rössner und W. Heinz, aber auch H.-J. Albrecht; neue Argumente sind seither und auch in dem vorliegenden Gutachten nicht erkennbar.

[49] Darauf hat schon M. Walter (Hrsg.). Beiträge zur Erziehung im Jugendkriminalrecht. Köln u. a.: Heymanns Verlag, 1989, S. 59 ff., 80 ff. zutreffend hingewiesen.

[50] Vgl. Th. Weigend. „Neo-klassische“ Bestrafungskonzepte: Rück- oder Fortschritt? – Bundesministerium der Justiz (Fn. 38), S. 164 f.

[51] *Ibid*., S. 166; H. Jung. Was ist Strafe? Ein Essay. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2002, S. 42.

[52] Vgl. hierzu grundlegend bereits L. Pieplow. Erziehung als Chiffre. – M. Walter (Hrsg.). Beiträge zur Erziehung im Jugendkriminalrecht. Köln u. a.: Heymanns Verlag, 1989, S. 5 ff.

[53] Vgl. H.-J. Albrecht. – Bundesministerium der Justiz (Fn. 38), S. 266.

[54] Vgl. hierzu bereits F. Dünkel. Jugendhilfe- und/oder Jugendstrafrecht? – Neue Kriminalpolitik, 1995, Nr. 7, Heft 3, S. 22 ff.

[55] Th. Weigend (Fn. 50), S. 168.

[56] H.-J. Albrecht (Fn. 41), D 148 f., schlägt die vollständige Abschaffung des Jugendarrests vor, möchte aber zur Durchsetzung ambulanter Sanktionen den Ungehorsams- oder Beugearrest beibehalten; im übrigen schlägt er vor, „die nicht freiheitsentziehenden Sanktionen in einer Linie als intensive Überwachung und Betreuung auszubauen“; man fragt sich hierbei, ob dieses Überwachungssystem z. B. den elektronisch überwachten Hausarrest mit beinhalten soll; zu den voraussichtlichen Widerständen einer Abschaffung des Jugendarrests in der Praxis vgl. F. Dünkel, B. Geng, W. Kirstein. Soziale Trainingskurse und andere neue ambulante Maßnahmen nach dem JGG in Deutschland. Mönchengladbach: Forum Verlag, 1998, S. 248 ff.

[57] Vgl. H.-J. Albrecht (Fn. 41), D 142 f.

verdient Zustimmung. Die *shock incarceration* oder *shock probation* hat sich nach dem internationalen Erfahrungsstand der empirischen Sanktionsforschung gegenüber der normalen Bewährungsstrafe nicht als überlegen erwiesen.*[58] Auch das eindeutige Votum für eine regelmäßige Einbeziehung der Heranwachsenden jenseits der schwammigen Kriterien des § 105 JGG verdient Zustimmung und entspricht im übrigen einer alten (und aktuellen) Forderung der DVJJ, die jetzt sogar über ein Jungtäterstrafrecht bis zum Alter von 24 Jahren fordert.*[59] Dass die Praxis in diesem Fall bei den Massendelikten der Bagatelleigentums- und Verkehrsdelinquenz das Strafbefehlsverfahren gerne auch bei Heranwachsenden nützen würde, belegt die Analyse der Sanktionspraxis zumindest in einigen Bundesländern.*[60] Von daher erscheint der Vorschlag, das Strafbefehlsverfahren bei Bagatelldelikten Heranwachsender zuzulassen, bedenkenswert.

Insgesamt birgt Albrechts Gutachten die Gefahr, ein gesondertes Jugendstrafrecht für obsolet zu halten und zugunsten eines bzgl. Jugendlichen gemilderten Erwachsenenstrafrechts aufzugeben. Denn das Bekenntnis für ein gesondertes Jugendstrafrecht, dessen Rechtsfolgensystem und Verfahrensnormen weitgehend dem Erwachsenenstrafecht angeglichen werden, erscheint als bloßes Lippenbekenntnis. Wenn Albrecht vorschlägt, die Rechtsfolgenbestimmung des § 46 StGB auf das Jugendstrafrecht zu übertragen,*[61] könnte man die Besonderheit des Jugendstrafrechts auf einen Absatz reduzieren, nämlich dass infolge des Status „Jugendlicher" die Strafe nach bestimmten Grundsätzen zu mildern ist. Strafmilderung alleine – und dies belegt beispielsweise die Situation in den skandinavischen Ländern – vermag aber kein besonderes Jugendstrafrecht zu legitimieren. Im übrigen käme über die Hintertür des § 46 StGB nicht nur die Tatschuldvergeltung bzw. Tatproportionalität als tragendes Prinzip zur Geltung, sondern auch Spezial- und Generalprävention in ihren verschiedenen Varianten. Dass generalpräventive Argumente, die nach der Rspr. zum geltenden Jugendstrafrecht bewusst und mit gutem Grund ausgeschlossen werden, zu weiteren Strafschärfungen führen werden, erscheint gerade mit Rücksicht auf aufsehenerregende Gewaltdelikte u. a. im rechtsextremen Bereich unzweifelhaft. Die von Albrecht gewollte mildere Sanktionierung junger Rechtsbrecher im Vergleich zu Erwachsenen lässt sich daher nur bei einer auf Spezialprävention*[62] beschränkten Zielsetzung des Jugendstrafrechts bei gleichzeitiger Limitierung durch die durchschnittlich als gemindert anzusehende Schuld und den Verhältnismäßigkeitsgedanken erreichen. Trotz aller Probleme der empirischen Bestätigung, welche Sanktion oder Strafe in welchen Fällen wie wirkt*[63], ist demnach auch für das Jugendstrafrecht an der präventiven Begründung der Rechtsfolgen*[64] (Erziehung bzw. Spezialprävention) unter Einbeziehung des Schuldprinzips als Mittel der Eingriffsbegrenzung (nicht der Begründung!) festzuhalten.*[65]

Der 64. Deutsche Juristentag ist in seinen Beschlüssen vom 19.9.2002 weitgehend der von der DVJJ vertretenen und von der Wissenschaft und Praxis weitgehend geteilten Auffassung*[66] gefolgt.*[67] So wurde

[58] Vgl. D. S. Lipton. The Effectiveness of Correctional Treatment Revisited Thirty Years Later: Preliminary Meta-Analytic Findings from the CDATE study. Vortrag beim 12. Internationalen Kongress für Kriminologie, Seoul 1998 (Bezug über doug.lipton@earthlink.org); L. W. Sherman u. a. Preventing Crime. What Works, What Doesn't, What's Promising. U. S. Department of Justice. Office of Justice Programs, National Institute of Justice (Bezug: National Institute of Justice, Research in Brief, July 1998; ausführliche Dokumentation: http://www.preventingcrime.org).

[59] Vgl. DVJJ-Reformkommission 2001 (Fn 33), S. 346; DVJJ, 2 Jugendstrafrechtsreform-Kommission (Fn 34), S. 7 ff., 10 f.; H. Ostendorf (Fn. 36), S. 440.

[60] Vgl. F. Dünkel (Fn. 39); M. Kröplin. Die Sanktionspraxis im Jugendstrafrecht im Jahr 1997 – ein Bundesländervergleich. Mönchengladbach: Forum Verlag, 2002.

[61] Vgl. H.-J. Albrecht (Fn. 41), D 114.

[62] Zwar ist G. Kaiser (Fn. 47, S. 556) darin recht zu geben, dass auch der pauschale Begriff der Spezialprävention in seiner negativen wie positiven Variante facettenreich ist und daher keine eindeutige Zielbestimmung verspricht, jedoch decken diese Aspekte genau das Sanktionsspektrum des JGG ab: negative Spezialprävention im Rahmen von Denkzettelstrafen (gemeinnützige Arbeit, Geldbuße u. ä.) und im übrigen positive Spezialprävention (Erziehung, Resozialisierung) durch soziales Training, Betreuungsweisung u. ä.

[63] Ich sehe den Forschungsstand angesichts der in den letzten Jahren gewonnenen Erkenntnisse über erfolgreiche Modelle der Straftäterbehandlung (vgl. zusammenfassend F. Dünkel, K. Drenkhahn. Behandlung im Strafvollzug: von „nothing works" zu „something works". – M. Bereswill, W. Greve (Hrsg.). Forschungsthema Strafvollzug. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2001, S. 387 ff. m. w. N. vgl. insbesondere D. S. Lipton (Fn. 58); L. W. Sherman u. a. (Fn 58); J. Vennard, C. Hedderman. Effective interventions with offenders. – P. Goldblatt, C. Lewis (Hrsg.). Reducing offending: an assessment of research evidence on ways of dealing with offending behaviour. London: Home Office, 1998, S. 101–119) nicht so pessimistisch wie Albrecht. Ein *non liquet* rechtfertigt im übrigen weder die Aufgabe des Erziehungsgedankens im JGG noch des Behandlungsgedankens im Strafvollzug, sondern fordert allenfalls bessere und vermehrte Forschung.

[64] Eine Ausnahme sollte – darin ist Albrecht zuzustimmen – lediglich für die Jugendstrafe gelten, indem die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen abgeschafft wird und lediglich diejenige wegen der Schwere der Schuld verbleibt, so schon DVJJ-Kommission 1992 (Fn. 33), S. 34; 2001, S. 355 und F. Dünkel. Thesen zur Neukonzeption eines zukünftigen deutschen Jugendstrafrechts. – Neue Kriminalpolitik, 1992, Nr. 4, Heft 3, S. 30 ff.

[65] So grundlegend für das allgemeine Strafrecht C. Roxin. Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1. 3. Aufl. München: C. H. Beck, 1997, S. 54 ff., 59.

[66] Vgl. z. B. F. Dünkel. Jugendstrafrecht – Streit um die Reform. – Neue Kriminalpolitik, 2002, Nr. 14, S. 90–93; M. Walter. Das Jugendkriminalrecht in der öffentlichen Diskussion: Fortentwicklung oder Kursänderung zum Erwachsenenstrafrecht. – Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 2002, 149, S. 450 ff. m. jew. w. N.

[67] Die Beschlüsse des Deutschen Juristentags sind im Internet unter www.djt.de zugänglich.

nahezu einhellig für die Beibehaltung des Erziehungsgedankens in der Reformulierung auf die Spezialprävention votiert. Einstimmig wurde die Herabsetzung der Strafmündigkeit auf 12 Jahre abgelehnt, mehrheitlich wurde die vollständige Einbeziehung der Heranwachsenden befürwortet, allerdings um den Preis einer Anhebung der Jugendstrafe von maximal 10 auf 15 Jahre bei Kapitaldelikten, die bei Erwachsenen mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht sind. Eine Ausdehnung der Rechtsfolgen des Jugendstrafrechts auf 21–24jährige Jungerwachsene wurde zwar abgelehnt, dafür aber die Möglichkeit einer Milderung der Strafen des allgemeinen Strafrechts (gem. § 49 StGB) akzeptiert. Als weitere ambulante Sanktionen des Jugendstrafrechts werden die Meldepflicht und der Schuldspruch ohne weitere Sanktionierung vorgeschlagen. Ferner wurde für Begrenzungen der gemeinnützigen Arbeit (maximal 120 Stunden) und der Geldauflage (maximal das doppelte Monatsnettoeinkommen) votiert. Die Abschaffung des Jugendarrests wurde ebenso abgelehnt wie die zusätzliche Verbindung des Jugendarrests mit einer ausgesetzten Jugendstrafe (Einstiegsarrest). Die Jugendstrafe soll restriktiver ausgestaltet werden, die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen gänzlich entfallen, bei 14- und 15jährigen soll Jugendstrafe nur bei Vorliegen eines schwersten Gewaltverbrechens möglich sein. Die drohende bedingte oder unbedingte Jugendstrafe oder ein Bewährungswiderruf sollen Fälle der notwendigen Verteidigung (Beiordnung eines Pflichtverteidigers) sein, ebenso die anwaltliche Vertretung des Verletzten (im Falle der vorgeschlagenen Nebenklage).

Insgesamt verdeutlichen die Beschlüsse des Deutschen Juristentags, dass sich Verschärfungs- ebenso wenig wie neo-klassische Tendenzen nicht durchsetzen konnten. In Anbetracht der im September 2002 wieder gewählten rot-grünen Bundesregierung dürften die Chancen nicht schlecht stehen, wesentliche Teile der insbesondere auch von der DVJJ vertretenen Reformvorschläge tatsächlich in einem 2. JGG-Änderungsgesetz umzusetzen.

8. Ausblick

Die deutsche Kriminalpolitik zeigt deutliche Anzeichen einer Doppelstrategie im Vorgehen gegen Kriminalität: Einerseits soll der Bevölkerung ein konsequentes Vorgehen bei Thema „innere Sicherheit" gezeigt werden, was sich zum Beispiel in härteren Strafen gegenüber Sexual- und Gewaltsstraftätern niederschlägt, auch gibt es Hinweise, dass sich die Praxis bei der Strafrestaussetzung (zumindest bei diesen Tätergruppen) verschärft hat.[*68] Diese Tendenz ist im Bereich des Jugendstrafrechts weniger stark ausgeprägt. Andererseits will man die Justiz und die Gefängnisse im Bereich der leichten und mittleren Kriminalität entlasten. Dabei ist das Instrument der Diversion wie auch das der Geldstrafe an seine Grenzen gelangt, auch hier will man im übrigen „fühlbare" Strafen präsentieren können. Auf die gemeinnützige Arbeit wird in dieser Hinsicht die größte Hoffnung gestützt, sie gilt außerdem auch als eine bei der Bevölkerung akzeptierte Sanktionsform. Schließlich hält man auch einen moderaten Ausbau schlichtender bzw. ausgleichender Instrumente für geeignet, leichteren Straftaten effektiv begegnen und gleichzeitig die Strafjustiz entlasten zu können. Dennoch sind die bisher vorgelegten Entwürfe zur Reform des Sanktionenrechts eher halbherzig und allenfalls als kleiner Schritt in die richtige Richtung zu bewerten.[*69]

Im Bereich des Jugendstrafrechts lassen sich gleichfalls Bemühungen zur weiteren Reduzierung freiheitsentziehender Sanktionen und Entkriminalisierungstendenzen (Diversion und materiellrechtliche Entkriminalisierung) erkennen. Nach wie vor wird eindeutig die spezialpräventive (erzieherische) Ausrichtung favorisiert und stoßen generalpräventive oder schlicht tatvergeltende („tatproportionale") Orientierungen – wie der Deutsche Juristentag im September 2002 eindrucksvoll gezeigt hat – einhellig auf Ablehnung.

[68] Zu einer Gesamteinschätzung im internationalen Vergleich vgl. auch F. Dünkel, S. Snacken. Strafvollzug in Europa. – Neue Kriminalpolitik, 2000, Nr. 12, Heft 4, S. 31–37; F. Dünkel, S. Snacken. Prisons in Europe. – Council of Europe (Hrsg.). Crime and Criminal Justice in Europe. Strasbourg: Council of Europe, 2000, S. 135–158; F. Dünkel, S. Snacken. Strafvollzug im europäischen Vergleich: Probleme, Praxis und Perspektiven. Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe, 2001, Nr. 50, S. 195–212.

[69] Vgl. G. Wolters. Der Entwurf eines „Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts". – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2002, Nr. 114, S. 87.

Thomas Weigend

Professor
Abteilung internationales und ausländisches Strafrecht,
Universität zu Köln

Europäisches Strafrecht – Legitimation und Zukunftsperspektiven

Der Internationale Strafgerichtshof, dessen schwierige Geburt und kontroverse Reichweite in diesen Tagen die Diskussionen beherrschen, bildet dabei nur ein, allerdings prominentes Beispiel für die Internationalisierung des Strafrechts; seine Existenz macht deutlich, daß jedenfalls der größere Teil der Völkergemeinschaft entschlossen ist, einige schwerste Verbrechen gegen die gemeinsamen Werte aller Staaten ohne Rücksicht auf nationale Vorbehalte zu verfolgen. Ein anderer, zunächst weniger spektakulärer Bereich der Internationalisierung des Strafrechts hat mit dem Zusammenwachsen der Europäischen Union zu tun. Bei ihm steht die Frage im Vordergrund, ob und in welchem Maße die in der Europäischen Union miteinander verbundenen Staaten bereit sind, auch ihre Strafgewalt an die Gemeinschaft zu übertragen oder sich auf strafrechtlichem Gebiet jedenfalls verbindlichen Vorgaben von seiten der Gemeinschaft zu unterwerfen.

1. Entwicklungsstand eines Strafrechts der Europäischen Union

Ursprünglich lag die Begründung einer Kompetenz für die Verhängung von Kriminalstrafen bekanntlich weit außerhalb dessen, was man sich für die Organe der Europäischen Gemeinschaften vorstellen konnte und wollte. Zwar kann die Kommission der EG schon seit den sechziger Jahren hohe Bußgelder gegen Unternehmen verhängen, die gegen das Kartellrecht der EG verstoßen, indem sie etwa unerlaubte Preisabsprachen treffen; man hat diese Sanktionsbefugnis aber bewußt schon terminologisch von den Strafen des Kriminalrechts getrennt[*1] und so zum Ausdruck gebracht, daß die eigentliche *Straf*gewalt – im Sinne der Verhängung von Sanktionen, die mit einem ethischen Unwerturteil über menschliches Verhalten verbunden sind – ausschließlich bei den Nationalstaaten verbleiben soll.

[1] Siehe Art. 15 Verordnung Nr. 17 des Rates (Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 des Vertrages) v. 6.2.1962; siehe ferner die EG-Verordnung 2988/95 v. 18.12.1995 über die verwaltungsrechtliche Sanktionierung bestimmter „Unregelmäßigkeiten" im Agrarbereich (ABl. 1995 L 312, 1), in der ebenfalls einschneidende Sanktionen (Ausschluß von Subventionen, Strafzinsen usw.) vorgesehen sind, die aber ausdrücklich als Nicht-Strafen deklariert werden (Art. 4 Abs. 4 der VO).

Die Nachteile dieser zunächst allgemein konsentierten Politik zeigten sich, als sich im Laufe der Jahre Verstöße gegen die finanziellen Eigeninteressen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mehrten. In den Fällen, in denen Täter Subventionen der EG durch falsche Angaben erschwindelten oder Abgaben hinterzogen, die der EG zugute kommen sollten, war die Gemeinschaft in Ermangelung eigener Strafgewalt darauf angewiesen, daß die Mitgliedstaaten die Täter selbst nach ihrem Strafrecht zur Verantwortung zogen. Dies scheiterte in manchen Fällen daran, daß in den Staaten schon gar keine Strafvorschriften zum Schutz von EG-Interessen vorhanden waren; und selbst wenn solche Regelungen existierten, wurden Straftaten zum Nachteil der fernen Brüsseler Institutionen in manchen Staaten mangels eigenen Interesses gar nicht oder nur sehr lax verfolgt. Dem trat zunächst, in dem bekannten Fall des griechischen Maisskandals[*2], der Europäische Gerichtshof unter Hinweis auf die allgemeine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Gemeinschaftstreue entgegen, und entsprechend seinen Vorgaben wurden durch den Vertrag von Maastricht alle Staaten ausdrücklich verpflichtet, Verstöße gegen die finanziellen Interessen der EG mit effektiven und abschreckenden Sanktionen zu belegen und mit gleicher Intensität zu ahnden wie vergleichbare Straftaten gegen innerstaatliche Interessen.[*3]

Damit war aber zunächst nur ein äußerer Rahmen von Mindestverpflichtungen geschaffen, der der Kommission ersichtlich nicht genügte, um einen flächendeckenden Schutz der finanziellen Interessen der EG in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu gewährleisten. Als problematisch wurde insbesondere der Umstand angesehen, daß sich die (möglicherweise) einschlägigen Straftatbestände in den Strafgesetzbüchern der einzelnen Mitgliedstaaten nicht unerheblich voneinander unterscheiden; so weist etwa der hier zentrale Tatbestand des Betruges im deutschen und im französischen Recht unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen auf.[*4] Da der Europäischen Gemeinschaft die Kompetenz zur Schaffung von Strafnormen fehlte, man aber an einer Vereinheitlichung des Rechts auf diesem Gebiet interessiert war, wurde im Jahre 1995 ein Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft geschlossen, das einheitliche Tatbestände und auch einige Regelungen zum Allgemeinen Teil enthält und alle Mitgliedstaaten zur Verabschiedung entsprechender Vorschriften in ihrem jeweiligen nationalen Recht verpflichtet.[*5] Dieses Übereinkommen ist von den Mitgliedstaaten nur sehr schleppend ratifiziert worden; es ist jedoch damit zu rechnen, daß es in naher Zukunft in Kraft treten kann. Wenn dies geschehen ist, gibt es jedoch immer noch keinen „automatischen" Schutz der Finanzinteressen der EG, sondern die Verpflichtungen aus dem Übereinkommen müssen von den jeweiligen nationalen Gesetzgebern in ihr Recht umgesetzt und Verletzungen von EG-Interessen müssen innerhalb der nationalen Strafrechtssysteme aufgeklärt, angeklagt und abgeurteilt werden. Dieser umständliche Weg der Implementation enthält, wie man sich vorstellen kann, eine Vielzahl von Hürden, an denen eine effektive Ahndung im Einzelfall scheitern kann.

Die Kommission der EG hat deshalb neben ihren Bemühungen um die Verabschiedung des Übereinkommens stets das Ziel im Auge behalten, eine zentral gesteuerte Strafverfolgung von Verstößen gegen die finanziellen Interessen der EG zu ermöglichen. Zu diesem Zweck berief sie zunächst eine hochkarätig besetzte internationale Arbeitsgruppe aus renommierten Strafrechtlern unter der Federführung der Pariser Professorin Mireille Delmas-Marty ein, die das Modell einer europaweit harmonisierten Gesetzgebung zur Verfolgung von Delikten zum Nachteil der EG entwerfen sollte. Das Ergebnis dieser Bemühungen ist das im Jahre 2000 in überarbeiteter Fassung vorgelegte „Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union".[*6] Dieser Entwurf enthält, ähnlich wie das erwähnte Übereinkommen von 1995, zunächst Definitionen einiger Straftaten, die gegen Interessen der EG gerichtet sind: neben der Hinterziehung von Abgaben und dem Erschleichen von Subventionen mittels falscher Angaben die Bestechung von Bediensteten der EG, Amtsuntreue durch solche Bedienstete sowie Geldwäsche bezogen auf Erträge aus den eben genannten Straftaten. Darüber hinaus enthält das Corpus Juris einen weitgehend ausgearbeiteten Allgemeinen Teil, der beispielsweise Regelungen über subjektive Voraussetzungen der Strafbarkeit, über Täterschaft, Teilnahme und kriminelle Vereinigung, ferner über Versuch und Vorgesetztenverantwortlichkeit sowie über die Strafbarkeit juristischer Personen umfaßt. In einem dritten Teil sieht das Corpus Juris schließlich einen Mechanismus zur einheitlichen Durchsetzung der Strafnormen vor. Dabei konnte man sich allerdings nicht zur Einführung eines europäischen Strafgerichtshofs entschließen, obwohl dies möglicherweise die konsequenteste Fortführung des Gedankens einer (materiell begrenzten) europäischen Strafrechtsordnung wäre; statt dessen wird aber die Einrichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vorgeschlagen, die zentral geleitet in allen Mitgliedsländern zur Ermittlung und Verfolgung von EG-relevanten Verstößen tätig wird und so für eine einheitliche, straffe Durchsetzung der Strafvorschriften vor den nationalen Gerichten sorgen soll.

---

[2] EuGHE 1989, 2965 (Rs. 68/88).

[3] Siehe jetzt Art. 280 Abs. 1 und 2 EGV.

[4] Siehe hierzu im einzelnen die Untersuchung von Walter. Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland. 1999.

[5] Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften v. 26.7.1995 (ABl. C 316).

[6] Abgedruckt in: Delmas-Marty/Vervaele (Hrsg.). The Implementation of the Corpus Juris in the Member States. Antwerpen, 2000, S. 187 (Entwurf von Florenz).

Ob die Vorschläge des Corpus Juris schon unter dem geltenden Europarecht, speziell nach Art. 280 Abs. 4 EG-Vertrag verwirklicht werden könnten, ist umstritten, da Satz 2 dieser Norm ausdrücklich vorsieht, daß die Maßnahmen des Rates zur Bekämpfung von Betrügereien die jeweilige nationale Strafrechtspflege der Mitgliedstaaten und die Anwendung ihres Strafrechts unberührt lassen.[*7] Auch die Kommission selbst ist inzwischen offenbar der Auffassung, daß das geltende europäische Primärrecht eine Verpflichtung zur Schaffung bestimmter (echter) Strafvorschriften sowie das Tätigwerden einer Europäischen Staatsanwaltschaft in den Mitgliedsländern nicht autorisiert, und strebt deshalb eine Ergänzung des EG-Vertrages durch einen neuen Artikel 280a an, der ebendiese Regelungen explizit enthalten soll. Zur Vorbereitung und Absicherung dieser Initiative, die offensichtlich auf der politischen Ebene des Rates noch auf einige Vorbehalte stößt, hat die Kommission Ende 2001 ein Grünbuch[*8] vorgelegt, das die wichtigsten Grundsätze der angestrebten Regelung enthält und zur Zeit in den Mitgliedstaaten sowie auf europäischer Ebene diskutiert wird.

Das ist aber noch nicht alles. Neben den Bemühungen um einen europaweit übereinstimmenden und effektiv gestalteten strafrechtlichen Schutz ihrer Eigeninteressen – also um ein in seiner Materie noch begrenztes Vorhaben – verfolgt die EG langfristig das Ziel, große Bereiche des Strafrechts im europäischen Rechtsraum weitgehend „harmonisch", d.h. inhaltlich übereinstimmend zu gestalten und (konsequenterweise) gleichzeitig die notwendigen Mechanismen für eine ebenso „harmonische" effiziente Rechtsdurchsetzung zu schaffen. Dieses Ziel kann nicht im Rahmen der „1. Säule" der Europäischen Union erreicht werden, da sich diese ja nur auf gemeinsame wirtschaftliche Interessen (im weitesten Sinne) bezieht.[*9] Weitere Möglichkeiten bestehen jedoch innerhalb der 3. Säule, der gemeinsamen Justiz- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union. Hier schafft Art. 31 lit. d des Amsterdamer Vertrags über die Europäische Union die Grundlage für das Streben nach unionsweiter Harmonisierung bei der Bekämpfung von organisierter Kriminalität, Terrorismus und Drogenhandel. Innerhalb der 3. Säule gibt es zwar keine Verordungskompetenz der Kommission, sondern hier können „nur" die Instrumente intergouvernementaler Zusammenarbeit eingesetzt werden. Durch Rahmenbeschlüsse des Rates, die im Ergebnis ebenso verbindliche Wirkung für die Mitgliedstaaten haben wie Richtlinien, besteht jedoch auch hier die Möglichkeit, auf die nationalen Strafrechtsordnungen in recht detaillierter Weise einzuwirken, um eine gemeinsame Linie bei der Bekämpfung bestimmter Deliktsbereiche durchzusetzen. Der Rat hat von dieser Möglichkeit in den letzten Jahren zunehmend Gebrauch gemacht, etwa durch Verabschiedung von Rahmenbeschlüssen zur Bekämpfung von Terrorismus, von Geldfälschung und von Geldwäsche[*10], und weitere Maßnahmen sind in Vorbereitung.[*11]

Betrachtet man nach diesem kurzen und keineswegs vollständigen[*12] Überblick das politisch überaus dynamische Feld der Zusammenarbeit im Rahmen der 3. Säule gemeinsam mit den bereits erkennbaren Elementen eines materiellen europäischen Strafrechts zum Schutz der Gemeinschaftsgüter, so ergibt sich zwingend der Eindruck einer europäischen Strafrechtsordnung, die bereits über den status nascendi hinaus gediehen ist und sich in sehr raschem Wachstum befindet. Dieser Befund führt zu der Frage, wie es – jenseits des Problems der positivrechtlichen Fundierung dieser Tendenz im europäischen Recht – um deren **materielle Legitimation** bestellt ist.

2. Notwendigkeit des Europäischen Strafrechts

Hier ist zunächst ein Bedürfnis für den (auch sanktionsbewehrten) **Schutz der finanziellen Eigeninteressen der EG** grundsätzlich anzuerkennen, und darüber hinaus auch ein Bedürfnis für ein europaweit gleichermaßen effektives Schutzniveau. In mehrfacher Hinsicht stellt sich hier allerdings die Frage nach der **Verhältnismäßigkeit** des Einsatzes von Strafrecht, und etwa gar von zwingend vorgeschriebenen Freiheitsstrafen, wie sie in dem ersten Entwurf des Corpus Juris für schwere Fälle von EG-Betrug vorgesehen

[7] Siehe hierzu die unterschiedlichen (aber überwiegend positiven) Stellungnahmen der Autoren des Corpus Juris. – Delmas-Marty/Vervaele (Fn. 6), S. 53 ff., 369 ff.; ablehnend beispielsweise Satzger. Die Europäisierung des Strafrechts. 2001, S. 134 ff.; Kaiafa-Gbandi. – European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2001, 9, S. 239, 257.

[8] Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft v. 11.12.2001 (KOM [2001] 715).

[9] Siehe Art. 2-4 EG-Vertrag.

[10] Rahmenbeschluß des Rates v. 25.5.2000 über die Verstärkung des ... Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro (2000/383/JI; ABl. Nr. L 140 v. 14.6.2000); Rahmenbeschluß des Rates v. 26.6.2001 über Geldwäsche usw. (2001/500/JI; ABl. Nr. L 182 v. 5.7.2001).

[11] Siehe etwa den Vorschlag der Kommission für einen Rahmenbeschluß zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels (KOM [2001] 259, ABl. C 270 E v. 25.9.2001).

[12] Hinzuweisen ist insbesondere auf die mittelbare Einwirkung von EG-Recht auf nationale Strafnormen: Nationale Strafvorschriften dürfen nicht angewandt werden, soweit sie die Wahrnehmung von EG-rechtlichen Grundfreiheiten, etwa den freien Warenverkehr, unangemessen beeinträchtigen. Siehe hierzu Heise. Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Strafrecht. 1998, S. 42 ff.; Satzger (Fn. 7), S. 295 ff.

waren.*[13] So kann man durchaus zweifeln, ob die Androhung und Durchsetzung strafrechtlicher Sanktionen unter dem Aspekt des ultima-ratio-Prinzips zum Schutz der EG-Finanzinteressen erforderlich ist oder ob nicht zunächst die Möglichkeiten der Prävention, etwa durch genaue Überprüfung der von Antragstellern auf Subventionen eingereichten Angaben oder durch effektivere Zollkontrollen an den Außengrenzen der Europäischen Gemeinschaft, ausgeschöpft werden müßten, bevor man den bequemen Weg geht, das Informationsrisiko durch Strafvorschriften auf den Bürger zu verlagern. Problematisch ist aber auch die **Angemessenheit** des Einsatzes strafrechtlicher Instrumentarien, wenn man die tatsächliche Größe des Betrugsproblems in den Blick nimmt: Nach den offiziellen Angaben der Kommission betrug die Summe aller Schäden aus den im Jahre 1999 aufgedeckten Betrugsfällen 413 Millionen Euro – das ist sicher keine kleine Summe, aber doch weniger als 1% des EG-Haushalts. Bedenkt man, daß die EG es für nötig gefunden hat, in jedem einzelnen Mitgliedsland die Schaffung einer organisierten Juristenvereinigung zum Schutz ihrer Finanzinteressen zu veranlassen (und großzügig zu finanzieren), und daß sie mehrere Kommissionen allein mit der Frage der Strafrechtsharmonisierung im Betrugsbereich beschäftigt (und bezahlt), dann fragt man sich, ob die Lösung den europäischen Steuerzahler nicht vielleicht mehr kostet als das Problem selbst.

Aber der Bereich des strafrechtlichen Schutzes der Finanzinteressen der EG ist nur ein – trotz dieser Zweifel relativ unproblematisches – Randgebiet der europäischen Harmonisierungsbewegung. Rechtspolitisch entscheidend ist die Frage, ob sich eine Legitimation für die „Europäisierung" des Strafrechts über den Selbstschutz der Organisation EG hinaus finden läßt, also für die europaweite Harmonisierung der unterschiedlichsten Materien von der Drogenkriminalität über die Geldfälschung und die Computerkriminalität bis zum Menschenhandel, wie sie zur Zeit im Rahmen der **3. Säule** in vollem Gange ist. Das Hauptargument der Verfechter dieser Bewegung, das der Sache nach auch dem Amsterdamer Vertrag über die Europäische Union zugrunde liegt, lautet: Die angemessene Antwort auf grenzüberschreitende Kriminalität ist grenzüberschreitendes Strafrecht.*[14]

Das Schlagwort „Strafrecht ohne Grenzen gegen Kriminalität ohne Grenzen" ist plastisch und auf den ersten Blick auch plausibel; dennoch sind Zweifel angebracht. Denn die Spiegelbildlichkeit, die dieses Schlagwort insinuiert, ist bei näherem Hinsehen alles andere als evident. Zum einen kann man fragen, ob das Phänomen der grenzüberschreitenden Kriminalität tatsächlich eine Europäisierung des (gesamten?) Straf- und Strafverfahrensrechts notwendig macht, ob nicht der Ausbau, ja vielleicht sogar schon die effiziente Nutzung der (vielleicht allzu) reichlich vorhandenen Instrumente der internationalen Zusammenarbeit ausreicht, um die Hindernisse der nationalen Grenzschranken zu überwinden. Schon nach dem heutigen Stand des Rechts besteht doch das Problem in aller Regel nicht darin, daß (organisiertes) sozialschädliches Verhalten in dem einen oder anderen Mitgliedstaat der EU nicht strafbar wäre, so daß „Strafbarkeitsoasen" bestünden – im Gegenteil, wer sein verbotenes Tun über die Grenzen eines Landes hinaus ausdehnt, muß eher damit rechnen, deshalb in mehreren Staaten gleichzeitig oder nacheinander wegen einer Straftat verfolgt zu werden, als daß er in Europa auf einen sicheren Hafen der Straflosigkeit hoffen dürfte. Probleme bereitet allenfalls die Abgrenzung und nötigenfalls Abstimmung der Zuständigkeiten zwischen den Strafverfolgungsorganen verschiedener Staaten, die zügige Übermittlung von Informationen, die unkomplizierte Leistung von Amtshilfe und eventuell auch die Verwertung von Beweismitteln, die in einem Staat nach dem dort geltenden Prozeßrecht gesammelt werden, in einem Nachbarstaat. Diese Probleme, soweit sie denn bestehen, werden aber durch eine Vereinheitlichung des materiellen Strafrechts nicht gelöst. Hier könnte allenfalls eine Harmonisierung der nationalen prozeßrechtlichen Normen oder in letzter Konsequenz die Schaffung einer europäischen Strafgerichtsbarkeit helfen.

Im übrigen beweist das Bild von der „Strafverfolgung ohne Grenzen" auch zuviel. Nimmt man an, daß manche Arten des Verbechens heute tatsächlich keine Landesgrenzen mehr kennen – und das ist etwa für Drogen- und Menschenhandel oder auch für *cyber crime* durchaus plausibel –, dann reicht die Schaffung eines einheitlichen Rechtsraums, der auf West- und Mitteleuropa begrenzt ist, nicht aus. Denn diese Delikte machen auch vor den Außengrenzen der Europäischen Union nicht Halt, sondern sind – im Gegenteil – typischerweise gerade dadurch charakterisiert, daß sie diese Grenzen gezielt überwinden. Wollte man mit der Spiegelbildlichkeit zwischen der Erstreckung des Verbrechens und der Reichweite der Strafverfolgung Ernst machen, so müßte der gemeinsame Rechtsraum also bis weit nach Asien, Afrika und Lateinamerika reichen, müßte die Globalisierung (auch) des Verbrechens in letzter Konsequenz also zur Utopie eines Weltstrafrechts führen.

Allerdings könnte das Bemühen um ein harmonisiertes europäisches Strafrecht auch auf eine ganz andere Grundlage gestellt werden: Nicht eine von außen, nämlich von der transnationalen Kriminalität aufgezwungene Notwendigkeit, sondern der Wunsch nach einer Optimierung des Strafrechts durch eine

[13] Siehe Delmas-Marty (Hrsg.). Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union. 1998, S. 46 (Art. 16 II).

[14] Exemplarisch Sieber. – Juristenzeitun (JZ), 1997, 371: „Internationale Straftaten können nur in einem internationalen Rahmen bekämpft werden." Ähnlich Donà. – European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 1998, 6, S. 282, 296 („… the absurdity, still tolerated though universally comdemned, of opening our national frontiers to criminals whilst shutting them against those responsible for fighting crime").

gemeinsame Anstrengung der besten strafrechtlichen Köpfe des Kontinents könnte Quelle und Ansporn der Vereinheitlichungsbestrebung sein. Die verschiedentlich ventilierte Idee eines europäischen **Modellstrafgesetzbuchs**[*15] läßt sich in dieser Weise interpretieren. Die Arbeiten an einem solchen Gesetzbuch könnten nicht in erster Linie das Ziel verfolgen, eine europaweit verbindliche einheitliche Strafrechtsordnung zu schaffen, sondern es könnte – ähnlich wie bei dem US-amerikanischen Model Penal Code von 1962 – darum gehen, durch Bündelung der in Europa vorhandenen Erfahrungen und Reformideen ein Vorbild für nationale Gesetzgebungen zu entwickeln, das durch die Qualität seines Inhalts zur (vollständigen oder teilweisen) Übernahme verlockt und nicht den Mitgliedstaaten durch Oktroi der europäischen Instanzen aufgezwungen wird.

Diese Idee klingt attraktiv und spannend. Ob sie auch praktisch erfolgreich werden kann, hängt jedoch wesentlich davon ab, in welchem organisatorischen und institutionellen Kontext man sie verwirklicht. Die Problematik einer Kodifikation mit vorgegebener Zielsetzung macht das Corpus Juris nur allzu deutlich: Man hat es dort zwar weitgehend vermieden, gerechtigkeitsbezogene Differenzierungen der nationalen Rechtsordnungen auf dem Prokrustesbett der Rechtsvereinheitlichung auf einen allerkleinsten gemeinsamen Nenner zurechtzustutzen. Unverkennbar ist jedoch die Tendenz des Corpus Juris zu einer immer weiteren Ausdehnung des Strafrechts, bei der die gegenläufigen Freiheitsinteressen des Bürgers außer Betracht, zumindest stark unterbelichtet bleiben. Charakteristisch sind etwa die Expansion des *fraud*-Tatbestandes (Art. 1 CJ), die Vorfeldverlagerung der Strafbarkeit durch einen weiten *conspiracy*-Tatbestand (Art. 4 CJ) sowie die umfassende Inkriminierung jeglicher Schadenszufügung durch EG-Bedienstete durch die unbestimmten Vorschriften des Amtsmißbrauchs (Art. 6 und 7 CJ). Die Tendenz zur Ausdehnung des strafbaren Bereiches ist dabei kein Zufall, sondern liegt gewissermaßen in der Natur der Sache. Denn der Auftrag der Arbeitsgruppe für die Schaffung des Corpus Juris lag gerade darin, einen möglichst umfassenden Schutz der Interessen der EG zu ermöglichen; allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze können dann allenfalls Randkorrekturen gegenüber der dominierenden „Funktionalität“[*16] bewirken, die ex hypothesi durch eine Ausdehnung der Inkriminierung nur gesteigert werden kann.[*17]

Wenn man sich an das Experiment eines europäischen Modellstrafgesetzbuchs wagt, sollte man eine derartige einseitige Festlegung auf ein bestimmtes Schutz-Ziel vermeiden. Kriminalpolitischer Leitstern sollte nicht die maximale Schutzeffizienz für bestimmte Interessen sein, sondern die Frage, welche Verhaltensweisen dermaßen sozialschädlich sind, daß sie nur mit den (auch symbolträchtigen) Mitteln des Strafrechts bekämpft werden können. Hierbei wird man von den traditionellen Tatbildern (z.B. Betrug, Diebstahl, Bestechlichkeit) auszugehen haben, die einen definierbaren Unrechtskern besitzen; diese Tatbestände kann man dann behutsam auf neue Sachverhalte anpassen, bei denen sich der Täter zur Schädigung anderer Menschen (oder der Allgemeinheit) neuer technologischer Möglichkeiten bedient. Wenn man so vorgeht, bekommt man von vornherein eine andere Perspektive: Man fragt nicht danach, wie man für bestimmte, vage definierte Interessen einen Rundum-Schutz schaffen kann, sondern danach, welche Verhaltensweisen wegen ihrer schädlichen Wirkung für einzelne oder die Allgemeinheit so wenig zu tolerieren sind, daß sie mit dem schärfsten Mittel der Gemeinschaft unterdrückt werden müssen. Aus dieser Perspektive gewinnt auch der *ultima ratio*-Gedanke an Bedeutung: Man ergreift nicht sogleich das scheinbar effektivste Mittel des Strafrechts, sondern bezieht auch und vordringlich andere Methoden der Schadensprävention in die Überlegungen ein.

3. Grundsätze des Europäischen Strafrechts

Nur noch kurz möchte ich abschließend auf die Frage eingehen, welche **Grundsätze** – neben dem gerade erwähnten der Subsidiarität – einem „europäischen“ Strafrecht zugrunde zu legen sind.

Zu nennen ist hier zunächst der **Gesetzlichkeitsgrundsatz**. Dessen institutionelle, gewaltenteilende Komponente, also die Entscheidungsprärogative des gesetzgebenden Organs über die Grenzen zwischen Strafbarem und Straflosem, spielt bisher auf europäischer Ebene keine Rolle, da dort die Rollen von Gesetzgebung und Exekutive anders verteilt und weniger streng getrennt sind als in einem „normalen“ demokratischen Staatswesen. Von Bedeutung bleibt jedoch der Vertrauensschutz-Aspekt des Gesetzlichkeitsgrundsatzes, der insbesondere die analoge und die rückwirkende Anwendung von Strafnormen zu Lasten des Angeklagten verbietet. Auch der im Strafrecht traditionell streng gehandhabte Bestimmtheitsgrundsatz besitzt eine

[15] Ausführlich hierzu Sieber. – JZ, 1997, S. 369.

[16] Siehe zu diesem Grundsatz eingehend und grundlegend Vogel. – JZ, 1995, S. 331, 336 ff.

[17] Charakteristisch ist die Formulierung, die die Autoren des Corpus Juris für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gefunden haben: „Criminal sanctions ... must be proportionate to the seriousness of the offence, determined in accordance with the interest to be protected and the damage caused, or with the risk created. They must also be proportionate to the fault of the offender and to his personal circumstances.“ (Delmas-Marty/Vervaele (Fn. 6), S. 187). Selbst nach einer Andeutung des *ultima ratio*-Prinzips sucht man hier vergebens – *the interest to be protected* steht deutlich im Vordergrund.

individualschützende Komponente: Präzise gefaßte Verbote lassen einen weiten Freiheitsraum bestehen, und umgekehrt. Schon deshalb müssen europäische strafrechtliche Verbote und Gebote ebenso wie Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in möglichst präziser Weise normiert werden.

Als ein wesentliches Gestaltungselement des Allgemeinen Teils wird vielfach auch der **Schuldgrundsatz** angesehen. Dessen Grundlage ist freilich ebenso zweifelhaft wie sein genauer Inhalt. Letzterer besteht wohl darin, daß niemand für ein Verhalten bestraft werden darf, für das er nicht verantwortlich ist – wobei schon diese Formulierung die offene Flanke des normativen Maßstabs der Verantwortlichkeit offensichtlich werden läßt. Verschiedene europäische Rechtsordnungen sehen denn auch Ausnahmen von der Geltung des Schuldgrundsatzes vor, die offen mit der erhöhten Abschreckungswirkung solcher zugleich beweiserleichternder Regelungen begründet werden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte läßt solche Ausnahmen zu, sofern eine Gegenausnahme für Fälle höherer Gewalt vorgesehen ist.*[18] Dennoch sollte man bei einem europaweiten Strafrecht nicht den schlechten Beispielen folgen, sondern den Schuldgrundsatz klar durchhalten, auch wenn der Nachweis von Vorsatz oder gegebenenfalls Fahrlässigkeit schwierig ist.

Selbst ein solches grundsätzliches Bekenntnis zum Schuldgrundsatz ließe noch viele Fragen offen – insbesondere die oben schon angesprochene, unter welchen Umständen jemand als „für seine Taten verantwortlich" anzusehen ist, aber auch die Frage der (formellen oder faktischen) Beweislast für Umstände, die die Verantwortlichkeit ausschließen. Bei einer vergleichenden Betrachtung dieses Problems wird man rasch feststellen, daß jedenfalls die spezifisch deutsche strenge Ausprägung des Schuldgedankens (Anerkennung von Notstand und in vielen Fällen von sonstiger Unzumutbarkeit als Entschuldigungsgrund, weitreichende Entlastungswirkung von unverschuldeten Fehlvorstellungen, keine Beweislastverschiebung auf den Angeklagten) europäisch gesehen ein Schuldprinzip *de luxe* ist, das sich in dieser Form kaum allgemeinverbindlich durchsetzen lassen wird.

Mit dem Prinzip, daß man nur für Verhalten bestraft werden darf, für das man verantwortlich gemacht werden kann, hängt auch die Anerkennung von **strafbarkeitsausschließenden Notrechten** zusammen. Die Nichtbestrafung in Fällen von Notwehr oder Notstand gehört zwar als Prinzip zum europäischen Allgemeingut*[19], aber auch hier besteht im einzelnen Unklarheit über Grundlagen und Grenzen solcher Rechte. Als Grundlagen kommen sowohl der Gedanke der Güterabwägung (wie er etwa § 34 des deutschen StGB zugrundeliegt) als auch der Topos der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens in Betracht.*[20] Der unangefochtene „harte Kern" der Rechtfertigung dürfte hier bei den Fällen liegen, in denen der Täter – sei es, daß er rechtswidrig angegriffen wird, sei es, daß er in einer existenziellen Notlage eingreift – ein wichtiges rechtlich geschütztes Interesse verteidigt und dafür notwendigerweise ein anderes, allenfalls gleichwertiges Interesse preisgeben muß. Ob und in welchem Umfang auch bei fehlender Rechtsgüterproportionalität die (etwa aufgrund persönlicher Betroffenheit bestehende) Unzumutbarkeit der Hinnahme von Einbußen die Begehung von Straftaten zu entschuldigen vermag, ist hingegen eine kriminalpolitisch sehr offene Wertungsfrage, für die verschiedene Lösungen gleichermaßen vertretbar sind.

Ein weiterer allgemeiner Grundsatz, auf den hier nur noch hingewiesen werden kann, ist das Gebot, zwischen verschieden schweren Formen der Deliktsverwirklichung (spätestens) auf der Ebene der Sanktionierung zu **differenzieren**. Dabei sind solche Lösungen vorzuziehen, die diese Differenzierung nicht dem Ermessen des strafzumessenden Richters überlassen, sondern sie bereits auf der Ebene der Normsetzung vorzeichnen. Differenzierungen sollten beispielsweise vorgenommen werden zwischen Täterschaft und bloßer Teilnahme*[21] an einer Straftat, zwischen Vollendung und Versuch*[22] sowie zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Deliktsverwirklichung.

Von entscheidender Bedeutung für Repressivität oder Liberalität einer gesamteuropäischen Strafrechtsordnung dürfte schließlich die Frage sein, ob sich Maßstäbe finden lassen, die für die Ausgestaltung, insbesondere für die Ausdehnung des Besonderen Teils verbindliche Vorgaben machen. Hier kommt in erster Linie der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** in Betracht. Dieser Grundsatz erfreut sich auf europäischer Ebene allgemeiner Zustimmung – Uneinigkeit besteht nur darüber, was er inhaltlich bedeutet. Der Europäische Gerichtshof betont schon in seinem grundlegenden Urteil zum Griechischen Maisskandal, daß die nationalen Rechtsordnungen für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht wirksame, abschreckende und **verhältnismäßige** Sanktionen vorsehen müßten.*[23] Dabei ging es dem Gerichtshof jedoch nicht, wie man annehmen könnte, darum, die Unrechts- (oder Schuld-) Proportionalität als **Ober**grenze der nationalen Sanktion festzulegen,

[18] Siehe etwa die Fälle Salabiaku (Série A Nr. 141-A) und Pham Hoang (EuGRZ 1992, 472); dazu auch Tiedemann. – Zeitschrift füd die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 1998, 110, S. 497, 507 f.

[19] Das Corpus Juris enthält zu diesem Komplex allerdings keine Regelung; die Autoren haben es vorgezogen, in diesem Bereich nach Art. 35 CJ die jeweiligen nationalen Regelungen gelten zu lassen; vgl. Delmas-Marty/Vervaele (Fn. 6), S. 275.

[20] Siehe hierzu Dannecker. Festschrift für Hirsch. 1999, S. 141, 154 ff.; Tiedemann. – ZStW, 1998, 110, S. 497, 506 f.; Vogel. – JZ, 1995, S. 331, 337 (der auf die „Rechtsgüterzuordnungsfunktion" abstellt); ferner Wagemann. Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften. 1992.

[22] Art. 11bis Corpus Juris sieht bei Versuch eine verbindliche Absenkung der Höchststrafe um ein Viertel vor.

[23] EuGHE 1989, 2965 (Rs. 68/88), Rdn. 24.

sondern er wollte lediglich eine Bagatellisierung europarechtlicher Verstöße durch die Androhung unangemessen **niedriger** Sanktionen untersagen.*[24]

Tatsächlich könnte man jedoch mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes den Versuch unternehmen, die eigentliche Gretchenfrage (nicht nur) des modernen Europa-Strafrechts anzugehen, nämlich die Begrenzung der kontinuierlichen und weitgehend ungebremsten Expansion des Besonderen Teils. Wie eine solche Begrenzung aussehen könnte, läßt sich hier nur noch kurz andeuten.*[25] Auszugehen wäre von der Feststellung, ob sich ein schützenswertes und schutzbedürftiges Individual- oder Allgemeininteresse*[26] identifizieren läßt. Sodann wäre zu fragen, welche Verhaltensweisen dieses Interesse in unerträglicher Weise verletzen oder in konkrete Gefahr bringen. Hat man so die möglichen Kandidaten für eine strafrechtliche Inkriminierung identifiziert, wären die verschiedenen Aspekte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ins Spiel zu bringen, indem man fragt: (a) Sind Strafvorschriften geeignet, die schädlichen Verhaltensweisen zu verhüten? (b) Gibt es andere, nicht-strafrechtliche Mittel, um diesen Verhaltensweisen mindestens ebenso effektiv entgegenzuwirken? (c) Steht der Einsatz des Strafrechts (auch mit Blick auf das Interesse, einer Entwertung der besonderen Mittel des Strafrechts durch allzu häufigen Gebrauch entgegenzuwirken) insgesamt in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel? Nur wenn man all diese Fragen bejahen kann, ist eine Neu-Inkriminierung (oder auch die Beibehaltung einer bereits bestehenden!) vor dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz legitimiert. Da das (im Sinne einer Begrenzung der staatlichen Strafbefugnis verstandene) Proportionalitätsprinzip als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch für die Organe der Europäischen Union gilt*[27], ließe sich dieses Instrument nicht nur im Rahmen rechtspolitischer Argumentation, sondern auch als handfester Maßstab für die Kontrolle der Zulässigkeit einer Ausdehnung des Strafrechts nutzen.

4. Zusammenfassung

Die Organe der Europäischen Union unternehmen zur Zeit kleine und größere, nicht in allem koordinierte Schritte in Richtung auf ein europäisches Strafrecht. Sie glauben damit pragmatisch vorzugehen, aber sie machen den zweiten (oder dritten) Schritt vor dem ersten, indem sie nach einzelnen Aktionsfeldern suchen, in denen sie Pflöcke europäischer Rechtsvereinheitlichung einschlagen können. Doch die Frage der materiellen Legitimation eines europäischen Strafrechts und damit auch seines legitimen Umfangs ist im wesentlichen noch ungeklärt. Hinsichtlich der Grund- und Grenzlinien eines Allgemeinen Teils lassen sich manche europaweiten Übereinstimmungen, zum Teil im Vokabular, zum Teil auch in der Sache feststellen; aber hinsichtlich der (für die Rechtsanwendung kritischen) Details bei der Umsetzung der „Großprinzipien" gibt es noch viel Arbeit zu leisten. Die Zeit drängt – jedenfalls dann, wenn man nicht nur an nachträglicher Kritik und verspäteten Nachbesserungsversuchen, sondern an vorausschauender Planung eines Europäischen Strafrechts interessiert ist.

[24] Siehe hierzu Satzger (Fn. 7), S. 371 f. Im Verständnis des EuGH lassen sich die drei Voraussetzungen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend" inhaltlich kaum voneinander unterscheiden. Insofern ist es durchaus zu begrüßen, daß Art. 280 I EGV, der das Gebot wirksamer und abschreckender Sanktionierung aus der Rechtsprechung des EuGH übernimmt, auf die Forderung nach einer (im Sinne dieser Rechtsprechung) „verhältnismäßigen" Sanktionierung verzichtet und damit den Begriff der Verhältnismäßigkeit nicht zur Bezeichnung einer Strafuntergrenze „verbraucht".

[25] Siehe dazu eingehend Appel. Verfassung und Strafe. 1998, S. 416 f.; Lagodny. Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. 1996, S. 11, 33, 164 ff., 318 ff.; siehe auch Hirsch. – Courakis (Hrsg.). Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert (Festschrift für Spinellis). Athen, 2001, S. 425, 433–436; Weigend. Festschrift für Hirsch. 1999, S. 917.

[26] Ob der Begriff des „Rechtsguts" in diesem Zusammenhang wesentlich weiter führt, erscheint mir nach dessen Inflationierung im Verlauf der letzten Jahrzehnte zweifelhaft; ebenso z.B. Frisch. Festschrift für Stree und Wessels. 1993, S. 69, 71 ff.; Hirsch (Fn. 25), S. 429–436.

[27] Siehe hierzu Satzger (Fn. 7), S. 356 f., 373 f., m.w.N.

Christoph Flügge

Staatssekretär
Senatsverwaltung für Justiz

Freiheitsstrafe und Gefängnissystem in Deutschland

Mit großem Interesse habe ich Ihr neues, gerade am 1. September 2002 in Kraft getretenes Strafgesetzbuch gelesen. Ich freue mich über die Gelegenheit, heute mit Ihnen über das Sanktionenrecht der Freiheitsstrafe und das Gefängnissystem in unseren verschiedenen Ländern diskutieren zu können. Denn die Grundprinzipien des Sanktionenrechts – insbesondere auch was die Verhängung von Freiheitsstrafen betrifft – weichen in den europäischen Ländern erheblich voneinander ab.

In Deutschland gehen wir davon aus, dass **Freiheitsstrafe** das letzte Mittel – die **ultima ratio** – sein soll. So hat sich in Deutschland in den Jahren zwischen 1882 und 1997 das Verhältnis von verhängten Freiheitsstrafen und Geldstrafen im Ergebnis umgekehrt. 1882 waren noch 76,8% aller verhängter Strafen Freiheitsstrafen. 1997 waren dagegen 81,7% aller verhängten Strafen Geldstrafen.[*1] Von den insgesamt 18,3% verhängten Freiheitsstrafen wurden 12,6% zur Bewährung ausgesetzt, so dass tatsächlich lediglich 5,7% der Freiheitsstrafen zu verbüßen waren. In den letzten Jahren ist allerdings eine leicht gegenläufige Tendenz festzustellen. So hat das am 1. April 1998 in Kraft getretene 6. Strafrechtsreformgesetz tendenziell zu einer Erhöhung der Strafrahmen geführt.[*2] Auf das Verhältnis von Freiheitsstrafe und Geldstrafe hatte dies aber wenn überhaupt nur geringfügige Auswirkungen. So waren in Berlin im Jahr 1991 17% aller Strafen Freiheitsstrafen; im Jahr 2001 19,8% bei zwischenzeitlichen Schwankungen in diesem Bereich ohne deutliche Tendenz.[*3]

Ein weiteres Grundprinzip des deutschen Straffolgenrechts ist, dass eine **kurze Freiheitsstrafe** von unter sechs Monaten **nur in Ausnahmefällen** verhängt werden soll, nämlich wenn besondere Umstände die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich machen, § 47 Abs. 1 StGB. In Deutschland gehen wir davon aus, dass eine kurze Freiheitsstrafe mehr schadet als nützt. Dies geht auf Franz von Liszt und seine Arbeiten aus dem Jahre 1883 zurück.[*4] Nach dieser – in Deutschland seither herrschenden Auffassung – ist eine kurze Freiheitsstrafe schädlich, weil der Täter aus seinem Umfeld gerissen wird, ggf. seine Arbeit verliert, in schädlichen Kontakt mit anderen Gefangenen gerät und zusätzlich wegen der Kürze der Dauer der Freiheitsstrafe auf ihn praktisch keine

---

1 Eisenberg. Kriminologie. 5. Aufl. 2000, § 36 Rz 6, 10.

2 6. Strafrechtsänderungsgesetz vom 26. Januar 1998 (BGBl. I, 164) vgl. dazu Sander/Hohmann. – Neue Zeitchrift für Strafrecht (NStZ), 1998, S. 273.

3 Vgl. Strafverfolgungsstatistik Berlin, Rechtskräftig abgeurteilte Personen in Berlin, Jahre 1991–2001.

4 Vgl. Janssen. Über die Wirkung der kurzen Freiheitsstrafe. Eine empirische Studie aus den Niederlanden. – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZfStrVo), 2002, S. 16.

Einwirkungsmöglichkeit besteht. In Deutschland herrscht deshalb seit Jahren das Bestreben vor, kurze Freiheitsstrafen zurückzudrängen.

Dies wird indes in anderen europäischen Ländern grundsätzlich anders gesehen. Dort wird teilweise verstärkt versucht, über die Schockwirkung einer kurzen Freiheitsstrafe spezialpräventive Ergebnisse zu erzielen. Beispielsweise waren 1995 in den Niederlanden 79% aller Freiheitsstrafen kurz[*5] gleichfalls im Jahr 1992 in der Schweiz 79,6%, in Dänemark 77,3% und in Norwegen 75,2%.[*6]

Allerdings sind in Deutschland in der Praxis trotz des großen Bemühens um die Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe ein relativ großer Prozentsatz aller Freiheitsstrafen kurze Freiheitsstrafen unter sechs Monaten. In Berlin waren es im Jahr 2001 32,54%.[*7] Hinzu kommen zusätzlich die Ersatzfreiheitsstrafen, die verbüßt werden müssen, wenn eine Geldstrafe nicht bezahlt wird.

Vor diesem Hintergrund gibt es zur Zeit in Deutschland **Reformbestrebungen**. Weil davon auszugehen ist, dass die Verbüßung einer kurzen Freiheitsstrafe wenig sinnvoll ist, aber relativ hohe Haftkosten[*8] verursacht, hat die Bundesregierung einen Gesetzentwurf[*9] im deutschen Bundestag eingebracht, der bei uneinbringlichen Geldstrafen die **gemeinnützige Arbeit** als primäre Ersatzsanktion vorsieht. Der Gesetzentwurf wird zur Zeit in den Ausschüssen beraten.

Mit Interesse habe ich zur Kenntnis genommen, dass auch nach dem neuen Estnischen Strafgesetzbuch die Möglichkeit der Ersetzung von Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren durch gemeinnützige Arbeit gegeben ist, wobei ein Tag Freiheitsstrafe vier Stunden gemeinnütziger Arbeit entspricht, die auch abends abgeleistet werden können.[*10] Es interessiert mich sehr, von Ihnen die Hintergründe dieser Regelung zu erfahren und ebenfalls, wie die Vorschrift ausgelegt wird und welche Erfahrungen Sie damit in Zukunft machen.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass hinsichtlich der kurzen Freiheitsstrafe in Europa grundsätzlich verschiedene Auffassungen bestehen, wobei es leider nur wenige Studien über die Wirkung der kurzen Freiheitsstrafe gibt. Eine mir vorliegende Studie über die Wirkung der kurzen Freiheitsstrafe in den Niederlanden[*11] kommt zu dem Ergebnis, dass die für die kurze Freiheitsstrafe angeführte Schockwirkung wohl nicht generell eintritt. Dies hängt sehr stark von dem Vorleben des Täters ab. Handelt es sich beispielsweise um Drogenabhängige, so wird die Haftzeit sogar als teilweise positiv empfunden – im Gefängnis erhalten sie Essen, medizinische Versorgung und Ruhe, die sie anderweitig nicht bekommen. Allerdings ist festzuhalten, dass die o.g. Studie aufgrund der geringen Anzahl der befragten Personen von geringer Aussagekraft sein dürfte.

Die Ergebnisse der Studie stimmen aber mit einer Beobachtung überein, die wir auch in Berlin hinsichtlich der Verbüßung der Ersatzfreiheitsstrafen verstärkt machen. Auch hier steht die medizinische und soziale Versorgung bei eingetretener Verelendung oft im Vordergrund, was entsprechende erhebliche Kosten verursacht und nicht Aufgabe des Strafvollzuges sein kann.

Die oben ausgeführten Grundprinzipien des deutschen Rechts der Freiheitsstrafe – Freiheitsstrafe als ultima ratio, kurze Freiheitsstrafen als Ausnahmefall – sind der Grund für die relativ geringe **Gefangenenpopulation** in Deutschland. So hatte Deutschland 1999 eine Gefangenenrate von 95 auf 100.000 der nationalen Bevölkerung und lag damit im westeuropäischen Mittelfeld. Dieses liegt wesentlich unter den Gefangenenraten der osteuropäischen Länder oder den USA. So wies beispielsweise im Jahr 1999 Estland eine Gefangenenrate von 310 Gefangenen und Russland eine Gefangenenrate von 730 Gefangenen pro 100.000 der Bevölkerung auf.[*12] Die USA hatten am 31. Dezember 2001 eine Gefangenenrate von 692 Gefangenen[*13], die sich zwischenzeitlich nochmals erheblich erhöht hat. Trotz des in Westeuropa im wesentlichen ähnlichen Niveaus der Gefangenenraten lassen sich im Sanktionenrecht sehr unterschiedliche Vorgehensweisen und Trends bei den verschiedenen westeuropäischen Staaten feststellen. Während beispielsweise die Gefangenenrate der Niederlande in den Jahren von 1984 bis 1999 von einem sehr niedrigen Niveau stark angestiegen ist[*14] und nunmehr der Deutschlands entspricht, hat Finnland seine Gefangenenrate vom Niveau Deutschlands 1984 auf lediglich 45 Gefangene pro 100.000 der Bevölkerung im Jahr 1999 gesenkt.

---

5 *Ibid*.

6 Eisenberg (Fn. 1), § 36 Rnr. 11 (die Zahlen betreffen Freiheitsstrafen von weniger als drei Monaten Dauer).

7 Vgl. Strafverfolgungsstatistik Berlin Jahr 2001 Tabelle R 5.

8 In Berlin beliefen sich die Haftkosten – ohne Baukosten – im Jahr 1999 auf DM 168,84 pro Tag.

9 Gesetz zur Reform des Sanktionenrechts. – Bundestagdrucksache (BT-Drucks), 14/9358.

10 Vgl. § 69 des Estnischen StGB.

11 Vgl. Janssen (Fn. 4).

12 Vgl. Dünkel/ Snacken. Strafvollzug im europäischen Vergleich: Probleme, Praxis und Perspektiven. – ZfStrVo, 2001, S. 195.

13 Vgl. Federal Bureau of Justice Prisons and Jail Statistics, www.ojp.usdoj.gov.

14 Dies soll vor allem auf die Erhöhung der Haftplätze zurückgehen; vgl Arloth. Neue Entwicklungen im Strafvollzug im internationalen Vergleich. – ZfStrVo, 2002, S. 3.

Ich meine, dass wir dies auch – durch Vermeidung von Freiheitsstrafen, insbesondere von kurzen Freiheitsstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen – in Deutschland anstreben sollten, soweit dies in geeigneten Fällen möglich ist. Denn der **Auftrag zur Resozialisierung** von Straftätern hat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Verfassungsrang. Androhung und Vollstreckung der Freiheitsstrafe finden ihre verfassungsrechtlich notwenige Ergänzung in einem sinnvollen Behandlungsvollzug.*[15] Daraus ergibt sich, dass jedem zu einer Freiheitsstrafe Verurteilten die Chance und eine Hilfestellung dazu gegeben werden muss, ein straffreies Leben zu führen. Die Vollzugsanstalten sind verpflichtet, den schädlichen Auswirkungen des Freiheitsentzugs im Rahmen des Möglichen zu begegnen. Daraus folgt auch, dass Freiheitsentzug in allen geeigneten Fällen hinter anderen Alternativen – wie beispielsweise gemeinnütziger Arbeit – zurückstehen muss.

Für Deutschland nicht sinnvoll ist nach überwiegender Meinung in Wissenschaft und Praxis dagegen wohl der viel diskutierte und in verschiedenen europäischen Ländern auch praktizierte **elektronische Hausarrest**, bei dem am Körper des Verurteilten ein Sender befestigt wird, mit dem die Kontrolle des jeweiligen Aufenthaltsorts der Person ermöglicht wird.*[16] Denn der elektronische Hausarrest ist – jedenfalls im Bereich des Sanktionenrechts unter außer Achtlassung der Untersuchungshaft – idR zum Ersatz der kurzen Freiheitsstrafe nicht sinnvoll. Aufgrund des in Deutschland herrschenden Ansatzes werden in den für den elektronischen Hausarrest geeigneten Fällen in der Regel ohnehin keine Freiheitsstrafen verhängt; soweit hier eine Ersetzung der Freiheitsstrafe durch eine andere Sanktionsform sinnvoll ist, halte ich gemeinnützige Arbeit wegen des ihr innewohnenden Resozialisierungseffektes für vorzugswürdig.

Nun noch einige Worte zum **Gefängnissystem** in Deutschland. In Deutschland ist die Freiheitsstrafe eine einheitliche Freiheitsstrafe, die auf den Entzug der persönlichen in Bewegungsfreiheit gerichtet ist. Sonstige Belastungen der Gefangenen sind nicht legitimiert, § 4 Abs. 2 StVollzG. Die Unterbringung im offenen Vollzug ist die Regelvollzugsform; die Unterbringung im geschlossenen Vollzug ist die Ausnahme, § 10 StVollzG. Unter offenem Vollzug sind offene oder halb offene Anstalten zu verstehen, die verminderte Vorkehrungen gegen Entweichen vorsehen, § 141 Abs. 2 StVollzG. Es handelt sich dabei insbesondere um Anstalten, die Gefangene täglich zur Arbeit verlassen können, sofern sie Arbeit haben. Die Gefangenen müssen indes den besonderen Anforderungen des offenen Vollzugs genügen. Sie dürfen insbesondere nicht suchtgefährdet sein und es darf nicht zu befürchten sein, dass sie fliehen oder weitere Straftaten begehen. Die Praxis hinsichtlich der Verteilung der Gefangenen auf den offenen und den geschlossenen Vollzug ist in den einzelnen deutschen Bundesländern sehr unterschiedlich. So befanden sich 1995 nur 5% aller Gefangenen in Bayern, aber 29% in Hamburg im offenen Vollzug.*[17] In Berlin eigenen sich in der Praxis durchschnittlich 1/4 aller Gefangenen für den offenen Vollzug; so war der offene Vollzug im Jahr 2000 im Jahresdurchschnitt mit 24,6% aller Gefangenen belegt.*[18]

Ein in Deutschland besonders großes Problem stellt die **Schaffung von Arbeitsplätzen** für Gefangene dar. Die Arbeit der Gefangenen ist ein zentrales Resozialisierungsmittel. Es ist gerade im Strafvollzug besonders wichtig und in Deutschland im Strafvollzugsgesetz*[19] auch vorgesehen, Gefangenen die Fähigkeiten für eine Erwerbstätigkeit nach der Entlassung zu vermitteln bzw. diese zu erhalten und zu fördern. Es muss deshalb versucht werden, für die Gefangenen so viele Arbeitsplätze wie möglich bereitzustellen. Dies geschieht durch die vollzuglichen Ausbildungs- und Arbeitsbetriebe, wobei wir uns zur Zeit darauf konzentrieren, die immer noch unbefriedigende Beschäftigungsquote von ca. 60% zu erhöhen. Hierzu haben wir in den letzten Jahren mit großem Erfolg ein Modellprojekt in der größten Justizvollzugsanstalt Deutschlands, der JVA Tegel in Berlin, mit dem Ziel der betriebswirtschaftlichen und einnahmeorientierten Ausrichtung der Betriebe durchgeführt. Die Verbesserungen haben bereits im ersten Jahr der Projektlaufzeit zu einer erheblichen Steigerung der Einnahmen der Arbeitsbetriebe um ca. 30% geführt; nun soll sich auch die Zahl der zur Verfügung stehenden Arbeitsplätze erheblich vergrößern.

Abschließend möchte ich noch auf eine Sonderproblematik hinweisen, auf die wir in Berlin ebenfalls ein besonderes Augenmerk richten – die Situation der **Frauen im Strafvollzug**. Frauen zeigen ein anderes Kriminalitäts- und Deliktsverhalten als Männer. Sie sind nur zu einem geringen Maß an der Gesamtkriminalität beteiligt und weitaus weniger gewalttätig. So belief sich der Anteil der Frauen an den Verurteilten im Jahr 1997 auf 15,6%.*[20]

---

[15] Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BVerfG, NJW 1998, 1133 mwN; BverfG, NJW 1998, 3337 mwN.

[16] Vgl. nur Hudy. Elektronisch überwachter Hausarrest. 1999; Arloth. Neue Entwicklungen im Strafvollzug im internationalen Vergleich. – ZfStrVo, 2002, S. 3, 5.

[17] Vgl. Dünkel. Empirische Forschung im Strafvollzug. 1996, S. 51.

[18] Vgl. Strafvollzugsstatistik. Berlin, 2001, S. 2.

[19] Vgl. § 37 StVollzG sowie BverfG, NJW 1998, 3337; Sigel. Vollzugliches Arbeitswesen im europäischen Verbund – aktuelle Entwicklungen in England. – ZfStrVo, 1996, S. 339.

[20] Eisenberg (Fn. 1), § 48 Rz. 41.

In der Konsequenz sind nur sehr wenige Strafgefangene weiblich, im Jahr 1998 waren es in Deutschland 4,2%.*[21] Ferner zeigen Frauen auch im Strafvollzug ein anderes Verhalten als Männer; weibliche Gefangene flüchten extrem selten. Weil sie nur einen verschwindend geringen Teil der Strafgefangenen ausmachen und in der Regel nur als Anhängsel des Männervollzugs betrachtet werden, wird im Vollzug auf die besonderen Bedürfnisse von Frauen oft nur wenig eingegangen und sie sind vielfach viel zu hohen Sicherheitsvorkehrungen ausgesetzt. In Berlin existiert daher eine eigene Frauenvollzugsanstalt, deren Bedingungen auf die anderen Bedürfnisse von Frauen eingerichtet sind; so sind beispielsweise die Sicherheitsvorkehrungen erheblich geringer als in den Männerhaftanstalten.

Ich hoffe, ich habe Ihnen einige Grundprinzipien des deutschen Rechts der Freiheitsstrafe und des deutschen Gefängnissystems sowie auch die aktuellen Entwicklungen in Deutschland verdeutlichen können, was in der Kürze der Zeit leider nur im Überblick möglich war. Ich freue mich nun auf eine hoffentlich spannende Diskussion mit Ihnen.

[21] *Ibid*., § 36 Rz. 68.

Jaen Praedel

Professeur emeritus
Université Poitiers, la Faculté de droit

La réforme du droit pénal estonien dans le contexte des réformes pénales survenues en europe et spécialement en europe de l'est

Dès les années 1945 jusqu'aux années 1990, l'Europe avait été divisée pénalement (et pas seulement pénalement) en deux "blocs" séparés par ce que Churchill avait appelé un "rideau de fer" qui coupait l'Allemagne en deux et se prolongeait au Sud de celle-ci: à l'Ouest s'appliquait une codification pénale "libérale", faisant de l'homme une valeur première; à l'Est, existait une codification "socialiste" issue de la doctrine marxiste qui, selon Lénine, faisait du droit pénal un instrument parmi d'autres au service de l'ordre collectiviste, la personne n'étant plus qu'une valeur seconde. Très révélateur de cet état d'esprit était le préambule du Code pénal d'Allemagne de l'Est de 1968 où l'on pouvait lire notamment "… Le droit pénal, en tant que partie du droit socialiste unifié, a le devoir de protéger l'ordre socialiste, étatique et social en même temps que les droits et intérêts des citoyens contre les actes criminels, en particulier contre les atteintes criminelles, contre la paix et la République démocratique allemande".[*1] Beaucoup d'autres Codes pénaux de l'Est contenaient des proclamations identiques.

Après que le "mur de Berlin" se fut déchiré en 1989 et que, par voie de conséquence, le "rideau de fer" eut été relevé, les pays de l'Europe de l'Est changèrent de Code pénal. C'est ainsi que l'Estonie en 2001 adopta un nouveau Code qui est en vigueur depuis le 1er septembre 2002.[*2] Il est intéressant par conséquent de rechercher comment se situe ce Code par rapport aux autres nouveaux Codes européens, notamment ceux de l'Est. On tentera cette démarche, non avec tous les Codes, ce qui eut été difficile et sans doute de peu

[1] Code pénal de la République démocratique allemande in Collection des Codes pénaux européens. Tome V. Les nouveaux Codes pénaux de langue allemande. La Documentation française, 1981, p. 165.

[2] Sur les circonstances d'élaboration de ce Code et notamment sur le rôle des experts étrangers comme les professeurs Samson (Université de Kiel – Allemagne) et Pradel (Université de Poitiers – France), v. P. Pikamäe, J. Sootak. La réforme du droit pénal estonien: la voie vers l'indépendance. – Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1999, p. 193 et s.

d'intérêt, mais avec certains Codes, ceux de la Russie, de la Lettonie et de la Pologne tous de 1997 (trois pays très proches de l'Estonie), ceux de la Croatie de 1997 et de la Slovénie de 1995 (trois pays qui, tout en ayant fait partie eux aussi du "bloc" de l'Est, sont plus éloignés de l'Estonie). En outre, des rapprochements seront faits avec d'autres Codes européens, surtout avec ceux d'Allemagne et de France.

Un premier trait apparaît. C'est dans tous les Codes d'Europe de l'Est la disparition de la proclamation de principe évoquée plus haut, à propos du Code de l'Allemagne de l'Est.[*3] Figurent désormais – quand elles figurent – des proclamations individualistes. Ainsi, l'article 2 du Code russe de 1997 décide-t-il: "L'objectif du présent Code est le suivant: protection des droits et libertés de l'homme et du citoyen, de l'environnement, du régime constitutionnel de la Fédération de Russie contre les atteintes criminelles, sauvegarde de la paix et de la sécurité de l'humanité, prévention de crimes".[*4] Rien de tel, certes, dans le Code pénal estonien, mais l'idéologie sous-jacente est bien la même.

La remarque n'est pas innocente. Le primat de l'homme sur le collectif apparaît d'abord sur le plan de la partie spéciale des Codes pénaux. Le Code estonien traite d'abord les infractions contre l'humanité et contre la personne et n'aborde qu'à la fin les infractions contre l'Etat. C'est la même chose dans les Codes russe, polonais, croate, slovène et français. Ensuite, partout les infractions contre la personne sont les plus punies.

Toujours en considérant la partie spéciale des Codes, les incriminations sont très proches ici et là. Sans doute peut-on noter des différences: le législateur estonien n'a pas cru devoir incriminer dans le Code pénal le terrorisme et l'association de malfaiteurs qu'a retenu par exemple le législateur russe. Mais dans l'ensemble, les types pénaux sont très proches çà et là. On observera que le code estonien contient une incrimination sur la fraude en matière d'investissements (art. 211) qui, étant largement conçue, peut s'appliquer à la fraude communautaire, que connaissent certains codes occidentaux comme ceux d'Allemagne et d'Italie.

Le plus intéressant reste la question du droit pénal général. Dans le Code pénal estonien, la partie générale comporte 87 articles se répartissant en chapitres consacrés respectivement à des "dispositions générales" (11 articles), à "l'infraction" (32 articles), aux "types de peines et à leur gravité" (12 articles), au "prononcé des peines" (66 articles), à "la dispense de peine" (8 articles), à "la prescription" (2 articles), enfin aux "autres mesures de sûreté" (5 articles). Tous ces chapitres se rattachent en réalité et en simplifiant à deux concepts celui d'infraction et celui de sanction dont il faut considérer les principaux aspects.

1. La theorie de l'infraction

Faut-il rappeler que l'infraction n'existe que si elle est prévue par une loi? En le décidant, l'article 2 du Code estonien consacre le principe de légalité qui existe partout et qui exclut l'interprétation analogique, assez peu pratiquée d'ailleurs dans le droit soviétique. Il n'y a pas lieu d'insister.

Théorie d'une robuste complexité, l'infraction doit être abordée à trois égards.

1.1. La notion d'infraction

Abstraitement, l'infraction appelle une définition et, concrètement, les législateurs ont créé des distinctions au sein de l'infraction.

Faut-il définir l'infraction? Les rédacteurs du Code pénal ne l'ont pas cru et l'on pourra les en féliciter car une telle opération est inutile, appartenant à la doctrine. Pourtant, certains Codes donne une définition de l'infraction, en général pour en souligner le caractère étroit. Ainsi, l'article 1 du Code croate prévoit que "les délits et les sanctions pénales ne sont prévus que pour les comportements qui menacent ou atteignent les libertés individuelles et les droits de l'homme" (al. 1) et parle ensuite de "l'indispensabilité de la répression pénale" (al. 2). De façon voisine, l'article 2 du Code slovène décide que "le recours à la loi et à la sanction pénale n'est justifié que s'il n'est pas possible de garantir par d'autres voies la protection de la personne et des autres valeurs fondamentales". De telles propositions n'apportent pas grand chose. Plus intéressante est la définition apportée par le Code russe en son article 14: celui-ci, après avoir réputé crime "l'acte fautif socialement dangereux" indique que "n'est pas un crime l'action (ou inaction) qui, bien que formellement, comporte les éléments d'un acte quelconque prévu par le présent Code, n'offre cependant en raison de son peu d'importance aucun danger social, cet acte n'ayant pas causé de dommage ou n'ayant pas menacé d'un dommage la personne, la société ou l'Etat", ce qui laisse à la magistrature un pouvoir important de qualifi-

[3] Qui a disparu car, avec la réunification des deux Allemagne, c'est le Code de l'Allemagne de l'Ouest qui l'a remplacé et qui s'applique donc désormais à toute la nouvelle Allemagne.

[4] Le Code pénal russe de 1997, traduction et commentaire de L. Golovko, sous la direction de J. Pradel. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Vol. 19. Éditions Cujas, 1998.

cation. Plusieurs législations consacrent d'ailleurs ce principe.[*5] Il n'y a pas lieu d'insister et plus utiles sont les distinctifs de l'infraction.

Au XIX[ème] siècle, sous l'influence du Code pénal français de 1810, presque tous les droits d'Europe avaient consacré une division trinitaire (crimes, délits et contraventions), fondée sur la nature et la gravité de la peine. Aujourd'hui, ce schéma est en recul, le dualisme s'étant substitué à la trilogie.

Le Code estonien est parfaitement dans le droit fil de cette évolution. Selon son article 3, "les infractions pénales sont classées en crimes et contraventions". Toutefois, l'article 4 sous-distingue entre crimes du premier degré (passibles d'une privation de liberté de plus de cinq ans) et crimes du second degré (passibles d'une privation de liberté inférieure à cinq ans), ce qui, sans le dire, pérennise la vieille trilogie française. La présentation est très proche en Lettonie: à la dualité entre délits et crimes s'ajoute pour ces derniers une sous-distinction entre crimes peu graves (passibles d'une peine comprise entre deux et cinq ans), crimes graves (passibles d'une peine comprise entre cinq et dix ans) et crimes spécialement graves (passible d'une peine supérieure à dix ans). Le Code russe est plus complexe encore avec ses quatre catégories de crimes (de gravité mineure, de gravité moyenne, de gravité caractérisée et de gravité particulière) (art. 15).

Mais en dépit de ces distinctions, toutes les infractions ont en gros la même structure.

1.2. La structure de l'infraction

Selon l'article 2 du Code estonien, "un acte est punissable si les éléments d'une infraction sont réunis, si cet acte est contraire à la loi et si l'auteur en est reconnu coupable", ce qui fait apparaître trois notions qui sont d'ailleurs autant de sections dans le Chapitre II de la Partie générale, intitulé "L'infraction".

S'agissant des **éléments de l'infraction**; sa composante matérielle pose moins de difficultés que sa composante morale ou psychologique.

L'élément matériel, rappelle l'article 12, est constitué par une action ou par une omission. Rien d'original ici. Ce qui est plus intéressant, c'est que l'article 13 consacre la théorie de la commission par omission en décidant "qu'une personne ne peut être punie pour une omission qu'au cas où elle aurait été obligée par la loi d'empêcher les effets d'une infraction tels qu'ils sont décrits par la loi". C'est ici l'influence allemande qui se fait sentir. L'auteur passif qui occupe la "position de garant" (H. Jescheck) se voit imposer l'obligation d'empêcher un certain résultat de sorte qu'en ne faisant rien, il commet une véritable commission. Le Code croate décide à peu près la même chose en son article 25 qui se lit ainsi: "Le délit est commis par omission quand l'auteur qui est juridiquement obligé d'empêcher un fait incriminé par la loi omet de le faire, ladite omission étant par ses effets équivalente à la commission du délit par voie d'action". La solution est la même en Slovénie et en Pologne, mais pas en Russie où la commission par omission n'est pas prévue.

Un autre aspect de l'élément matériel concerne ce qu'on peut appeler l'infraction inachevée. Dans **l'iter criminis**, à partir de quel stade la répression intervient-elle, dès les actes préparatoires ou seulement à l'occasion d'un commencement d'exécution (ou tentative)? Le Code estonien adopte une position libérale en ne permettant la répression "qu'au moment où la personne commence directement à exécuter l'infraction conformément à ses intentions" (art. 25 § 2): la simple préparation d'une infraction échappe donc à la répression. La formule est assez proche de celle du Code allemand dont l'article 22 parle de celui qui "commence immédiatement la réalisation des faits constitutifs du délit". L'immense majorité des Codes européens, y compris ceux des pays d'Europe de l'Est adopte la même position. Seul fait exception le Code russe qui incrimine non seulement le commencement d'exécution, mais aussi les actes préparatoires, du moins pour les crimes graves ou particulièrement graves.[*6]

L'élément psychologique, dans le Code estonien, donne lieu à d'importants développements. Le principe de base est indiqué à l'article 15 § 1 selon lequel "Il n'y a point de crime sans intention de le commettre, sauf si la loi punit un fait non intentionnel": la règle générale est donc que toute infraction est intentionnelle, l'infraction non intentionnelle étant l'exception. Il faut reconnaître que cette disposition se retrouve dans presque tous les Codes aujourd'hui. Le Code français ne dit guère autre chose quand il affirme: "qu'il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger de la personne d'autrui. Il y a également délit lorsque la loi prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité …" (art. 121-3). La proximité est réelle entre ces deux positions. Le Code allemand adopte une attitude similaire en décidant:

[5] Ainsi, le droit italien qui parle de *principio di offensivita,* et le droit allemand; v. J. Pradel. Droit pénal comparé. 2[ème] éd. 2002, Dalloz, n° 172. L'article 58 du Code letton décide de façon très proche que si l'agent a commis une infraction réalisée en tous ses éléments, mais sans provoquer de dommage, le juge peut l'affranchir de toute responsabilité pénale.

[6] L'article 30 C.P. russe, en prévoyant cette règle, précise aussi que la préparation du crime, c'est "la recherche, la fabrication ou la mise en œuvre par une personne de moyens ou d'instruments pour la commission du crime, la recherche des complices, l'entente pour la commission du crime …". Le Code pénal russe de 1997, p. 59.

"L'acte intentionnel est seul punissable si la loi n'a pas puni de manière expresse l'acte commis par imprudence" (§ 15 StGB).

D'ailleurs, le Code estonien va bien au-delà en opérant des sous-distinctions au sein de l'intention et de la non intention, ces sous-distinctions donnant lieu à des définitions. Certains législateurs, il est vrai, abandonnent à la doctrine et à la jurisprudence le soin de donner des définitions. Telle n'a pas été l'attitude du législateur estonien qui se comporte comme ceux de Croatie[*7] et divers autres pays.

Le Code estonien subdivise l'intention en préméditation (volonté du résultat), en intention directe (conscience du résultat) et en intention indirecte (qui, pour lui, correspond au dol éventuel qui implique la possibilité du résultat): en posant cette trilogie, l'article 16 imite dans une large mesure les articles 25 du Code russe, 19 du Code roumain, 44 du Code croate, 9 du Code polonais, 17 du Code slovène et 9 du Code letton qui, il est vrai, les uns et les autres ne considèrent que les dols direct (volonté ou conscience du résultat) et éventuel. Or ce qui est intéressant, c'est que tous ces Codes non seulement définissent les modalités du dol, mais en outre mettent sur le même plan dol direct et dol éventuel. C'est ce que fait aussi le droit allemand (jurisprudence et doctrine) qui distingue trois sortes de dol: le dol direct de premier grade, le dol direct de second grade (ou dol indirect, dit encore parfois dol des conséquences nécessaires) et le dol éventuel.[*8] Au contraire, dans certains droits, le dol éventuel fait partie des infractions non intentionnelles: c'est le cas de la France où l'homicide commis par dol éventuel reste un homicide involontaire, aggravé certes, mais pas un homicide volontaire.

De même, le Code estonien sous-distingue dans la famille des infractions non intentionnelles l'imprudence (qui suppose la conscience de la possibilité du résultat, mais aussi la croyance qu'il ne se produira pas) et la négligence (qui suppose l'absence de cette conscience). Tous les droits admettent cette distinction, soit dans leur Code soit dans leur jurisprudence.

En outre, le Code estonien dispose que si la loi prévoit une aggravation de peine, en raison d'une conséquence grave de l'infraction, l'auteur n'encourt cette aggravation que s'il a agi au moins par imprudence (art. 19), ce qui est la reprise du § 18 StGB allemand: en somme, il faut qu'il ait pu prévoir cette conséquence, ce qui souligne l'importance de la faute, c'est-à-dire du principe de culpabilité comme condition de la responsabilité pénale.

Quant aux **faits justificatifs**, le Code estonien n'en retient que trois: la légitime défense, l'état de nécessité et le conflit de devoirs. Ces trois faits se retrouvent dans tous les Codes et dans les mêmes termes. On précisera qu'à propos de la légitime défense, l'article 28 § 3 décide que le droit à la légitime défense subsiste alors même que l'agent aurait pu éviter l'attaque, ce que décide aussi le Code russe (art. 37 § 2), mais ce que peu de Codes précisent. Le Code estonien consacre également l'erreur en matière de faits justificatifs: en cas d'erreur sur les conditions de la légitime défense (légitime défense putative) et de l'état de nécessité, l'agent est passible des peines prévues pour l'infraction commise par imprudence de sorte que par exemple il n'y aura pas meurtre, mais homicide par imprudence.[*9]

D'autres faits justificatifs auraient pu être retenus et, par exemple, le Code russe justifie le fait d'avoir causé un dommage lors de l'arrestation de la personne ayant commis un crime (art. 38), encore que l'on puisse y voir un cas particulier d'état de nécessité. Le Code polonais de son côté prévoit spécialement les expériences médicales ou scientifiques à certaines conditions (art. 27).

Reste enfin **l'imputabilité** qui seule permet de fonder la culpabilité. Cette notion d'imputabilité est difficile à définir car les Codes et les auteurs n'adoptent pas tous les mêmes idées. L'article 32 du Code estonien décide que la responsabilité dérive de l'absence de causes de non imputabilité, ces causes étant la minorité, le trouble mental et l'erreur. Curieusement ne figure pas la contrainte. Certains Codes étrangers adoptent une formule générale d'où dérivent ces cas de non imputabilité. Ainsi, l'article 40 § 2 du Code croate décide que "n'est pas imputable la personne qui, au temps de l'action […] n'était pas en mesure de comprendre le sens de son action et n'avait pas le pouvoir de dominer sa volonté pour cause de maladie psychique, de trouble psychologique temporaire …". De façon très proche, l'article 16 du Code slovène parle de la "capacité de comprendre et de vouloir", ce qui reprend exactement l'article 85 du Code italien.

Ces généralités rappelées, disons quelques mots sur les différentes causes de non imputabilité.

La minorité est la première cause: jusqu'à 14 ans au moment des faits, l'agent est irresponsable. A l'étranger, les solutions sont voisines: le droit français retient l'âge de 13 ans, le droit allemand l'âge de 14 ans, le droit russe l'âge de 16 ans, le droit polonais l'âge de 17 ans sauf celui de 15 pour certains délits graves.[*10]

---

[7] Ley penal croata. Présentation de Gonzalo Quintero Olivares qui fait remarquer que le législateur a un peu pris la place des spécialistes de la dogmatique, Rijeka, 2001, p. 21, en espagnol.

[8] C. Roxin. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. München, 1994, § 12, I, 1 et s.

[9] Comp. l'article 30 du code letton selon lequel en matière de légitime défense, l'agent qui a cru raisonnablement à l'existence d'un danger sera justifié.

[10] La justice pénale des mineurs en Europe. Déviance et société, 2002, vol. 26, n° 3. Précisons qu'en France, une loi du 9 septembre 2002 a prévu à l'égard des mineurs de 10 à 13 ans l'existence de "sanctions éducatives", intermédiaires entre la peine et la mesure éducative (confiscation, interdiction de paraître dans un lieu où l'infraction a été commise, interdiction de rencontrer telle personne …).

Le trouble mental est la seconde cause (art. 34) avec cette particularité que le Code estonien consacre l'idée de responsabilité atténuée "lorsque l'aptitude de l'agent à comprendre l'illégalité de l'autre et d'agir est considérablement limitée …" en raison d'un des troubles énumérés à l'article 35. Très exactement, l'effet du trouble mental qui ne supprime pas totalement la responsabilité se traduit par une réduction de la peine encourue, mais selon une arithmétique complexe décrite à l'article 60 auquel renvoie l'article 35.*[11] A l'étranger, le trouble mental qui n'abolit pas totalement le discernement entraîne tantôt une diminution de peine tantôt l'application d'une sanction adaptée à ce trouble; ainsi l'article 122-1 du Code français dispose qu'en cas d'un tel trouble, "la juridiction tient compte de cette circonstance, lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime" ce qui, en pratique, peut conduire les juges à appliquer le sursis probatoire avec obligation de se soumettre à des soins.

c) Enfin, il existe une troisième cause de non-imputabilité, l'erreur. Tout d'abord, pas de responsabilité de la personne "qui ne comprend pas l'illégalité de ses actes et qui n'est pas en mesure d'éviter cette erreur", une atténuation de peine étant prévue en application de l'article 60 selon l'article 39. Ainsi est consacrée l'erreur de droit, à certaines conditions, comme cause de non-imputabilité. Presque tous les Codes modernes admettent l'erreur de droit invincible comme cause de non imputabilité. Par exemple, l'article 46 du Code croate pose dans les mêmes termes la règle de principe et l'atténuation figurant à l'article 39 du Code estonien, tout en ajoutant la précision que l'erreur ne sera pas considérée comme évitable lorsqu'en raison de sa profession, le prévenu devait connaître la loi. Ensuite, l'article 17 consacre l'erreur de fait en ce qu'elle exclut la responsabilité pour infraction intentionnelle, mais laisse subsister l'infraction d'imprudence: en effet, la méprise de l'agent souligne le plus souvent son imprudence, son absence de précaution. Tous les droits admettent ces propositions.

En revanche, l'ivresse, qu'elle résulte d'une imprudence ou d'une volonté certaine, n'est pas une cause de non-imputabilité (art. 36). Là encore, les divers Codes sont à l'unisson, même le Code espagnol qui, après avoir décidé que l'intoxication totale est une cause d'irresponsabilité ajoute "sauf […] si l'agent a recherché cet état en vue de commettre une infraction ou s'il a pu prévoir les effets du produit" (art. 20 § 2).

Ces considérations sur l'imputabilité évoquent la détermination des personnages de l'infraction, auxquels il convient maintenant de s'intéresser.

1.3. Les personnages de l'infraction

On pense avant tout aux **individus** et, plus précisément, à l'auteur et au complice d'une infraction. Très rares sont les Codes qui, à l'instar du Code italien, ont supprimé la distinction de l'auteur et du complice. Cependant, la présentation de cette distinction varie. Les articles 21 et 22 du Code estonien voient dans l'auteur celui "qui commet l'infraction soit directement soit en utilisant autrui"*[12] et considèrent comme complice l'instigateur et l'assistant, ce qui correspond exactement aux articles 121-4-1 et 121-7 du Code français et ce qui fait donc de l'instigateur un complice. Or beaucoup de Codes font de l'instigateur une troisième catégorie, coincée entre celle d'auteur et celle de complice. Il en est ainsi en droit slovène (art. 25 à 27) et en droit allemand (§ 25 à 27). Parfois même, le schéma est plus complexe. Certains Codes distinguent à côté de l'auteur trois catégories qui sont l'organisateur (celui qui a dirigé la commission de l'infraction), l'instigateur (celui qui a poussé un tiers à commettre l'infraction) et le complice (celui qui a donné des conseils, fourni des informations ou des moyens en vue de la commission de l'infraction): ainsi en est-il dans les Codes russe (art. 33) et letton (art. 17 et 20) dont la similitude est frappante. On peut se demander si cette subtilité est bien utile dans la mesure où il peut s'avérer difficile de qualifier selon ces étiquettes un participant: on peut être à la fois auteur et organisateur ou instigateur et organisateur. Or il est nécessaire d'appliquer la bonne qualification car la peine encourue n'est pas forcément la même.

En consacrant la responsabilité pénale des **personnes morales**, le Code estonien a rallié le club des Etats de plus en plus nombreux qui ont introduit dans leur législation cette nouvelle figure. A vrai dire, les pays d'Europe de l'Est auxquels nous nous attachons ignorent tous cette figure. Dans d'autres pays d'Europe en revanche, spécialement en Grande-Bretagne, aux Pays-Bas, en Belgique, en France et en Finlande, les personnes morales sont punissables.*[13]

Selon l'article 14 du Code estonien, "les personnes morales sont responsables dans les cas prévus par la loi des actes commis par un de leurs organes ou par un de leurs dirigeants dans leur intérêt (§ 1). La responsabilité de la personne morale n'exclut pas celle de la personne physique qui a commis l'infraction (§ 2). Les dispositions des paragraphes 1et 2 ne s'appliquent pas à l'Etat, aux collectivités locales ou aux personnes morales

[11] Ainsi, l'article 35 dispose-t-il que la peine, après réduction, de doit pas dépasser les deux tiers de la peine maximale prévue par le texte d'incrimination.

[12] Cette utilisation d'autrui évoque en droit français la théorie jurisprudentielle de l'auteur moral (ou intellectuel) et certains textes du Code pénal; J. Pradel. Droit pénal général. Éd. Cujas. 14ème éd. 2002, n° 441.

[13] J. Pradel. Droit pénal comparé, précité, n° 239 et s.

de droit public (§ 3)". En écho, relisons l'article 121-2 du Code français: "Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement […] dans les cas prévus par la loi, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants (§ 1). Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public (§ 2). La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits […] (§ 3)".

Rarement la proximité a été aussi frappante. Le législateur estonien s'est inspiré indéniablement du législateur français à plusieurs égards: 1°) le fondement de la responsabilité de l'être moral est le même dans les deux droits en ce que cette responsabilité suppose une infraction commise par un organe de cette personne et à son profit, ce qui consacre la responsabilité par ricochet ou par reflet et ce qui exclut du même coup la théorie de la faute autonome de l'être moral; 2°) la responsabilité de la personne morale n'existe que pour les infractions pour lesquelles le législateur l'a bien voulu; 3°) l'organe auteur premier de l'infraction peut être lui aussi poursuivi: 4°) l'Etat n'est pas pénalement responsable, lui qui étant titulaire du droit de punir ne pouvant s'autoflageller.

Il est utile de rappeler l'intérêt d'une telle responsabilité: la personne morale, notamment l'entreprise, est souvent à l'origine d'infractions et punir le dirigeant (qui peut être remplacé) ne saurait suffire; en outre, si une amende est prononcée, la personne morale est plus solvable que ses dirigeants. Mais c'est déjà évoquer la théorie de la sanction.

2. La theorie de la sanction

Si la théorie de l'infraction est traitée de façon relativement proche dans tous les Codes, à quelques rares exceptions près comme la responsabilité des personnes morales, la théorie de la sanction est plus nationale, les philosophies législatives variant d'un pays à l'autre et se trouvent d'ailleurs parfois exprimées dans un article de la partie sur la sanction.*[14] Le législateur estonien privilégie une approche centrée sur l'individualisation, même si le terme n'apparaît pas dans le Code: une individualisation qui suppose à la fois un large éventail de sanctions et de pouvoirs accordés au juge dans la fixation de la sanction. En cela le législation estonien s'est largement inspiré du modèle français.*[15]

2.1. Un large choix offert par le législateur

Le Code estonien, à l'instar de très nombreux codes, distingue – sinon expressément, du moins en réalité – entre peines et mesures de sûreté. Parmi ces dernières, le Code prévoit la confiscation, le traitement psychiatrique*[16] et les mesures applicables aux mineurs (art. 83 et s.). De telles sanctions existent dans tous les Codes d'Europe de l'Est ou de l'Ouest.

En **matière criminelle**, le Code estonien prévoit l'amende pour les personnes physiques et morales, la réclusion criminelle pour les personnes physiques et la fermeture d'entreprise pour les personnes morales (art. 44 à 46).

L'amende est en réalité le jour-amende, comme d'ailleurs en Russie, en Pologne, en Lettonie, en Croatie et en Slovénie, mais pas en Roumanie. L'Allemagne connaît également l'amende sous la forme du jour-amende (§ 40 StGB) alors que la France laisse au juge le soin de choisir entre l'amende en la forme ordinaire et le jour-amende (art. 131-3 C.P.).

La réclusion criminelle oscille en Estonie entre 30 jours et la perpétuité. Il y a actuellement un débat en Europe sur la possibilité de maintenir la privation perpétuelle de liberté (du moins en théorie car intervient en général une mesure de grâce ou de libération conditionnelle). La Pologne, la Russie et la Lettonie connaissent la privation perpétuelle alors que la Slovénie et la Croatie connaissent une privation de liberté à durée plafonnée (15, voire 20 ans en Slovénie – art. 37; 15, voire 40 ans en Croatie).

Des peines complémentaires sont prévues pour les personnes physiques (interdiction professionnelle, suspension du permis de conduire, interdiction de détenir une arme, retrait du permis de chasse, expulsion du

[14] V. l'article 50 du Code croate qui évoque les objectifs de la peine: "influencer l'auteur pour qu'il ne récéidive pas, influencer tous les autres pour qu'ils ne commettent pas de délits et, en outre, influencer, grâce à l'exécution des peines prévues, la conscience des citoyens sur la dangerosité des délits et la justice de la puntion de leurs auteurs". L'article 56 du Code estonien vise de façon voisine la prévention de la récidive et "la protection de l'ordre légal".

[15] P. Pikamäe, J. Sootak, *précité,* p. 211.

[16] Que peut prononcer le juge pénal à l'égard des prévenus déments. Rappelons qu'en France, cette mesure est prononcée par l'autorité administrative.

territoire) qui se retrouvent dans d'autres Codes et, par exemple, dans le Code français. Une mention spéciale doit être faite sur cette peine complémentaire prévue par l'article 53 du Code estonien, intitulé "Peines portant sur les biens": lorsque la juridiction condamne le prévenu à une peine de réclusion criminelle d'une durée de plus de trois ans ou à perpétuité, elle peut en outre le condamner à verser au Trésor une somme "dont le montant peut atteindre l'équivalent de la totalité de ses biens". Il s'agit d'une confiscation générale déguisée que les juges prononcent en fait dans des cas de criminalité organisée. Cette peine terrible est imitée du droit allemand (§ 43-a StGB).*[17]

En matière contraventionnelle, on retrouve le jour-amende et la privation de liberté appelée ici emprisonnement et dont le maximum est de 30 jours. La panoplie des peines est, on le voit, beaucoup plus réduite qu'en matière criminelle.

2.2. Des pouvoirs étendus accordés au juge

Le juge en premier lieu **peut modifier le quantum de la peine**, ou plafond établi pour chaque infraction dans la partie spéciale du Code estonien. Pour rendre cela possible, tout d'abord, l'article 57 de ce Code énumère une liste de huit circonstances atténuantes (réparation du dommage, aveu, vive émotion pendant la commission des faits, excès de légitime défense …) tout en ajoutant que le juge peut prendre en compte d'autres circonstances, ce qui rend un peu inutile la liste établie.*[18] L'abaissement est soigneusement quantifié. Le Code slovène évoque lui aussi le concept de circonstances atténuantes, mais sans en faire une liste, et il prévoit également un abaissement limité arithmétiquement (art. 43). Ce plancher à la bienveillance du juge existe dans presque tous les droits européens à l'exception de celui de la France qui permet théoriquement un abaissement jusqu'à … un jour. Ensuite, l'article 58 énumère diverses circonstances aggravantes (recherche d'un avantage, agissements réalisés avec une particulière cruauté, usage d'uniformes professionnels, action en groupe …). Beaucoup d'autres Codes contiennent des listes générales et assez proches.*[19]

Ce qui est plus remarquable, c'est le pouvoir reconnu au juge de **changer la nature de la peine encourue** avec une autre: il y a substitution de peine "pour prendre en compte l'extrême diversité des délinquants et pour appliquer à chacun la peine qui lui convient".*[20] A vrai dire, le Code estonien ne connaît qu'un seul substitut, c'est le travail d'intérêt général qui peut prendre la place de la réclusion d'une durée de deux ans au plus. Mais il faut l'accord du condamné. Et si le condamné n'accomplit pas le travail, il effectuera la peine d'emprisonnement qui avait été prononcée. Ce changement est prévu dans certains droits étrangers. Ainsi le Code croate décide en son article 54 que "lorsque le tribunal inflige une peine d'emprisonnement jusqu'à six mois, il peut dans le même temps et avec l'accord du condamné décider que la peine se convertira en un travail pour le bien de la communauté, effectué en liberté", le tribunal se déterminant en fonction de toutes les circonstances en l'espèce; là encore, l'inexécution totale ou partielle du travail conduit le condamné à subir la peine d'emprisonnement qui avait été prononcée. Par ce système, le condamné connaît d'avance et de manière précise la durée de l'emprisonnement qu'il devra accomplir s'il ne tient pas sa parole, exactement s'il n'accomplit pas le travail comme il s'y était engagé. Le Code français permet lui aussi de remplacer la privation de liberté par une peine dite "alternative"; toutefois, le travail d'intérêt général n'est pas la seule*[21] et, en outre, en la prononçant, le juge ne fixe pas la durée de l'emprisonnement qui serait ramené à exécution en cas d'inaccomplissement du travail: en France en effet, cet inaccomplissement constitue une infraction autonome punie de deux ans d'emprisonnement (art. 434-42) que le juge déterminera en toute liberté, ce qui peut provoquer chez l'intéressé de douloureuses surprises!

Le juge peut enfin **alléger la peine** prévue par le texte d'incrimination.

Tout d'abord, lorsqu'il prononce la condamnation, le juge est invité à exclure la privation de liberté si le texte d'incrimination prévoit d'autres peines moins sévères: s'il entend néanmoins prononcer la réclusion, il doit alors "justifier explicitement sa décision" (art. 56 § 2).*[22]

---

[17] Encore que la Cour constitutionnelle allemande ait considéré en mars 2002 que le § 43-a est inconstitutionnel au motif que cette peine est indéterminée et donc non conforme au principe de la légalité des peines, inscrit à l'article 103-2 de la Constitution.

[18] Même technique dans l'article 61 du Code russe et dans l'article 47 du Code letton.

[19] C'est le cas du Code russe en son article 63. Le droit français adopte une autre attitude en prévoyant pour chaque infraction une liste de circonstances aggravantes.

[20] P. Pikamäe, J. Sootak, *précité,* p. 213.

[21] L'article 131-8 énumère une dizaine de peines comme la suspension du permis de conduire, l'interdiction de porter une arme, le retrait du permis de chasse …

[22] Ce qui rappelle le § 47 § 1 StGB allemand qui ne permet au tribunal de prononcer une peine inférieure à six mois qu'en cas de circonstances particulières à l'acte ou à la personnalité de l'auteur. La parenté est plus proche encore avec l'article 132-19 al. 2 du Code français selon lequel en matière correctionnelle, la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis qu'après avoir "spécialement motivé le choix de cette peine".

En outre, s'il prononce cette peine, il peut prévoir le sursis simple total ou partiel[*23] ou le sursis avec mise à l'épreuve ou probation. L'article 75 du Code estonien distingue, exactement comme les articles 132-44 et 132-45 du Code français, entre mesures de contrôle (qui sont obligatoires) et mesures d'assistance (qui sont facultatives, à la discrétion du juge). Parmi les premières, les articles 75 § 1 et 132-44 énumèrent par exemple l'obligation de se soumettre au contrôle de l'agent de probation ou d'obtenir son autorisation pour tout déplacement ou changement de résidence pour une durée qui dépasserait quinze jours. Parmi les secondes, l'article 75 § 2 énumère huit obligations qui se retrouvent à l'identique avec la liste des quinze obligations prévues à l'article 132-44 comme l'obligation de réparer les dommages causés par l'infraction, de ne pas détenir d'arme, de se soumettre à des soins médicaux, de ne pas fréquenter certaines personnes, etc.

Le juge peut décider un allégement aussi en cours d'exécution de peine lorsqu'il s'agit d'une peine privative de liberté: le condamné peut en effet bénéficier d'une libération conditionnelle. Ici le Code estonien s'inspire de toutes les législations étrangères puisque quasiment toutes, à de très rares exceptions près (comme les législations de certains Etats des Etats-Unis) connaissent la libération conditionnelle.

* * *

On terminera cet exposé par deux remarques générales.

D'abord, le Code estonien apparaît ainsi comme un Code qui est dans l'ensemble libéral ou "occidental" avec la consécration des principes de culpabilité de l'agent et d'individualisation de la peine, avec aussi la disparition de la peine de mort. Quelques traits du modèle autoritaire subsistent il est vrai comme le maintien de la réclusion perpétuelle, la confiscation générale déguisée … Mais n'oublions pas que ces deux traits se retrouvent aussi dans des Codes "occidentaux", notamment dans ceux de l'Allemagne et de la France.

Ensuite, ce Code constitue un merveilleux exemple d'hybridisation juridique, le législateur ayant pris son inspiration dans la lecture de divers Codes étrangers. Il est certain que les Codes d'Europe de l'Est ne sont pas totalement oubliés, loin de là. Mais le plus important paraît bien être la source allemande et la source française. D'Allemagne proviennent les dispositions sur la commission par omission, la tentative, l'erreur de droit, la peine aggravée en cas de conséquences particulièrement graves, la confiscation générale déguisée. De France proviennent les dispositions sur la complicité et surtout celles sur la responsabilité pénale des personnes morales et sur une très grosse partie de la théorie de la sanction (motivation de la peine privative de liberté, sursis probaboire, travail d'intérêt général comme alternative à la privation de liberté …). Quant à la nécessité générale de l'intention, sauf exception, et au jour-amende, un très grand nombre de droits les ont déjà consacrés. Dans cette Europe qui se cherche, les idées, en traversant les frontières, deviennent un peu communes. La question se pose alors de savoir si l'on peut envisager un jour un Code pénal européen dans un avenir plus ou moins proche. Nous n'irons pas jusque là car sauf sur des points particuliers (comme le droit des affaires peut-être), les droits sont nationaux, resteront nationaux et l'on ne saurait, selon nous, dépasser le stade de l'harmonisation. Il faut sans doute dire Adieu au Code pénal européen.[*24]

[23] Ce qui permet l'application d'une détention de brève durée ou "détention-choc" (*Sharp short shock*). Le Code letton parvient au même résultat en ayant créé la peine privative de liberté de brève durée, comprise entre trois jours et six mois (art. 39).

[24] K. Tiedemann, *La armonizacion del Derecho Penal en los Estados miembros de la Union Europea,* Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tome XLIX, fasciculo II, 1996, p. 385 et s.

Josef Zila

Dozent,
Juristische Fakultät, Universität Stockholm

Strafrechtlicher Vorsatz:

Die neuesten Entwicklungen in der schwedischen Wissenschaft und Praxis

1. Einführung

Die Schuldformen, die im schwedischen Strafrecht bekannt sind (Vorsatz und Fahrlässigkeit), werden gewöhnlich mit Hilfe von zwei Elementen erklärt, die ebenfalls der Bildung dieser Schuldformen dienen. Das erste Element ist das Wissen des Täters, das sich auf diejenigen Umstände bezieht, welche den Tatbestand erfüllen (das kognitive Element). Beim zweiten Element betrachtet man die innere Einstellung des Täters zu diesen Umständen (das sog. voluntative Element). Im Rahmen der sog. klassischen Vorsatzlehre unterscheidet man – nach der schwedischen Terminologie – direkten Vorsatz, indirekten Vorsatz und Eventualvorsatz, sowie bewusste Fahrlässigkeit und unbewusste Fahrlässigkeit.

Der direkte Vorsatz liegt vor, wenn der Täter weiss (mit praktischer Sicherheit), dass er mit seinem Handeln einen bestimmten, strafrechtlich relevanten Erfolg verursacht und der strafrechtliche Erfolg ist auch das, wonach er strebt.

Der Unterschied zwischen der direkten und indirekten Vorsatz liegt nicht im kognitiven Element. Sowohl der direkte als auch indirekte Vorsatz erfordern das gleiche Maß an Täterwissen hinsichtlich des Handlungserfolges. Der Unterschied besteht in der inneren Einstellung des Täters zum Erfolg. Das Verhältnis beschreibt man auf die Art und Weise, dass der Täter, der mit indirektem Vorsatz handelt, nicht nach dem strafrechtlichen Erfolg strebt, sondern dieser erscheint lediglich als eine Art „Nebenprodukt“ seines Handelns. Das Handeln selbst hat einen anderen Zweck, z. B. eine andere Straftat, oder etwas, das an für sich nicht rechtswidrig zu sein braucht. Die Akzeptanz des strafrechtlichen Erfolgs durch den Täter rührt von seinem Wissen her, dass sein Handeln etwas Bestimmtes verursachen wird.

Die oben erwähnten Schuldformen stellen aus der Sicht der praktischen Anwendung keine besonderen Probleme dar, abgesehen von eventuellen Beweisproblemen. Wie bekannt ist, beginnen die wirklichen Probleme, wenn man nicht feststellen kann, dass der Täter „volles“ Wissen hatte oder hätte haben müssen, es aber ausser Zweifel steht, dass der Täter das (beachtliche) Risiko eingesehen hat, dass sein Handeln zu einem Erfolg führen kann, der eine Straftat darstellt, z. B. das jemand getötet oder verletzt wird und er trotz dieser Einsicht die Handlung vornimmt und das Risiko sich im Erfolg verwirklicht. Es obliegt dem Gericht zu entscheiden, ob ein solches Handeln als eine vorsätzliche Tat anzusehen ist oder ob es das Handeln lediglich als fahrlässig beurteilen soll. Mit anderen Worten geht es um die Entscheidung, ob der Täter mit Eventualvorsatz, der die dritte Vorsatzform nach geltendem schwedischen Recht ist, oder bewusst fahrlässig gehandelt hat.

Man muss nicht erwähnen, dass diese Entscheidung eine enorme Bedeutung für den Angeklagten hat. Es geht dabei um die Grenzziehung zwischen vorsätzlichen und fahrlässigen Straftaten, die oft beträchtlich unterschiedliche Strafandrohungen haben. In den Fällen, in denen der Gesetzgeber nur Vorsatztaten mit Strafe bedroht, handelt es sich um Grenzen zwischen rechtswidrigen und rechtmäßigen Handlungen. Es ist gerade auf diesem Gebiet, wo man in Schweden sowohl in der Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung und vor kurzem auch in der Praxis versucht hatte, neue Lösungen einzuführen. Dies werde ich später darlegen und diskutieren.

Der Vollständigkeit halber soll dargelegt werden, dass die letzte Schuldform, die im schwedischen Recht Anwendung findet, die unbewusste Fahrlässigkeit ist. Hierbei fehlt dem Täter das Wissen hinsichtlich der strafrechtlich relevanten Umstände. Daher macht es keinen Sinn, seine innere Einstellung zu untersuchen. Dem Täter können wir vorwerfen, dass er sich das nötige Wissen nicht beschaffen hat. Das hätte er mit Rücksicht auf seine Stellung und die übrigen Umstände tun müssen. Es kann vorwerfbar sein, wenn man handelt, ohne die notwendigen Sicherheitsvorkehrungen vorgenommen zu haben.

2. Die Grenzziehung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit

Die Situation, in der der Täter das beachtliche Risiko, dass sein Handeln zu einem Erfolg führen kann, eingesehen hat, und er trotz dieser Einsicht die Handlung vornimmt und das Risiko sich im Erfolg verwirklicht, ist in der Praxis sehr gewöhnlich. In diesem Fall kann man also den Täter für eine vorsätzliche oder bewusst fahrlässige Straftat verurteilen.

Wie bekannt ist, hat man in der Strafrechtsdoktrin und Praxis viele Methoden, etwa die „normativen Denkmodelle", ausgearbeitet, deren Zweck es ist, den Gerichten einen Leitfaden an die Hand zu geben, um zu beurteilen, ob der Angeklagte für eine vorsätzliche oder bewusst fahrlässige Tat verurteilt werden soll. Der Zweck dieser Modelle ist es, die Voraussetzungen für die sichere und eindeutige Beantwortung der Frage zu schaffen, welche innere Einstellung der Täter zum Zeitpunkt der Tat hatte. Da die einzelnen Denkmodelle an verschiedenen Tatsachenfeststellungen des Gerichts anknüpfen, ist ihr weiteres, wichtiges Ziel die Absicherung der Gleichheit vor dem Gesetz und der Rechtssicherheit: in jedem einzelnen Fall soll man von der selben Art von Tatsachenfeststellungen ausgehen.

Im schwedischen Strafrecht hat man traditionell drei verschiedene Methoden für die Grenzziehung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit angewendet bzw. diskutiert.

In vielen Strafsachen hat das schwedische Oberste Gericht eine sog. „hypothetische Prüfung" durchgeführt.[*1] In der deutschen Strafrechtslehre spricht man von der sog. Frankschen Formel. Bei dieser Methode fragt man, ob der Täter, der das Risiko eingesehen hat und trotz dieses Risikos handelt, auch so gehandelt hätte, wenn er sich sicher sein könnte, dass das verbrecherische Erfolg sich verwirklicht. Wagt das Gericht, auf diese hypothetische Frage bejahend zu antworten, wird der Angeklagte für eine vorsätzliche Straftat verurteilt.

Meines Wissens nach gibt es in Europa keine andere Rechtsordnung, in der diese hypothetische Prüfung noch durchgeführt wird. In der deutschen Praxis und Doktrin hat man sich von der Frankschen Formel vor etwa 100 Jahre abgekehrt. Eine hypothetische Prüfung als eine Art der Feststellung des Eventualvorsatzes zeigt wesentliche Schwächen und hat grundsätzliche Einwände hervorgerufen. Es ist an sich verwunderlich, dass das schwedische Oberste Gericht auf der Anwendung dieser Methode besteht, die offensichtlich ein systemfremdes Element im schwedischen Strafrecht darstellt. Schon an dieser Stelle kann bemerkt werden, dass das Bemühen, die schwedischen Gerichte zur Abkehr von dieser hypothetischen Prüfung zu bewegen, eines der wichtigen Gründe für die neu vorgeschlagenen Änderungen des Vorsatzbegriffs ist, über die ich in Kürze reden werde.

Aufgrund der Praxis des Obersten Gerichts wird daher die Durchführung der hypothetischen Prüfung als geltendes Recht angesehen. Das Bild ist aber nicht eindeutig. In vielen Fällen, in denen die Grenzziehung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit aktualisiert wurde, hat das Oberste Gericht andere Überlegungen angestellt. Anstatt die hypothetische Frage zu formulieren, stellte das Oberste Gericht fest, dass die konkreten Umstände der Tat, z. B. die Art und Weise, wie der Angeklagte die Tat durchgeführt hatte, zeigen, dass der Täter jedenfalls dem verbrecherischen Erfolg gegenüber gleichgültig eingestellt war, und verurteilte ihn für eine vorsätzliche Straftat.[*2]

Schließlich forderte der „Reichsankläger" vor dem Obersten Gericht in zwei Fällen[*3], dass der Angeklagte

[1] z. B. Nytt Juridiskt Arkiv (NJA) 1959, S. 63; NJA 1980, S. 514; NJA 1995, S. 119.

[2] z. B. NJA 1985, S. 757; NJA 1990, S. 210; NJA 1996, S. 509.

[3] NJA 1959, S. 63; NJA 1980, S. 514.

für eine vorsätzliche Straftat zu verurteilen ist und zwar mit der Begründung, dass der Angeklagte erkannt hat, dass der strafrechtliche Erfolg mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eintritt. Das war folglich ein Versuch, das Oberste Gericht zu einer Abkehr von der hypothetischen Prüfung zu veranlassen, um andere Überlegungen zur Grenzziehung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit anzustellen. In beiden Fällen hat das Oberste Gericht die Anklage für eine vorsätzliche Tat abgewiesen, nachdem es die hypothetische Prüfung durchgeführt hatte. Es gibt Gründe anzunehmen, dass besonders diese zwei Fälle zu der allgemeinen Auffassung beigetragen haben, was geltendes Recht ist.

Soweit es um die drei gerade vorgestellten Methoden der Grenzziehung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit geht, spricht man in der schwedischen Strafrechtslehre und Praxis über den „hypothetischen Vorsatz" (*hypotetiskt uppsåt*), „Gleichgültigkeitsvorsatz" (*likgiltighetsuppsåt*) und „Wahrscheinlichkeitsvorsatz" (*sannolikhetsuppsåt*). Anstelle von „Gleichgültigkeitsvorsatz" spricht man manchmal auch vom „faktischen Eventualvorsatz", was meines Erachtens vorzuziehen ist.

3. Vorschlag zur Einführung von neuen Vorsatzformen im schwedischen Strafrecht

Der Vorschlag für eine neue Ausformung von Schuldformen im schwedischen Strafrecht, genauer gesagt vom Vorsatzbegriff, der im Folgenden behandelt wird, wurde im Gutachten **Straffansvarets gränser** (SOU 1996:185, Die Grenzen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit) vorgestellt. Der Vorschlag geht von einer kritischen Analyse der herrschenden Rechtspraxis hinsichtlich vorsätzlicher Straftaten aus, insbesondere wenn es um die Grenzziehung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit geht. Die Kritik richtet sich, wie gesagt, in erster Linie gegen die Anwendung der hypothetischen Prüfung. Die theoretische Begründung des Vorschlages findet man bei Jareborg.[*4]

Der Vorschlag des Gutachtens ist ziemlich radikal. Würde der Vorschlag durchgeführt, würde es bedeuten, dass man im schwedischen Strafrecht zum ersten Mal eine Legaldefinition des Vorsatzes einführen würde, die wie folgt lautet:

> „Eine Tat wird vorsätzlich begangen, wenn sie mit Absicht begangen wird, oder wenn sie dem entspricht, was der Täter in Bezug auf die Tat eingesehen, erkannt oder angenommen hat".

Eine Definition von „Fahrlässigkeit" wurde nicht vorgeschlagen.

Gemäß dem Vorschlag sollen folglich zwei Vorsatzformen eingeführt werden. Die erste Form wurde „Absichtsvorsatz" genannt, die andere „Einsichtsvorsatz". Der Absichtsvorsatz entspricht dem direkten Vorsatz nach geltendem Recht. Das bedeutet, dass der Täter mit Absichtsvorsatz handelt, der nach dem strafrechtlichen Erfolg strebt, von dem er weiss, dass er ihn durch sein Handeln verursacht hat. Die andere Form, der Einsichtsvorsatz, würde die Fälle umfassen, die nach geltendem Recht unter den indirekten Vorsatz und Eventualvorsatz fallen.

Der Einsichtsvorsatz bezieht sich auf das kognitive Element. Man unterscheidet zwischen drei verschiedenen kognitiven Einstellungen. Der Täter handelt zunächst mit Vorsatz, wenn er einsieht, dass sein Handeln zum strafrechtlichen Erfolg führen wird. Hierbei handelt es sich um dieselbe Art der kognitiven Einstellung wie beim indirekten Vorsatz. Des weiteren handelt derjenige vorsätzlich, der bei der Tat erkennt oder annimmt, dass der strafrechtliche Erfolg verwirklicht werden kann. Diese zwei Ausdrücke (erkennen und annehmen) umschreiben einen niedrigeren Grad der Gewissheit als die „Einsicht" des Täters. Wenn der Täter etwas erkennt oder annimmt, handelt es sich um seine Ansicht, dass ein strafrechtlich relevantes Risiko besteht.

Im Gutachten werden die Verhältnisse zwischen den genannten kognitiven Elementen wie folgt beschrieben:

„Einsicht" sollte oft angesehen werden als ein eher intellektueller Prozess gegenüber der „Erkenntnis", die man eher als eine passive Wahrnehmung ansehen kann. Der Grad der Einsicht bei der Erkenntnis kann, muss aber nicht notwendigerweise niedriger sein. „Annahme" deutet auf der einen Seite mehr auf eine aktive Beurteilung hin – eine Wirklichkeitsvorstellung, die der Täter zum Ausgangspunkt seines Handelns nimmt – kann aber auf der anderen Seite als ein niedrigerer Grad der Einsicht als „Erkenntnis" angesehen werden. Eine präzise Grenzziehung zwischen den einzelnen kognitiven Elementen ist offensichtlich nicht notwendig, da alle Elemente die strafrechtliche Verantwortung des Täters für eine vorsätzliche Straftat begründen. Dagegen ist es wichtig, dass man den Inhalt des Ausdrucks „was der Täter in Bezug auf die Tat [...] erkannt oder angenommen hat" präzisieren kann. Die kognitive Einstellung, welche durch diese Ausdrücke

[4] z. B. N. Jareborg. Allmän kriminalrätt. Uppsala: Iustus Förlag, 2001, S. 325–329.

gemeint ist, begründet den niedrigsten Grad der strafbegründenden Einsicht beim Täter und damit die Grenze zwischen vorsätzlichen und nicht vorsätzlichen Taten.

Der Einsichtsvorsatz wird in dem Gutachten als „qualifizierter Wahrscheinlichkeitsvorsatz" bezeichnet. Damit meint man, dass der Grad der Einsicht beim Täter hinsichtlich der Tatumstände höher anzusetzen ist als beim „gewöhnlichen" Wahrscheinlichkeitsvorsatz. Man vermeidet jedoch, den Grad der Wahrscheinlichkeit in Prozentzahlen auszudrücken und zwar wegen des Risikos der Objektivisierung der Wahrscheinlichkeit in der Gerichtspraxis.

Soweit es um die praktischen Konsequenzen der möglichen Einführung der neuen Definition geht, rechnet das Gutachten damit, dass sich im Vergleich mit der bestehenden Praxis die Strafbarkeit von schweren Gewalttaten etwas erweitert. Bezüglich anderer Straftaten werden keine Veränderungen erwartet.

Der Unterschied zwischen den Schuldformen, die aktuell im schwedischen Strafrecht Anwendung finden und solchen, die gelten würden, wenn der Vorschlag des Gutachtens umgesetzt würde, kann mittels der folgenden schematischen Darstellung der Problematik verdeutlicht werden:

Fig. 1. Schuldformen (das geltende Recht)

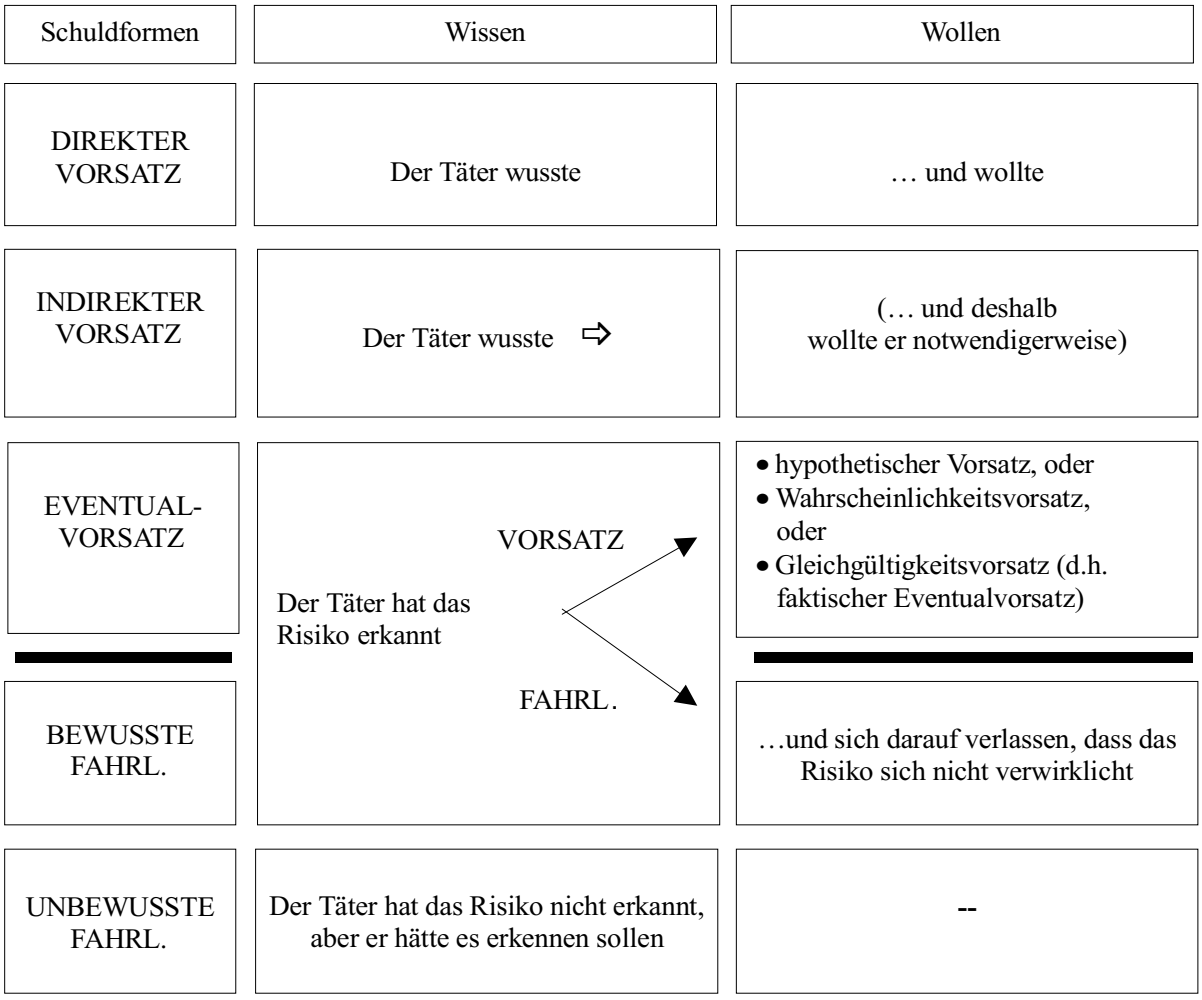
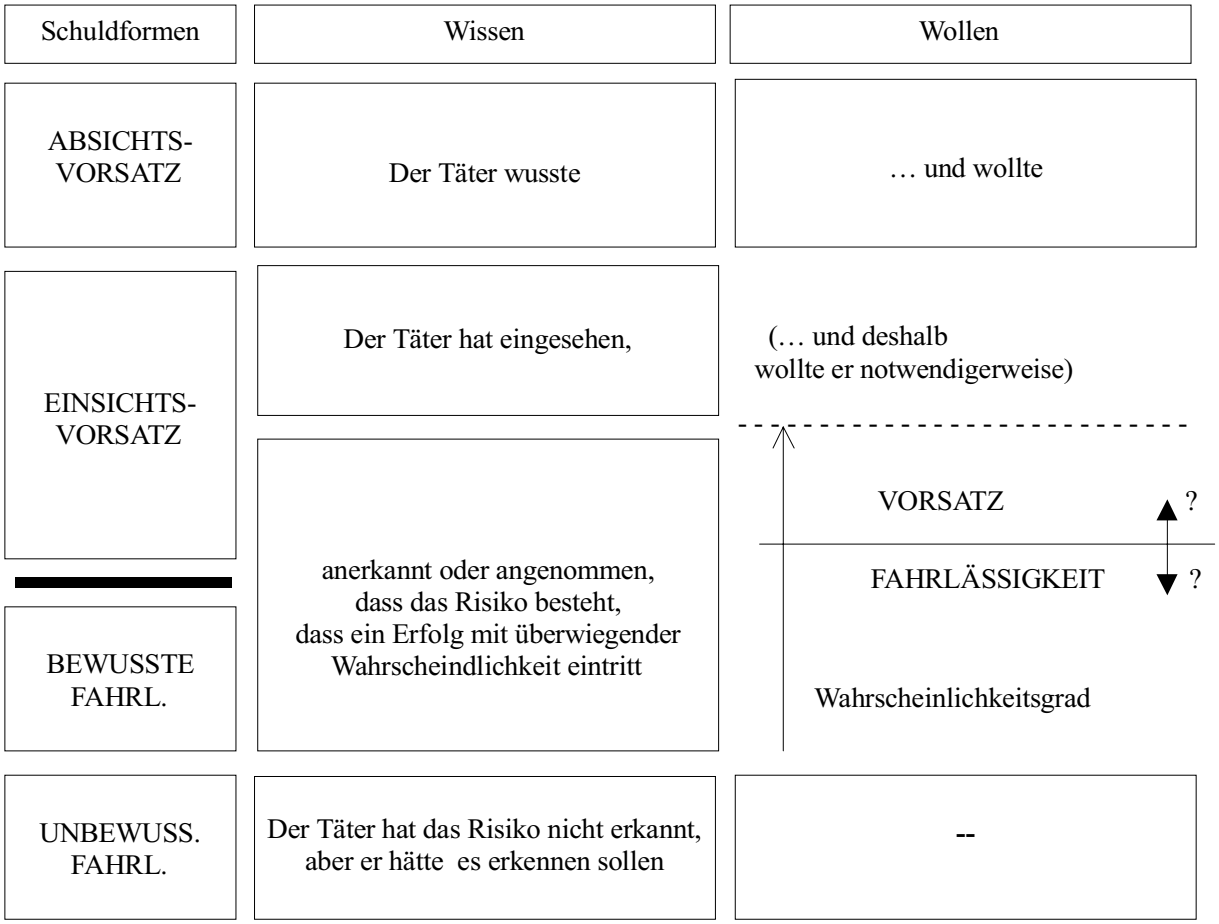


Fig. 2. Schuldformen (der Vorschlag)



4. Einige Anmerkungen

Der Vorschlag der neuen Vorsatzdefinition ruht auf einer soliden theoretischen Grundlage. Hat man die grundlegenden Ausgangspunkte akzeptiert, auf denen die Ausformung des Vorsatzbegriffes – wie vorgeschlagen – basiert, d. h. in erster Linie eine konsequente Anbindung der Vorsatzdefinition an das kognitive Element, gibt es keinen Grund, die Ausformung der Definition selbst in Frage zu stellen. Es kann auch nicht daran gezweifelt werden, dass der vorgeschlagene Vorsatzbegriff rationeller ist und dadurch auch verständlicher als der Eventualvorsatz, der mit Hilfe der hypothetischen Prüfung festgestellt wird und der in Schweden immer noch als das geltende Recht angesehen wird.

Der Vorschlag wirft jedoch auch gewisse Fragen auf. Die wichtigste und wohl schwierigste Frage, die auch in diesem Aufsatz behandelt wird, ist die nach dem Verhältnis zwischen der vorgeschlagenen Vorsatzdefinition zum Fahrlässigkeitsbegriff, genauer gesagt zum Begriff der bewussten Fahrlässigkeit. In dem Gutachten wird diese Frage nur sporadisch angesprochen. Es wird keine Erklärung dafür bereitgestellt, auf welche Weise die Grenze zwischen Einsichtsvorsatz und der bewussten Fahrlässigkeit gezogen werden soll. Auch ein „Probedurchgang" mit einigen typischen Fällen, an denen der Einsichtsvorsatz geprüft wurde, ergab keine Leitlinie für die Behandlung der Grenzziehung.

Man kann sich zwei typische Situationen vorstellen, in welchen das Gericht feststellt, dass in einem konkreten Fall der Einsichtsvorsatz nicht gegeben ist.

Zunächst kann das Gericht lediglich feststellen, dass der Angeklagte weder eingesehen, noch erkannt oder angenommen hat, dass der strafrechtliche Erfolg eintreten wird. In diesem Fall ist auch die bewusste Fahrlässigkeit ausgeschlossen, da diese Schuldform voraussetzt, dass der Täter das Risiko für eine bestimmte Folge eingesehen hat.

Die andere denkbare Situation ist, dass das Gericht feststellt, dass der Angeklagte an für sich eingesehen, erkannt oder angenommen hat (haben müsste), dass er einen Tatbestand verwirklichen wird, hatte jedoch gute Gründe, die Verwirklichung des strafrechtlichen Erfolgs als weniger wahrscheinlich anzusehen. In einem solchen Fall könnte die strafrechtliche Verantwortung für eine bewusst fahrlässige Tat begründet sein.

Die Verurteilung für eine bewusst fahrlässige Straftat in dieser Situation ist jedoch nicht unproblematisch. Das Risiko für eine Objektivisierung von Wahrscheinlichkeitsgraden, die vom Gutachten vermieden werden wollte, liegt hier klar auf der Hand. Als ein schwerwiegenderes Problem sehe ich jedoch den Umstand, dass die Grenzziehung zwischen vorsätzlichen und fahrlässigen Straftaten willkürlich werden kann. In dem Gutachten wird behauptet, dass die Beweisführungsmöglichkeiten für die Einführung des Einsichtsvorsatzes als der niedrigsten Vorsatzform sprechen. Was jedoch gemeint ist, ist die Beweisführung im Vergleich mit der Beweisführung gerichtet auf den hypothetischen Eventualvorsatz. Hierin teile ich die Ansicht des Gutachtens. Es kann jedoch extrem schwer sein, einen Beweis darüber zu führen, welche Wahrscheinlichkeit der Täter für den Eintritt des Erfolges angenommen hatte. Und wie soll man einen Sachverhalt beurteilen, in dem der Täter den Erfolg als sehr wahrscheinlich eingeschätzt hat, obwohl die Wahrscheinlichkeit bei objektiver Betrachtung sehr niedrig war? Schließlich kann man die Frage stellen, ob die Notwendigkeit, in einer solchen Situation nur wegen einer fahrlässigen Tat zu verurteilen, aus kriminalpolitischer Sicht annehmbar ist. Ein solcher Ausgang des Gerichtsverfahrens kann unzufriedenstellend sein, insbesondere wenn ein relativ kleines Risiko für einen sehr großen Schaden besteht, z. B. die Infizierung mit dem HIVirus durch Geschlechtsverkehr. In dem Gutachten wird festgestellt, dass in solchen Fällen der Einsichtsvorsatz nicht zu zufriedenstellenden Ergebnissen führt, und befürwortet dafür einen besonderen Tatbestand.

Man kann sich jedoch weitere Situationen vorstellen, in denen dieses Problem auftaucht (z. B. beim Umgang mit radioaktiven Materialien u.ä.).

Die schwerwiegendste Kritik, die meines Erachtens nach gegen den Einsichtsvorsatz gerichtet werden kann, ist, das die eventuelle Einführung dieser Vorsatzform beinahe vollständig die bewusste Fahrlässigkeit eliminiert. Ein Beispiel, das im Gutachten als Illustration der Anwendung des Einsichtsvorsatzes angeführt wird, bekräftigt diese Befürchtung:

Ein Autofahrer, der sich einem Fußgängerübergang nähert, an dem eine Person steht, die im Begriff ist, die Straße zu überqueren, stellt sich vor (sieht ein, erkennt oder nimmt an), dass der Fußgänger die Straße überqueren wird. Wenn der Autofahrer trotz dessen weiterfährt, sollte er wegen einer vorsätzlichen Straftat verurteilt werden (vorsätzliche Körperverletzung oder versuchte Körperverletzung).

Selbstverständlich kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Autofahrer auch nach geltendem Recht, unter gewissen besonderen Umständen, wegen einer vorsätzlichen Straftat verurteilt werden kann. Aber gewöhnlich würde er für eine fahrlässige Tat verurteilt werden (fahrlässige Körperverletzung oder fahrlässiger Totschlag). Bei dieser einseitigen Fokussierung auf das kognitive Element verliert man aus den Augen, dass der Autofahrer in der Hoffnung weiterfahren kann, dass der Fußgänger sich schließlich umschaut und stehen bleibt, was das normale Verhalten ist, mit dem auch der Autofahrer aus gutem Grund rechnen kann, oder dass der Autofahrer sich zutraut stehenzubleiben, sollte der Fußgänger sich trotz allem über die Straße begeben. Mit anderen Worten hat der Autofahrer darauf vertraut (ohne hinreichende Gründe) dass der strafrechtliche Erfolg nicht eintritt. Was wir ihm vorwerfen können, ist seine Nichtbeachtung des Risikos, das der Situation innewohnte und das er erkannt hatte, aber nicht, dass er die strafrechtliche Folge gebilligt hätte. Man kann weiterdenken und die Frage stellen, wie man unter Anwendung des Einsichtsvorsatzes eine Situation beurteilen würde, in welcher der Autofahrer, der das Risiko erkannt hat, gewisse Vorsichtsmaßnahmen getroffen hat, z. B. die Fahrt verlangsamte, aber nicht ausreichen, um eine Kollision zu vermeiden. Es scheint, als gäbe es im Rahmen der Anwendung des Einsichtsvorsatzes keinen Raum für die Beachtung dieser Umstände.

In diesem Zusammenhang kann bemerkt werden, dass das Gutachten bei seinen Überlegungen den Gleichgültigkeitsvorsatz (faktischer Eventualvorsatz) deshalb kritisiert, weil der strafbare Bereich der bewussten Fahrlässigkeit bei einer eventuellen Einführung dieser Variante des Eventualvorsatzes beinahe verschwinden würde. Ich teile diese Auffassung nicht.

Der Vorschlag zur Einführung der neuen Vorsatzdefinitionen führte nicht zu einer Gesetzänderung. Dennoch ist diese Frage hochaktuell. In einem Fall vom letzten Jahr wurde ein Mann u. a. wegen versuchter schwerer Körperverletzung angeklagt. Bei einer Polizeikontrolle fuhr er direkt auf den Polizeibeamten zu, der sich dadurch retten musste, dass er zur Seite sprang. In den ersten beiden Instanzen wurde er wegen versuchter schwerer Körperverletzung verurteilt. In der zweiten Instanz stellte das Gericht in seiner Begründung fest, dass dem Angeklagten weder Absicht noch direkter Vorsatz zur Verletzung des Polizeibeamten nachzuweisen ist. Des weiteren prüfte das Gericht, ob der Angeklagte mit Eventualvorsatz gehandelt hatte. Auch diese Vorsatzform konnte gemäß dem Gericht nicht nachgewiesen werden, so dass es feststellte, „dass die Anwendung der traditionellen Vorsatzformen dazu führt, dass die Anklage wegen versuchter schwerer Körperverletzung abzuweisen ist“. Danach verurteilte das Gericht den Angeklagten wegen versuchter schwerer Körperverletzung unter Anwendung des Einsichtsvorsatzes. Im Zeitpunkt dieses Beitrags ist der Fall beim Obersten Gericht anhängig und noch nicht entschieden.[*5]

[5] Das Oberste Gericht verkündete das Urteil in dieser Sache am 28. Oktober 2002 (Az. B 329/02). Auf der Grundlage des Urteils ist es jedoch nicht möglich, weitreichende gesicherte Schlüsse zu der Frage zu ziehen, ob im schwedischen Strafrecht in Zukunft der Einsichtsvorsatz oder der faktische Eventualvorsatz Anwendung findet. Das Oberste Gericht, genauso wie die beiden Gerichte der unteren Instanzen, verurteilte

Wie vielleicht aus dem bereits Gesagten deutlich wird, hoffe ich nicht, dass sich das Oberste Gericht den Einsichtsvorsatz zu eigen machen wird. Eine Vorsatzdefinition, geschrieben oder ungeschrieben, sollte meiner Ansicht nach ermöglichen, dass alle Elemente berücksichtigt werden, welche als relevant für die Beurteilung der inneren Einstellung des Täters zu seiner Tat angesehen werden können. Der Einsichtsvorsatz betrachtet zweifellos das wichtigste Element in dieser Hinsicht, nämlich das Wissen des Täters darüber, was er eigentlich tut. Eine auf dem Schuldprinzip basierende Strafrechtsordnung muss sich jedoch bemühen, die **innere Einstellung** des Täters über sein Tun festzustellen. Aus dieser Perspektive ist unsere Kenntnis darüber, was der Täter wusste, nur ein Indiz, auch wenn das wichtigste, das es uns ermöglicht, ziemlich sichere Schlussfolgerungen auf die Einstellung des Täters zur Straftat zu ziehen. Es gibt allerdings keinen Grund, sich der Möglichkeit zu berauben, auch andere relevante Umstände als lediglich das Wissen des Täters in Betracht zu ziehen. Meiner Meinung nach kann der Einsichtsvorsatz mit seiner Fokussierung auf die Einsicht, Erkenntnis oder Annahme des Täters dazu führen, dass man die anderen relevanten Umstände aus den Augen verliert. Vielleicht nicht in der Theorie, aber in der Praxis. Einen solchen Nachteil sehe ich nicht beim faktischen Eventualvorsatz, der gerade dazu auffordert, sowohl die Einsicht des Täters als auch andere relevante Tatsachen in Betracht zu ziehen.

den Angeklagten wegen einer vorsätzlichen Straftat. Zwei der fünf Richter haben den faktischen Eventualvorsatz (Gleichgültigkeitsvorsatz) angewandt und zwei Richter den Einsichtsvorsatz. Der fünfte Richter befand den Angeklagten einer fahrlässigen Straftat schuldig, nachdem er den hypothetischen Eventualvorsatz angewandt hatte. Aufgrund der Abstimmungsregeln gilt, dass das Urteil des Obersten Gerichts vom faktischen Eventualvorsatz ausgeht. In jedem Fall kann festgestellt werden, dass vier der fünf Richter die Anwendung des hypothetischen Eventualvorsatzes abgelehnt haben.

Raimo Lahti

Professor für Strafrecht, Universität Helsinki

Über die neueste Strafrechtsentwicklung in Finnland

1. Einleitung

In diesem Artikel werde ich allgemein die neuesten Entwicklungstendenzen im finnischen Strafrecht und in der finnischen Strafrechtsdogmatik beschreiben und analysieren. Hierbei ist meine Absicht, einige aktuelle Fragen des allgemeinen Teils – der Zurechnungslehre – im erneuerten finnischen Strafgesetzbuch (StGB) näher zu behandeln. Die Gesamtreform des finnischen StGB (das aus dem Jahre 1889 stammt) wurde auf der Grundlage des Berichts des Strafrechtskomitees (1972–1976) eingeleitet und in den Jahren 1980–1999 von einer besonderen Projektorganisation des Justizministeriums vorbereitet. Diese dreissigjährige Gesamtrevision ist bis 2003 in allen wesentlichen Teilen durchgeführt worden.[*1]

Die Gesamtreform des finnischen StGB ist durch teilweise Revisionen verwirklicht geworden. Der Schwerpunkt der Gesamtreform lag auf den Deliktstatbeständen, d. h. dem besonderen Teil des Strafrechts. Besonders umfangreich waren die 1991 und 1995 in Kraft getretenen Änderungen des besonderen Teils des StGB und vieler anderer Nebengesetze (Gesetzsammlung 769-834/1990 und 578-742/1995). Im Jahre 1995 trat auch eine in prinzipieller Hinsicht wichtige Neuheit in Kraft: die strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen wurde eingeführt (743-747/1995).

Wichtige Reformen des strafrechtlichen Sanktionensystems wurden schon in den 70er Jahren begonnen. In diesen Reformen spiegelte sich eine neue kriminalpolitische Denkweise, der sog. nordische Neoklassizismus wieder.[*2] Als letzte Phase ist die Reform der allgemeinen Lehren des Strafrechts (Zurechnungs- und Strafbemessungslehre) am 31.1.2003 vom Parlament akzeptiert worden, und jene neue Bestimmungen treten

---

[1] Über die Reformarbeit bis 1991 siehe näher R. Lahti. Die Gesamtreform des finnischen Strafgesetzes: Zielsetzung und Stand der Reformarbeit bis 1991 – insbesondere mit Blick auf die erste Phase der Gesamtreform. – R. Lahti, K. Nuotio (Hrsg.). Criminal Law Theory in Transition – Strafrechtstheorie im Umbruch. Helsinki, 1992, S. 27–52. Siehe auch R. Lahti. Die finnische Strafrechtstheorie im Umbruch. – J. Sootak (Hrsg.). Estnische Strafrechtsreform: Quellen und Perspektiven. Tartu, 1996, S. 34–43. Diese Darstellung kann als eine zeitgemäße Ergänzung des letztgenannten Artikels angesehen werden.

[2] Siehe näher z. B. R. Lahti. Zur Entwicklung der Kriminalpolitik in Finnland. – Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck. Berlin, 1985, S. 871–892; R. Lahti. Towards a Rational and Humane Criminal Policy – Trends in Scandinavian Penal Thinking. – Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention, 2000, Nr. 1, S. 141–155; I. Anttila. Ad ius criminale humanius. – Essays in Criminology, Criminal Justice and Criminal Policy. Helsinki, 2001, *passim*.

wahrscheinlich zum 1.1.2004 in Kraft. Danach sind nur Kleinigkeiten übrig. Es ist die Absicht, dass es zum Schluß der Gesamtreform ein förmlich neues StGB geben wird.

Es sei erwähnt, dass das Internationale Forschungskolloquium „Finnisches Strafgesetz 100 Jahre" im Jahre 1990 an der Universität Helsinki veranstaltet wurde. Damals war es ein Ziel des Kolloquiums, die vorläufigen Entwürfe zu den Bestimmungen über den Allgemeinen Teil des StGB zu erörtern. Das gesamte Material des Kolloquiums wurde in drei Bänden (1990, 1992) publiziert.[*3] Einige Änderungen, die man vor den endgültigen Formulierungen vornahm, wurden schon in den kritischen Kommentaren des Kolloquiums befürwortet.[*4]

2. Ausgangspunkte. Das strafrechtliche Sanktionensystem

Zu den kriminalpolitischen Ausgangspunkten der Strafgesetzreform gehören der begründete Glaube an die generalpräventiven Wirkungen (besonders die sog. **Integrationsprävention**) des Strafrechts und des gesamten strafrechtlichen Kontrollsystems sowie die Betonung der Prinzipien der **Gerechtigkeit** und **Humanität** dieses Systems. Diese Ausgangspunkte haben die Reformierung des strafrechtlichen Sanktionensystems und die angenommenen Kriminalisierungsprinzipien (die Reform des besonderen Teils des StGB) am stärksten beeinflusst.

Die erwähnten Ausgangspunkte waren schon für den „Neoklassizismus" typisch, dessen Blütezeit in die zweite Hälfte der 70er Jahre fiel. Die konkreten Reformvorschläge richteten sich in Finnland am stärksten auf die Reduzierung der Anzahl der Häftlinge; man sollte sowohl die durchschnittliche Länge der Freiheitsstrafen verkürzen (insbesondere für die Vermögensdelikte Verurteilten) als auch Alternativen zur Freiheitsstrafe entwickeln (wie die Reformen der bedingten Verurteilung und der Geldstrafe). Finnland unterschied sich damals von den übrigen nordischen Ländern in der Hinsicht, dass es bei uns, mit über 100 Häftlingen pro 100 000 Einwohner, proportional gesehen deutlich mehr Strafgefangene gab. Seit der Mitte der 70er Jahre bis 1999 wurde diese Zahl fortwährend herabgesetzt und liegt jetzt bei ungefähr 70 Strafgefangenen – ähnlich wie in den anderen nordischen Ländern.[*5]

Seit dem Beginn der 90er Jahre ist aus den Änderungen des strafrechtlichen Sanktionensystems eine gemäßigte Erweiterung des individualisierenden Ermessens von Gericht oder Staatsanwaltschaft ersichtlich. So wurde zum Beispiel der Bereich des Absehens von strafrechtlicher Verfolgung und Verurteilung erheblich erweitert, und gemeinnützige Dienste wurden – zuerst probeweise – als Sanktion in Gebrauch genommen. In dieselbe Richtung zielte die Änderung der Gesetze über das Zusammentreffen mehrerer Straftaten. Hierbei wurde von der Differenzierung der Formen der Straftatenkonkurrenz bei der Verhängung einer Strafe für zwei oder mehrere Delikte Abstand genommen und zu dem sog. „Einheitsstrafensystem" übergegangen, bei dem für die Delikte von Anfang an nur eine gemeinsame Strafe verhängt wird. Die neueste Reform vor einigen Jahren war, eine besondere Jugendstrafe für (zur Tatzeit) 15- bis 17-jährige Rechtsbrecher probeweise einzuführen.[*6]

3. Grenzen des Strafrechts: kriminalpolitische Zweckmäßigkeit *versus* Rechtsstaat

Das Hauptaugenmerk der Gesamtreform des StGB richtet sich auf die **Kriminalisierungen**, also die besonderen Tatbestände des Strafrechts: auf die abdeckende und einheitliche Beurteilung dessen, was zu bestrafen ist und mit welch strengen Strafen. Das Strafrechtskomitee (1976) benutzte für die Erwägung der Kriminalisierungen ein besonderes Denkmodell. Neben der Evaluierung der Nachteiligkeit und Vorwerfbarkeit

[3] Siehe R. Lahti, K. Nuotio (Hrsg.) (Fn. 1); R. Lahti, K. Nuotio (Hrsg.). Towards a Total Reform of Finnish Criminal Law. Helsinki, 1990; R. Lahti, K. Nuotio, P. Minkkinen (Hrsg.). Criminal Policy and Sentencing in Transition – Kriminalpolitik und Strafzumessung im Umbruch. Helsinki, 1992.

[4] Siehe besonders die Kommentare von C. Roxin und O. Triffterer. – R. Lahti, K. Nuotio (Hrsg.) (Fn. 1), S. 247–268; vgl. den Vorentwurf, *ibid*. S. 592–597.

[5] Siehe näher z. B. P. Törnudd. Fifteen Years of Decreasing Prisoner Rates in Finland. Helsinki: National Research Institute of Legal Policy, 1993; T. Lappi-Seppälä. Proportionality and other Values in the Finnish Sentencing System. – Uppsala: Flores juris et legum festskrift till Nils Jareborg, 2002, S. 401–428.

[6] Über die Entwicklung siehe näher z. B. T. Lappi-Seppälä. Alternative Penal Sanctions. – A. Suviranta (Hrsg.). Finnish National Reports to the Fourteenth Congress of the International Academy of Comparative Law. Helsinki, 1994, S. 197–221; T. Lappi-Seppälä (Fn. 5).

(Strafwürdigkeit) der betreffenden Verhaltensformen ist mit Hilfe von systematischen Vorteilsvergleichen abzuwägen, ob der Bedarf besteht, auf das Strafrecht zurückzugreifen (Strafbedürftigkeit).

Trotz der letztgenannten Forderung, nach der das Strafrecht eine *ultima ratio* sein sollte, ist es das vorrangige Ziel der finnischen Reformarbeit gewesen, die Strafvorschriften der gesellschaftlichen Entwicklung anzupassen, d. h. das Strafrecht dynamisch weiter zu entwickeln. Kennzeichnende Beispiele hierfür sind die Erweiterung der durch das Strafrecht geschützten Rechtsgüter in Richtung der kollektiven und staatlichen Interessen, besonders durch Strafregulierungen, die wirtschaftliche Tätigkeit betreffen (Wirtschafts- und Umweltkriminalität), sowie die Ausdehnung der strafrechtlichen Gefährdungshaftung, insbesondere durch zunehmende Kriminalisierung der sog. abstrakten Gefährdung von Rechtsgütern.

In der strafrechtstheoretischen Diskussion ist diese Entwicklung kritisiert worden. Zum Beispiel spricht der Deutsche Winfried Hassemer von wesentlichen Nachteilen des symbolischen Strafrechts[*7] und der Schwede Nils Jareborg von den Nachteilen der offensiven Anwendung des Strafrechts.[*8] Die Grenzen des Strafrechts sollten dieser Kritik zufolge ernsthaft anerkannt werden.

In der finnischen Debatte wurden als **verteidigende Argumente** für die offizielle Kriminalpolitik u. a. folgende Gesichtspunkte vorgebracht: Erstens seien der erweiterte strafrechtliche Schutz der gemeinschaftlichen Interessen und die Ausdehnung der strafrechtlichen Gefährdungshaftung recht moderat – zumindestens im Vergleich zu denkbaren extremen Alternativen.[*9]

Zweitens habe man das Strafrecht niemals **nur** als symbolische Gesetzgebung gedacht, obgleich die Symbolfunktion wichtig sei. Man müsse die den neuen Strafbestimmungen entsprechende materielle Gesetzgebung ergänzen sowie gleichzeitig die Prävention, Kontrolle und Ermittlung der neuregulierten Delikte verbessern.

Drittens seien die Rechtsschutz- und Menschenrechtsgarantien für Individuen im Hinblick auf das strafrechtliche Kontrollsystem (das materielle Recht sowie das Verfahren) am besten entwickelt. Die Abgrenzung der zulässigen Zwangsmaßnahmen in anderen Rechtsgebieten sei viel schwieriger und unklarer.

Viertens sei die Bedeutung der grundlegenden **rechtsstaatlichen Prinzipien des Strafrechts**, d. h. des Gesetzlichkeitsprinzips und des Schuldprinzips, durch die gesamte finnische Reformarbeit verstärkt worden. Das strafrechtliche **Gesetzlichkeitsprinzip** wurde zudem bei der Änderung des finnischen Grundgesetzes (1995, 1999) zu den neuregulierten Grundrechten hinzugefügt.

Aus der Sicht des Gesetzlichkeitsprinzips ist auch die Anforderung bemerkenswert, dass der Gesetzestext so einheitlich (konsequent), deutlich (verständlich) und exakt wie möglich sein sollte. Der Ermessensspielraum der Gerichte bei der Anwendung der Strafbestimmungen ist dadurch begrenzt worden, dass nach der Gesamtreform eine geringere Zahl an Strafrahmen und im allgemeinen enger umgrenzte Strafrahmen in Gebrauch sind als zuvor. Ebenso werden die Strafschärfungsgründe bei qualifizierten Tatbeständen jetzt erschöpfend aufgezählt.

Schwieriger zu werten ist, in welcher Hinsicht die Akzentuierung des **Schuldprinzips** wahrnehmbar ist. Ein Faktum ist nämlich, dass die Einführung der strafrechtlichen Verantwortung von juristischen Personen eine gewisse Schwächung des traditionellen individuellen Schuldprinzips mit sich bringt (siehe näher unten im Abschnitt 4).

Einen Indikator für die Verstärkung des Schuldprinzips in der Gesamtreform kann man darin sehen, dass für die Zurechenbarkeit eine Regel eingeführt wurde, der zufolge die im StGB bezeichneten Taten nur im Falle des Vorsatzes strafbar sind, sofern nicht *expressis verbis* etwas anderes bestimmt ist. Zum Beispiel sind seit der ersten Phase der Strafgesetzreform (1990), die vor allem die Vorschriften über die Vermögens- und Wirtschaftsdelikte betraf, die unter Strafe gestellten Taten nur als vorsätzlich begangene Taten strafbar – mit nur einigen wenigen Ausnahmen. Dagegen ist bei vielen der in der zweiten Phase (1995) geregelten Gefährdungsdelikte – wie die Umwelt- und gemeingefährlichen Delikte – auch (grobe) Fahrlässigkeit strafbar.

Ein anderes Zeichen für die Betonung des Schuldprinzips – und auch des Gesetzlichkeitsprinzips – ist die neue Regelung, in der die Begriffe des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit sowie die Irrtumsfälle und Entschuldigungsgründe im allgemeinen Teil des StGB definiert worden sind (siehe Kap. 3 §§ 6–7 und Kap. 4 §§ 1–3, § 4 Abs. 2, § 5 Abs. 2, § 6 Abs. 3). Die Formulierung von § 2 (Verbotsirrtum), § 4 Abs. 2 (Notwehrexzess), § 5 Abs. 2 (entschuldigender Notstand) und § 6 Abs. 3 (Exzess in der Anwendung von Gewaltmitteln) im 4. Kapitel macht klar, dass diese Strafausschließungsgründe Entschuldigungsgründe sind. Die Differenzierung zwischen den Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen spiegelt somit die Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld im angenommenen Verbrechensbegriff wieder. Im Gegensatz zum Vorentwurf wurden die Bestimmungen über ein programmatisches Schuldprinzip und über

[7] Siehe W. Hassemer. Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz. – Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1989, S. 553–559; W. Hassemer. Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. – R. Lahti, K. Nuotio (Hrsg.) (Fn. 1), S. 113–125.

[8] N. Jareborg. What kind of criminal law do we want? – A. Snare (Hrsg.). Beware of Punishment. Oslo, 1995, S. 17–36.

[9] Siehe auch K. Nuotio. Kausalität und Gefährdung – theoretische und gesetzgebungstechnische Fragen. – J. Sootak (Hrsg.) (Fn. 1), S. 44–56.

einen allgemeinen Exkulpationsgrund der Unzumutbarkeit („Zwingende Gründe“) in der Regierungsvorlage weggelassen.[*10]

4. Über die Regelung der strafrechtlichen Verantwortung juristischer Personen[*11]

Die Zurechnungsstruktur dieser neuen Bestrafungsform ist nicht ganz klar. In erster Linie denkt man, dass die juristische Person aufgrund der Tat eines individuellen (in Ausnahmefällen auch anonymen) Täters bestraft wird, aber andererseits ist in der Regelung eine gewisse kollektive, „gemeinschaftliche“ Schuld oder Zurechenbarkeit erkennbar.

Die grundlegenden Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen finden sich im 9. Kapitel des reformierten StGB (743/1995). Zunächst einmal ist mit dem Verantwortungsobjekt eine Körperschaft, Stiftung oder sonstige juristische Person gemeint. Als Sanktion für die Straftat kommt nur eine gemeinschaftliche Geldstrafe in Frage. Juristische Personen zur strafrechtlichen Verantwortung zu ziehen ist nur dann möglich, wenn dies im StGB bei dem jeweiligen Deliktstyp gesondert vorgesehen ist. Solche Deliktstypen sind typischerweise solche Wirtschaftsdelikte wie Gewerbedelikte, Subventionsdelikte, Geldwäschedelikte und Umweltdelikte.

Als zweite Grundvoraussetzung für die gemeinschaftliche Verantwortung gilt, dass eine Straftat im Rahmen der Tätigkeit der juristischen Person begangen wurde. Diese Verantwortungsform kommt jedoch nicht in Frage, wenn das Delikt bei der Ausübung öffentlicher Gewalt begangen wurde. Das Delikt gilt im Rahmen der Tätigkeit der juristischen Person als begangen, wenn der Täter im Auftrag oder zu Gunsten der juristischen Person gehandelt hat, wenn er der Leitung der juristischen Person angehört oder zu dieser in einem Angestellten- oder Dienstverhältnis steht oder wenn er aufgrund eines Auftrags gehandelt hat, den er von einem Vertreter der juristischen Person erhalten hat. Es ist jedoch nicht unbedingt notwendig, dass ein solcher individueller Täter ermittelt oder bestraft wird. Es sei auch erwähnt, dass die strafrechtliche Verantwortung des Individuums für im Auftrag oder zu Gunsten der juristischen Person begangene Delikte (d. h. die Organ- oder Vertreterhaftung) parallel zur Verantwortung der juristischen Person bestehen bleibt.

Zum dritten setzt die gemeinschaftliche Verantwortung die oben genannte gemeinschaftliche Schuld voraus. Eine zu einem gesetzmäßigen Organ oder zur sonstigen Leitung der juristischen Person gehörende Person muss an der Straftat beteiligt sein oder die Tat zugelassen haben, es sei denn im Rahmen der Tätigkeit der juristischen Person wurde nicht die gegebene Sorgfalt und Vorsicht zur Verhütung der Straftat gewahrt.

Zum vierten lag die Strafverfolgung sowie die Bestrafung der juristischen Person im weiten Ermessen der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte. Diese Regelung führte dazu, dass während der ersten sieben Jahre nur ungefähr zehn Fälle in den Untergerichten behandelt worden sind. Die strafrechtliche Verantwortung hat also vorwiegend eine symbolische gesetzliche Regelung dargestellt. Mit einer neuen Gesetzesänderung (61/2003), die den Ermessensspielraum für die Bestrafung vermindert, bezweckt man die Zahl der Strafverfolgungen zu vermehren.

5. Die allgemeinen Lehren in der finnischen Strafrechtserneuerung

Die allgemeinen Lehren des Strafrechts – wie die Zurechnungslehre, d. h. die Lehre der allgemeinen Voraussetzungen der strafrechtlichen Verantwortung, als die Strafbemessungslehre – werden im neuen allgemeinen Teil (2003) des StGB detaillierter reguliert als im ursprünglichen StGB.[*12] Dadurch entspricht die gesetzgeberische Lösung dem, was Keiichi Yamanaka als ein positivistisches Regelungs-Modell bezeichnet.[*13] Als Gründe werden die dem Legalitätsprinzip zugrunde liegenden Werte, die Förderung der Vorhersehbarkeit und der Rechtssicherheit, hervorgehoben.

[10] Die erwähnten Lösungen entsprechen den Vorschlägen von C. Roxin (Fn. 4).

[11] Siehe dazu M. Riihijärvi. The Criminal Liability of Enterprises. – A. Suviranta (Hrsg.) (Fn. 6), S. 159–195; D. Frände. Kommentar in: H. J. Hirsch (Hrsg.). Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften? Berlin, 2001, S. 228–233.

[12] Siehe schon den Überblick von T. Lappi-Seppälä. The Doctrine of Criminal Liability and the Draft Criminal Code of Finland. – R. Lahti, K. Nuotio (Hrsg.) (Fn. 1), S. 214–246.

[13] Siehe K. Yamanaka. Dogmatische Grunderfordernisse eines Allgemeinen Teils aus japanischer Sicht. – H. J. Hirsch (Hrsg.) (Fn. 11), S. 181.

Ob diese gesetzliche Regelung mehr zum Strafbarkeitsausdehnungsmodell oder zum Strafbarkeitsreduzierungsmodell neigt, ist nicht leicht zu sagen. Im allgemeinen strebt man nach den Vorarbeiten der Regelung nicht zu der einen oder der anderen Richtung, obgleich mehrere neue Bestimmungen so ausgelegt werden können. Zu dem ersteren Modell würden dann die neuen Bestimmungen über die Strafbarkeit der Unterlassung (Kap. 1 § 3), die Mittäterschaft (Kap. 5 § 4) und die Organ- oder Vertreterhaftung („Handeln für einen Anderen", Kap. 5 § 8) gerechnet. In die andere Richtung wird die Anwendung der folgenden neuen Bestimmungen wirken: des Legalitätsprinzips (Kap. 3 § 1, in dem jetzt ein verstärktes Bestimmtheitsgebot ausgedrückt ist), des Prinzips der Zurechenbarkeit (Kap. 3 § 5 Abs. 2, wonach eine im StGB bezeichnete Tat nur im Falle des Vorsatzes bestraft wird, sofern nicht anders bestimmt ist) sowie der Regelung des Verbotsirrtums und des Irrtums über einen strafausschließenden Umstand (Kap. 4 § 2–3).

Welche Forderungen wurden an die Begriffs- und Systembildung des neuen Strafrechts gestellt?[*14] Zuerst sei die Bestrebung erwähnt, sich in den neuen Bestimmungen nicht zu gewissen theoretischen Schulen zu verpflichten. Es war jedoch nicht möglich, an dieser Forderung folgerichtig festzuhalten, wenn man z. B. an die angenommenen Legaldefinitionen des Vorsatzes oder des Verbotsirrtums denkt.

Während der Vorbereitungsarbeit betrafen die größten wissenschaftlichen Meinungsverschiedenheiten die Definition des niedrigsten Grades des Vorsatzes (Kap. 2 § 6). Sollte man die Wahrscheinlichkeitstheorie annehmen – wie in der Regierungsvorlage (Nr. 44/2002) – oder zusätzlich eine Version der modernen Willenstheorien – wie noch im Vorentwurf? Die Rechtspraxis des finnischen Obersten Gerichtshofes scheint zumindest bei Tötungsfällen zur Anwendung der Wahrscheinlichkeitstheorie zu neigen, offensichtlich deswegen, weil diese Theorie (u. a. vom beweisrechtlichen Standpunkt aus) als pragmatischer als die anderen empfunden wird. Das Bild in der Praxis ist jedoch nicht einheitlich, wenn man auch andere Straftatbestände berücksichtigt, und die Doktrin ist in dieser Frage diffus.[*15] Die endgültige Lösung des Parlamentes war, diese Grenzziehung etwas offener für verschiedene Interpretationen zu lassen als die Regierungsvorlage, weil die Legaldefinition den Vorsatz nur im Hinblick auf den tatbestandsmäßigen Erfolg bestimmt; der Vorsatz im Hinblick auf die Tatumstände muss zunächst auf der Grundlage der Bestimmung über den Tatbestandsirrtum (Kap. 4 § 1) bestimmt werden.

Aus strafrechtsideologischer Sicht ist bei der Argumentation des Strafrechtskomitees interessant, wie in dessen Bericht (1976) die straftheoretischen und kriminalpolitischen Verbindungen der allgemeinen Lehren betont werden. Zum Beispiel werden die Grundprinzipien des Strafrechts – das Gesetzlichkeits- und Schuldprinzip – vorrangig mit der Rechtssicherheit oder mit damit eng verbundenen Werten, aber auch mit Zweckmäßigkeitsargumenten bezüglich der Generalprävention (im Sinne der Integrationsprävention) begründet.

Man kann fragen, ob sich in dieser Argumentation die Annahme eines funktionalistischen Rechtsdenkens – im Gegensatz zum „alteuropäischen" Prinzipiendenken – ausdrückt.[*16] Ich möchte die Bedeutung dieser Gegenüberstellung mindern und lieber eine Verbindung zwischen dem wohlfahrtsstaatlichen und dem rechtsstaatlichen Strafrecht aufbauen. Ich wiederhole meinen früheren Standpunkt: „Alle Voraussetzungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit sind in der Weise aufzubauen, dass gewährleistet ist, dass die individuelle Zurechnung nicht zu als ungerecht empfundenen Resultaten führt, dass für die Zurechnung auch präventive Gesichtspunkte eine Rolle spielen und dass bei der strafrechtlichen Zurechnung Raum für Entscheidungen verbleibt, die sich an Billigkeit und Humanität orientieren (die Achtung der Menschenrechte miteinbegriffen)."[*17]

Bei der Vorbereitungsarbeit war man sich deutlich des Zusammenhangs zwischen der Struktur und Funktion des strafrechtlichen Systems und der Kriminalpolitik/Moral bewusst. Andererseits sind die Bestimmungen des allgemeinen Teils meistens in traditioneller Weise an rechtsstaatliche Prinzipien gebunden. Die Modelle der Neuformulierungen stammen zunächst aus den deutschsprachigen Ländern (vor allem aus Deutschland) und den anderen nordischen Ländern (vor allem Schweden). Die wichtigsten Modifizierungen dieser relativ traditionellen Regelung, welche eingefügt wurden, um den modernen Kriminalitätsformen zu begegnen, betreffen die strafrechtliche Verantwortung von juristischen Personen und die Organ- oder Vertreterhaftung.

[14] Siehe schon R. Lahti. Neues in der finnischen Strafrechtswissenschaft und in den allgemeinen Lehren des finnischen Strafrechts. – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 1991, Vol. 103, S. 529.

[15] Siehe über die Diskussion u. a. T. Lappi-Seppälä (Fn. 12), S. 229–231; J. Matikkala. Über den bedingten Vorsatz. – R. Lahti, H. Nuotio (Hrsg.) (Fn. 1), S. 415–428; A.-M. Nuutila. Report. – R. Lahti, K. Nuotio, P. Minkkinen (Hrsg.) (Fn. 3), S. 245.

[16] Vgl. besonders B. Schünemann. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), 1995, S. 201–229, sowie G. Jakobs, K. Lüderssen. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem" Prinzipiendenken. – ZStW, 1995, Vol. 107, S. 843–906.

[17] R. Lahti. – ZStW, 1991, Nr. 103, S. 539.

6. Anforderungen an die Strafrechtslehre

Die Strafrechtsreform stellt die traditionellen allgemeinen Lehren auf die Probe. Darum ist es wichtig, die dogmatischen Grunderfordernisse (Begriffe, Rechtsprinzipien und Theorien) einer gründlichen juristischen Analyse zu unterziehen. Zum Beispiel gibt die Gefährdungshaftung, die vielen Kriminalisierungen eigen ist, Veranlassung zu einer Neubewertung der Begriffe der Gefahr und des Risikos sowie zu einer Bestimmung ihres Inhalts in einer von den neuen Strafvorschriften geforderten Weise.*[18]

Als zweites Beispiel eignen sich die im Bereich juristischer Personen begangenen Delikte. Die neuen Bestimmungen über die Organ- oder Vertreterhaftung sowie die Einführung der strafrechtlichen Verantwortung juristischer Personen rufen den Bedarf zur Entwicklung einer entsprechenden Doktrin hervor.

Drittens stellen die neuen Vorschriften über die Wirtschaftsdelikte sowie die Arbeits- und Umweltdelikte neue Herausforderungen an die strafrechtswissenschaftliche Systematisierungs- und Auslegungsarbeit.

In den letzten zehn Jahren hat sich eine starke Entwicklung in der finnischen Strafrechtsdogmatik vollzogen. Seit Mitte der 90er Jahre sind zwei strafrechtstheoretisch wichtige Doktorarbeiten*[19] und neue Lehrbücher über die allgemeinen Lehren des Strafrechts herausgegeben worden.*[20] In diesen Werken ist die neueste Entwicklung der modernen deutschen und nordischen Strafrechtsdogmatik in weitem Umfang berücksichtigt worden. Besonders wichtig war der Einfluss des deutschen Strafrechtlers Claus Roxin und des schwedischen Strafrechtlers Nils Jareborg. Die Titel der zwei genannten Doktorarbeiten zeigen, wo der Schwerpunkt der neuen Strafrechtstheorie liegt: in der Entwicklung der Rechtsdogmatik von Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikten. In beiden Werken wird die Spannung zwischen den wohlfahrtsstaatlichen und den liberalen rechtsstaatlichen Rechtsentwicklungen und -ideologien analysiert.

7. Internationalisierung und Europäisierung. Schlussbemerkungen

Die Tendenz zur wachsenden Internationalisierung und Europäisierung des Strafrechts wurde nicht klar in der Gesamtreform des finnischen StGB reflektiert, obgleich hierbei gewisse Teilrevisionen aufgrund dieser Verpflichtungen gemacht worden sind. Der einzige Hinweis auf diese internationalen Verpflichtungen, den man in der Regierungsvorlage zur Reform der allgemeinen Lehren des Strafrechts findet, betrifft den Befehl des Vorgesetzten (Kap. 45 § 26b).

Es ist offensichtlich, dass in einer zukunftsorientierten Reformarbeit die verstärkte Bestrebung zur Harmonisierung des europäischen Strafrechts nicht mehr ausser Acht gelassen werden kann.*[21] Gewisse „alteuropäische“ Prinzipien – wie das Gesetzlichkeitsprinzip, das Schuldprinzip und das Verhältnismäßigkeitsprinzip – werden sich als die Grundlage des modernen rechtsstaatlichen Strafrechts allerdings bewahren.*[22] Joachim Vogel sieht in der Strafrechtsentwicklung mit Recht solche Erscheinungen wie Rechtspluralismus und Interlegalität und spricht sich für Methodenoffenheit und den Vorrang des Problemdenkens vor dem Systemdenken in der europäischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik aus.*[23]

Zum Schluss möchte ich betonen, dass internationale Forschungsveranstaltungen äusserst wichtig sind, um wissenschaftliche Diskussionen über die gesamteuropäischen kriminalpolitischen und strafrechtlichen Prinzipien weitgehend zu fördern. Die strafrechtsvergleichenden Studien und überhaupt die Rolle der Kriminalwissenschaften sind immer wichtiger geworden, um gesetzgeberische Lösungen für die Harmonisierungsmaßnahmen des europäischen Strafrechts zu finden, welche weithin als legitim angesehen würden.

[18] Siehe näher K. Nuotio (Fn. 9).

[19] Siehe K. Nuutila. Rikosoikeudellinen huolimattomuus (Fahrlässigkeit als Verhaltensform und als Schuldform). Helsinki, 1996; K. Nuotio. Teko, vaara, seuraus (Handlung, Gefahr, Erfolg). Helsinki, 1998.

[20] D. Frände. Allmän straffrätt. En introduktion. Helsingfors, 1994 (2. Aufl. 2001); K. Nuutila. Rikoslain yleinen osa. Helsinki, 1997; O. Heinonen u. a. Rikosoikeus. Helsinki, 1999 (2. Aufl. 2002).

[21] Siehe näher z. B. R. Lahti. Towards an International and European Criminal Policy? – M. Tupamäki (Hrsg.). Liber Amicorum Bengt Broms. Helsinki, 1999, S. 222–240; J. Vogel. Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik. – GA, 2002, S. 517–534.

[22] Siehe z. B. M. Delmas-Marty (Hrsg.). Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union. Berlin, 1998 (Ausgangspunkte; S. 30); M. Delmas-Marty, J. A. E. Vervaele (Hrsg.). The Implementation of the Corpus Juris in the Member States. Vol. 1. Antwerpen: Intersentia, 2000.

[23] J. Vogel (Fn. 21), S. 522.

Uldis Krastiņš

Professor für Strafrecht,
Lettische Universität

Die Entwicklung der Strafgesetzgebung in der Republik Lettland

Am 17. Juni 1998 hat das lettische Parlament ein neues Strafgesetzbuch verabschiedet, das der Präsident am 8. Juli 1998 verkündet hat.[*1] Das Gesetz ist am 1. April 1999 in Kraft getreten.

Die Verabschiedung des neuen Strafgesetzbuches bedeutete für die Entwicklung des Strafrechts in Lettland eine neue Epoche. In dem vorliegenden Beitrag werden der Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches und derjenige des lettischen Kriminalkodexes aus dem Jahr 1961 vergleichend analysiert, wobei der Schwerpunkt auf die neuen Lösungen des Strafgesetzbuches gelegt wird.

1. Allgemeine Bestimmungen

In den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches sind diejenigen Paragraphen nicht übernommen worden, die im alten Gesetz die Aufgaben der Strafgesetzgebung behandelt haben, wie die Begriffe des besonders gefährlichen Rückfälligen und die Aufschiebung der Strafvollstreckung. Gleichfalls sind diejenigen Paragraphen weggelassen worden, die Strafen wie die zwangsweise Umsiedlung, Ausweisung, Entlassung aus dem Amt und den öffentlichen Tadel vorgesehen haben.

Das Strafgesetzbuch beginnt mit § 1, wo eine Definition der Grundlagen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit geliefert wird. Der Paragraph bestimmt:

> "Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit und zur Bestrafung wird nur herangezogen, wer wegen der Begehung einer Straftat schuldig ist. Dies bedeutet, dass eine Tat, die einen Tatbestand erfüllt und die im Strafgesetzbuch vorgesehen ist, vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sein muss."

Wie hieraus deutlich wird, enthalten die Grundlagen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nicht den Hinweis auf die Gemeingefährlichkeit als eine zu sehr subjektive und von einer individuellen Einschätzung abhängige Erscheinung. Im Strafgesetzbuch wird konsequent betont, dass objektives Kriterium einer Straftat der Schaden ist, der bei einem durch das Gesetz geschützten Rechtsgut eingetreten ist. Bei der Begriffsbestimmung wird

[1] Eine Übersetzung in russischer Sprache: Ugolovnyi zakon. Riga: AFS, 1998. Eine kommentierte Ausgabe: U. Krastiņš, V. Liholaja, A. Niedre. Kommentarii k ugolovnomu zakonu. 1. – 4. Teil. Riga: AFS, 2000.

darauf verwiesen, dass nur ein Straftatbestand, der im Strafgesetzbuch vorgesehen ist, als Grundlage für die strafrechtliche Verantwortlichkeit dienen kann.

Paragraph 5 bestimmt nach wie vor, dass dasjenige Gesetz Strafbarkeit und Bestrafung bestimmt, das zum Zeitpunkt der Begehung einer Tat gegolten hat. Eine rückwirkende Geltung kommt nur bei einem Gesetz in Betracht, das eine Strafbarkeit aufhebt, die Strafe erleichtert oder in anderer Weise zugunsten eines Täters wirkt, soweit nicht durch Gesetz ein anderes bestimmt ist.

2. Der Begriff der Straftat

Der zweite Abschnitt beginnt mit Paragraph 6, der den Begriff der Straftat liefert. Unter einer Straftat wird ein Tun oder Unterlassen verstanden, das in vorsätzlicher oder fahrlässiger Form verwirklicht werden kann. Dieses muss im Strafgesetzbuch enthalten und mit einer Strafe bedroht sein. Der zweite Absatz der Vorschrift bestimmt, dass es sich bei einem Tun oder Unterlassen, das zwar die Tatbestandsmerkmale einer Straftat erfüllt und im Strafgesetzbuch vorgesehen ist, dann nicht um eine Straftat handelt, wenn ein die strafrechtliche Verantwortlichkeit ausschließender Umstand gegeben ist. Die Vorschrift enthält keine unbestimmten und subjektiver Einschätzung unterliegenden Merkmale mehr wie die geringe Bedeutung einer Tat. Anstelle dessen kann nach § 58 von der Heranziehung zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit abgesehen werden, wenn eine Tat zwar Tatbestandsmerkmale aufweist, durch die Tat aber kein solcher Schaden entstanden ist, der die Auferlegung einer Strafe verlangt.

Das Strafgesetzbuch enthält eine Unterteilung von Straftaten (§ 7). Nach dieser Bestimmung wird zwischen Vergehen und Verbrechen unterschieden. Um ein Vergehen handelt es sich, wenn im Strafgesetzbuch eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als zwei Jahren oder eine geringere Strafe vorgesehen ist.

Verbrechen unterteilen sich in weniger schwere, schwere sowie besonders schwere Straftaten. Grundlage für die Klassifikation von Straftaten ist die maximale Dauer einer Freiheitsstrafe, die als Sanktion bei den Vorschriften des Besonderen Teils vorgesehen ist. Zum Beispiel ist ein schweres Verbrechen eine vorsätzliche Tat, die das Strafgesetzbuch mit einem Freiheitsentzug von fünf bis zehn Jahren bedroht. Eine solche Einteilung der Straftaten ermöglicht es, einige Fragen des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts differenzierter zu lösen. Der alte Kriminalkodex hat nur den Begriff des schweren Verbrechens enthalten.

Bei den Schuldformen enthält das neue Strafgesetzbuch keine wesentlichen Änderungen (§§ 8–10). Es gelten zwei Schuldformen: Vorsatz und Fahrlässigkeit[*2]. In einem gesonderten Absatz ist bestimmt, dass eine Tat dann nicht strafrechtlich verfolgbar ist, wenn der Täter die Folgen seines Tuns oder Unterlassens nicht vorhersehen konnte oder musste.

Für die strafrechtliche Haftung ist eine Altersgrenze vorgesehen – am Tag der Begehung einer Straftat muss der Täter das vierzehnte Lebensjahr vollendet haben. Wer jünger als vierzehn Jahre alt ist, gilt als im Kindesalter (§ 11).

Nach wie vor wird nur eine natürliche Person als Subjekt einer Straftat anerkannt. Wird eine Straftat von einer juristischen Person begangen, so haftet eine natürliche Person, die die Tat als deren Vertreter, in deren Unternehmen oder wenn sie im Dienst der juristischen Person gestanden hat, begangen hat. Gleiches gilt auch für einen Gehilfen der natürlichen Person (§ 12). Damit wird die Möglichkeit, eine juristische Person zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu ziehen, ausgeschlossen. Dies wird damit begründet, dass es eine Schuld nur bei einer natürlichen Person und nur jeweils individuell geben kann. Sanktionen (Geldstrafe, Konfiszierung von Vermögensgegenständen, Tätigkeitsverbot) können einer juristischen Person im Verwaltungsverfahren mit größerem Erfolg auferlegt werden. Die Anwendung von Sanktionsmaßnahmen ist im Verfahren auf Verwaltungsebene schneller und auch nicht weniger effektiv.

Der Begriff des besonders gefährlichen rückfälligen Täters ist nicht in das Strafgesetzbuch aufgenommen worden. Aus diesem Grund fehlen im Besonderen Teil auch Tatbestände, bei denen die Haftung von persönlichen Merkmalen des Täters abhängt (der besonders gefährliche rückfällige Täter und das Präjudiz der Verwaltung).

Eingeführt wurde auch der Begriff der verminderten Schuldfähigkeit. Abhängig von konkreten Tatumständen kann das Gericht in einem solchen Fall die Strafe mildern oder vollständig von Strafe absehen.

Nur bei der Vorbereitung von schweren oder besonders schweren Verbrechen sind Vorbereitungshandlungen mit Strafe bedroht (§ 15 Abs. 3). Der Versuch eines Vergehens ist nicht strafbar.

Das Institut der Beteiligung ist in weiten Teilen geändert worden. Es gibt zwei Formen, in denen zwei oder mehr Personen gemeinsam an einer Tat beteiligt sind: Mittäterschaft und Teilnahme (§ 18). Unter Mittäter-

[2] Im Unterschied zum estnischen Strafgesetzbuch behält das lettische Strafgesetzbuch den psychologischen Schuldbegriff bei (d. Ü.).

schaft wird eine bewusste und gemeinsame Begehung durch zwei oder mehr Personen (Gruppe) verstanden. Jeder einzelne Beteiligte wird als Täter (Mittäter) behandelt (§ 19).

Der Begriff des Täters wurde um den mittelbaren Täterbegriff erweitert (§ 17). Bei einem Täter handelt es sich um denjenigen, der eine Tat selbst begeht oder eine andere Person mit der Begehung der Straftat beauftragt, die nach den gesetzlichen Vorschriften nicht zur Verantwortlichkeit gezogen werden kann.

Im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches wird der Begriff einer organisierten Gruppe (§ 21) definiert. Es handelt sich um eine Vereinigung von zwei oder mehr als zwei Personen, die zur gemeinsamen Begehung von Straftaten oder eines schweren oder besonders schweren Verbrechens gebildet wurde. Hierbei teilen sich die Beteiligten ihre Tatbeiträge nach einem vorher geschlossenen Plan auf. Es ist anzumerken, dass § 89[1], der die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Bildung einer kriminellen Vereinigung (Organisation) regelt, erst später eingefügt worden ist. So weist das lettische Strafrecht noch eine weitere Beteiligungsform auf. Eine kriminelle Vereinigung ist dadurch bestimmt, dass sie aus mindestens fünf Personen besteht, Merkmale einer kriminellen Gruppe hat und gebildet wurde, um besonders schwere Straftaten wie Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Friedensverrat, ebenso Kriegsverbrechen, Völkermord oder Hochverrat zu begehen.

Unter Beteiligung (§ 20) wird bewusstes Tun oder Unterlassen verstanden, durch das an der Begehung einer vorsätzlichen Straftat eines anderen (Täter) teilgenommen wird (Teilnahme), sofern nicht alleinige Täterschaft vorliegt (ein Täter ist Organisator, Anstifter oder Gehilfe).

Es wird der wesentliche Grundsatz betont, dass diejenigen persönlichen Merkmale, die bei einem Täter oder Teilnehmer vorliegen, auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der anderen Täter oder Teilnehmer keinen Einfluss haben (§ 20 Abs. 4).

Der Teilnehmerexzess ist geregelt. Wusste der Teilnehmer nichts von einer den Tatplan überschreitenden Handlung eines Täters oder anderen Teilnehmers, so wird er für diese Teile nicht zur Verantwortlichkeit gezogen (§ 20 Abs. 7).

Beim Institut der Verschleierung einer Straftat ist neu, dass Verlobte, Ehegatten, Eltern, Kinder, Geschwister, Großeltern und Enkelkinder des Täters strafrechtlich nicht haften.

In gesonderten Paragraphen werden die Begriffe der Tateinheit und Tatmehrheit erläutert (§§ 23–24). Nach der Definition der Tateinheit wird bei der Qualifizierung einer Straftat der wesentliche Grundsatz betont, nach dem eine Handlung, die einen Straftatbestand erfüllt, unabhängig von der Konstruktion dieses Tatbestands nur nach einem Paragraphen oder Absatz (Punkt) des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches qualifiziert werden darf.

Tateinheit kommt auch bei fortgesetzten Delikten und Dauerdelikten in Betracht, die im Strafgesetzbuch definiert werden. In den im Besonderen Teil gesondert vorgesehenen Fällen gilt als Tateinheit eine und dieselbe Rechtsgutsverletzung, die im Verlaufe eines Jahres ein zweites Mal geschehen ist und für die der Täter nur zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit gezogen wird, soweit eine Mehrzahl von Straftaten vorliegt. Letzteres wiederum setzt voraus, dass solche Rechtsgutsverletzungen wenigstens zwei Mal im Verlauf eines Jahres geschehen sind, dass die vorangegangene Rechtsgutsverletzung in der gesetzlich vorgesehenen Weise festgehalten und der Täter hiervon in Kenntnis gesetzt worden ist.

Zu dem Begriff der Tatmehrheit gehören Wiederholung, eine Mehrzahl von Straftaten und Rückfall. Diese Begriffe sind mit den §§ 25–27 gesondert in das Strafgesetzbuch aufgenommen worden.

Der III. Abschnitt behandelt diejenigen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine strafrechtliche Haftung ausgeschlossen ist. Zusätzlich zu den traditionellen Gründen wie Notwehr und Notstand sind noch die folgenden aufgeführt: Festnahme in Zusammenhang mit der Schadensentstehung, ein berechtigtes Berufsrisiko sowie die Ausführung eines strafrechtlich relevanten Befehls oder einer strafrechtlich relevanten Anordnung, wenn der Täter keine Kenntnis von deren strafwürdigen Charakter hatte.

Der Notwehr ist ein eigener Paragraph (§ 29) gewidmet, dies gilt auch für die Putativnotwehr (§ 30). Aus dem Institut der Notwehr ist die Festnahme in Zusammenhang mit einer Schadensentstehung beim Täter, der eine Straftat begangen hat oder begeht, herausgenommen. Gleichsam sind die Bedingungen für die Festnahme und die Grenzen für den entstandenen Schaden bestimmt worden (§ 31).

3. Strafe

Der IV. Abschnitt ist Fragen der Strafen gewidmet. In dessen ersten Paragraph (§ 35) sind Begriff und Ziele der Bestrafung definiert. Bei Strafen handelt es sich um Zwangsmittel, die in den gesetzlich vorgesehenen Grenzen im Namen des Staates von einem Gericht bei einem schuldigen Täter angewendet werden. Auf diese Weise werden einerseits der repressive Charakter von Strafe und andererseits die gesetzliche Grundlage für deren Anwendung betont.

Das System der einzelnen Strafen sieht nach § 36 wie folgt aus: Hauptstrafen sind nach Abs. 1 der Vorschrift Todesstrafe (Nr. 1), Freiheitsentzug (Nr. 2), Arrest (Nr. 3), gemeinnützige Arbeit (Nr. 4) sowie die Geldstrafe (Nr. 5). Neben Hauptstrafen können einem Täter auch Nebenstrafen auferlegt werden. Hierbei handelt es sich nach § 36 Abs. 2 um Konfiszierung von Vermögensgegenständen (Nr. 1), Ausweisung aus dem Gebiet der Republik Lettland (Nr. 2), Geldstrafe (Nr. 3), Einschränkung von Rechten (Nr. 4) sowie Polizeikontrolle (Nr. 5).

Die Todesstrafe – Erschießung – darf allein bei besonders schweren Umständen im Falle einer Tötung angewendet werden (hiervon gibt es vier) und dies ausschließlich während eines Krieges. Die Todesstrafe bleibt bei Personen unangewendet, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder die Frauen sind.

Die Dauer eines Freiheitsentzuges kann von sechs bis zu fünfzehn Jahren und im Fall einer besonders schweren Straftat bis zu zwanzig Jahren betragen. In den im Besonderen Teil bestimmten Fällen kann auf lebenslange Freiheitsstrafe erkannt werden. Es ist vorgesehen, dass bei der Verwirklichung mehrerer Straftaten die Dauer einer Gesamtstrafe zwanzig Jahre nicht überschreiten darf (ausgenommen hiervon ist die lebenslange Freiheitsstrafe). Hierbei hängt die Gesamtstrafe nicht von der Schwere der einzelnen Straftaten ab, wegen deren Verwirklichung die Gesamtstrafe gebildet worden ist.

Im Fall der Verurteilung durch mehrere Gerichtsentscheidungen oder bei der Verbindung verschiedener Freiheitsstrafen darf die Strafe eine Dauer von fünfundzwanzig Jahren Freiheitsentzug nicht überschreiten.

Bei Arrest handelt es sich um eine kurzfristige Freiheitsentziehung an einem Ort am Wohnsitz des Täters (§ 39). Es ist zuzugestehen, dass diese Strafart in der Gerichtspraxis nicht anerkannt ist, da die Regierung bislang keine Geldmittel zur Verfügung gestellt hat, die zur Anwendung dieser Art von Strafe notwendig sind.

Bei der Erkennung auf eine Geldstrafe (§ 41) finden die Schwere der Tat und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters Berücksichtigung. Die Höhe einer Geldstrafe kann ein bis zu zweihundert Mindestverdienste zum Zeitpunkt der Begehung der Tat betragen. Die Höhe des jeweiligen Mindestverdienstes wird von der Regierung festgesetzt.

Eine Konfiszierung von Vermögensgegenständen ist dann erlaubt, wenn dies im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches vorgesehen ist (§ 42).

Eine Ausweisung aus der Republik Lettland ist nur dann zulässig, wenn der Täter Staatsangehöriger eines anderen Staates ist oder eine unbefristete Aufenthaltsgenehmigung eines anderen Staates hat. Die Ausweisung wird nicht für einen bestimmten Zeitraum angeordnet. Sie wird vollstreckt, nachdem die Hauptstrafe verbüßt worden ist (§ 43).

Eine Einschränkung von Rechten gilt bei einer bestimmten oder unbestimmten Art von Geschäftstätigkeit, bei einer bestimmten Tätigkeit, einem Amt oder bei den gesetzlich vorgesehenen Rechten, eine Erlaubnis oder ein Recht zu erhalten. Die Einschränkung von Rechten kann auch in Fällen auferlegt werden, in denen sie nicht als Sanktion einer Vorschrift, nach der der Täter bestraft wird, vorgesehen ist (§ 44).

Bei der Polizeikontrolle handelt es sich um ein Zwangsmittel, dass das Gericht als Nebenstrafe zum Zweck der Verhaltenskontrolle einer Person anwendet, die aus einer Anstalt des Freiheitsentzugs entlassen worden ist. In diesen Fällen werden Weisungen auferlegt, die von einer Polizeibehörde bestimmt werden. Eine Polizeikontrolle wird durch das Gericht nur in denjenigen Fällen für eine Dauer von einem bis zu drei Jahren angeordnet, die in Vorschriften des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches als Sanktion vorgesehen sind (§ 45).

Bei denjenigen Tatumständen, die die Strafe erschweren oder erleichtern (§§ 47–48) wird bestimmt, dass bei Entscheidung über die Verhängung einer Sanktion die Umstände, der schon Merkmal eines Tatbestandes sind, nicht berücksichtigt werden dürfen. Im selben Paragraphen wird unterstrichen, dass das Gericht unter Berücksichtigung des Tatcharakters einen gesetzlich vorgesehenen Tatumstand, der die Haftung erschweren würde, unberücksichtigt lassen darf.

Nach wie vor besteht die gesetzlich angeordnete Möglichkeit, eine Strafe zu mildern. Diese Vorschrift wird jedoch nicht angewendet, wenn die Begehung einer schweren oder einer besonders schweren Straftat vorgeworfen wird. Letzteres wiederum gilt nicht bei Minderjährigen, Frauen und Tätern, die zum ersten Mal verurteilt worden sind.

Das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung ist erweitert worden (§ 55). Hierunter fällt auch der frühere Aufschub der Vollstreckung eines Urteils. Eine Verurteilung mit Bewährung kann angewendet werden, wenn Freiheitsentziehung, gemeinnützige Arbeit, Arrest oder Geldstrafe angeordnet worden ist.

Das Institut des Absehens von Strafe enthält eine neue Bestimmung, nach der der Täter eines Vergehens aus der strafrechtlichen Verantwortlichkeit befreit werden kann, wenn eine Vereinbarung mit dem Opfer oder dessen gesetzlichen Vertreter getroffen werden konnte. Auf dieser Grundlage aber darf nicht von Strafe abgesehen werden, wenn das Opfer minderjährig ist.

Eine Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung ist dann möglich, wenn wenigstens die Hälfte der erkannten Strafe verbüßt worden ist (§ 61).

Der Erlass der Strafe bei einem Täter, der eine Freiheitsstrafe verbüßt hat, hängt von der Dauer der verbüßten Strafe ab. Die Fristen des Erlasses werden vom Zeitpunkt der Verbüßung der Haupt- und Nebenstrafe berechnet. Es wird betont, dass der Straferlass alle strafrechtlich relevanten Rechtsfolgen eines Täters beseitigt.

In einem gesonderten Abschnitt (VII.) werden die Besonderheiten des Jugendstrafrechts bestimmt. Bei einem Täter, der zum Zeitpunkt der Begehung der Tat das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, darf ein Freiheitsentzug von nicht mehr als zehn Jahren und nur im Fall einer besonders schweren Straftat von nicht mehr als fünfzehn Jahren angeordnet werden. Für weniger schwere und schwere Straftaten darf das Strafmaß einer Freiheitsstrafe fünf Jahre nicht überschreiten. Letzteres gilt nur, sofern die Tat nicht mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewaltanwendung ausgeübt wurde und keine schweren Folgen nach sich gezogen hat.

Ein Täter, der eine Tat vor der Vollendung des achtzehnten Lebensjahrs begangen hat, wird nach Verbüßen der Strafe als nicht vorbestraft angesehen.

Das Gericht darf bei einem Minderjährigen von Strafe absehen und die im Strafgesetzbuch vorgesehenen erzieherischen Zwangsmittel anwenden. Hierunter fällt die Einweisung in eine Lehr- oder Erziehungsanstalt.

4. Zu den wesentlichsten Änderungen

Das neue Strafgesetzbuch gilt nun bereits über vier Jahre und es ist zuzugestehen, dass es seine Existenz in der Praxis rechtfertigt. Selbstverständlich sind im Verlauf dieser Zeit neue Vorschriften eingefügt und einige Normen geändert worden.

In den Allgemeinen Teil ist § 58[1] [*3] eingefügt worden, der eine Strafaussetzung zur Bewährung während des Untersuchungsverfahrens vorsieht.

Natürlich gab es auch im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches größere Änderungen. Dies ist auf den Wunsch zurückzuführen, die mit der Kriminalität verbundenen Probleme dadurch zu lösen, dass die Täter zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit herangezogen werden

In den Besonderen Teil sind Vorschriften neu aufgenommen worden, die in folgenden Fällen eine strafrechtliche Haftung vorsehen: Menschenhandel, Auslandsreise zu Zwecken sexuellen Missbrauchs, Störung strafrechtlicher Untersuchungshandlungen, Beeinflussung des Handels, bewusste Abgabe von falschen Nachrichten über Sprengstoffe sowie radioaktive, giftige und sonstige Stoffe, die in Gebäude und in die Nähe von Gebäuden gebracht worden sind, sowie Verletzung von Vorschriften über die Tierhaltung.

Die Begriffe des Menschenhandels und der Auslandsreise zu Zwecken sexuellen Missbrauchs sind in eigenen Paragraphen definiert (§§ 154[2] und 165[2]).[*4]

Die Änderungen im Besonderen Teil sind vorwiegend auf die Harmonisierung des lettischen Strafrechts anhand von Empfehlungen internationaler Organisationen zurückzuführen. In mehreren Vorschriften haben diese Anforderungen eine Verschärfung bewirkt, einige Tatbestände wurden hinzugefügt und bereits vorhandene Grundtatbestände wurden um neue Qualifikationen erweitert.

[3] Bei den hochgestellten arabischen Ziffern handelt es sich gesetzestechnisch um später eingefügte Vorschriften (d. Ü.).

[4] Seihe Fn. 3.

Jaan Sootak

Professor für Strafrecht, Universität Tartu

Fahrlässigkeit im estnischen Strafrecht – eine dogmatische Figur in der Erneuerung

1. Entstehungsgeschichte und Deliktstruktur

Nach dem psychologischen Schuldbegriff von F. Liszt handelt es sich bei Fahrlässigkeit und Vorsatz um Formen der Schuld, wobei eine Grenze zur subjektiven Verurteilung einer Tat als bewusste und unbewusste Fahrlässigkeit gezogen wird. Diesen psychologischen Schuldbegriff hat bekanntermaßen auch das estnische Strafrecht aus der Sowjetzeit übernommen. Hierauf passte unter anderem die Abhandlung von F. Liszt über ein Delikt als gesellschaftswidrige (antisoziale) Tat sehr gut. Nach der Deliktstruktur des sowjetischen Strafrechts hat jedoch die Verwirklichung des objektiven Tatbestands allein den objektiven Tatbestand eines Fahrlässigkeitsdelikts gebildet (Handlung, Erfolg und Zurechenbarkeit), da es sich bei der Fahrlässigkeit um nichts anderes als eine Form der Schuld handeln konnte.

Nach der personalen Unrechtslehre, die der finalen Deliktstruktur entspricht, offenbart sich das strafwürdige Unrecht nicht allein in den objektiven Merkmalen des Tatbestandes, sondern auch in der psychischen Beziehung des Täters zur Tat. Danach ist der Vorsatz ein subjektives Tatbestandsmerkmal und nicht mehr eine Form der Schuld.[*1] Die weitere Entwicklung der Rechtsdogmatik hat gezeigt, dass auch das Unrecht der Fahrlässigkeit nicht allein aus dem, was objektiv getan wurde oder geschehen ist, besteht, sondern es gibt auch ein spezifisches Fahrlässigkeitsunrecht, das wie das Vorsatzunrecht sowohl objektive wie auch subjektive Merkmale enthält. Mit anderen Worten: Bei der Fahrlässigkeit handelt es sich nicht einfach um eine Form der Schuld. Damit ist zugleich im Wesentlichen das Besondere eines Fahrlässigkeitsdelikts hervorgehoben, das seinerseits hiervon eine selbständige Abwandlung darstellte.[*2] Gleichfalls ist es bis heute nicht gelungen, die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der Fahrlässigkeit genau abzugrenzen.

---

[1] Auch das estnische neue Strafgesetzbuch hat die finale Deliktstruktur übernommen (Riigi Teataja I 2002, 61, 364) (amtliches estnisches Veröffentlichungsorgan, wörtlich "Staatsbote", d. Ü.). Der Text in englischer Sprache: Estonian Legal Language Service. Penal Code. Im Internet verfügbar unter: http://www.legaltext.ee. Über die estnische Strafrechtsreform und das neue Strafgesetzbuch J. Sootak. Theories of Punishment and Reform of Criminal Law. – Juridica International, 2000, Nr. 5, S. 68; J. Sootak, P. Pikamäe. Einheit der verfassungsmäßigen Rechtsordnung: Entscheidungen und Lösungen im Strafrecht. – Juridica International, 2002, Nr. 7, S. 127.

[2] Näher hierzu: W. Gropp. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Berlin: Springer, 2001, § 12 Anm. 5 f.; W. Joecks. StGB. Studienkommentar. München: Beck, 2001, § 15 Anm. 55.

Ebenso ist nicht ganz klar, was die subjektive Seite der Fahrlässigkeit als Teil des Tatbestands ausmacht und was unter die Schuld fallen soll.

In der Literatur aber wird der herrschenden Deliktstruktur (wenn auch als Mindermeinung) eine überholte Behandlung der Sorgfaltspflicht vorgeworfen, gleichfalls auch das Fehlen des subjektiven Tatbestands.[*3] Unter Berücksichtigung dessen ist es zweckmäßig einen Aufbau für ein Fahrlässigkeitsdelikt zu wählen, der im Rahmen der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung noch eine Risikoerhöhung berücksichtigt sowie neben den objektiven Tatbestandsmerkmalen auch subjektive Merkmale beinhaltet und diese von der Schuld abgrenzt. Für einen solchen Aufbau sprechen auch die einschlägigen Vorschriften des neuen estnischen Strafgesetzbuches (vor allem §§12 Absatz 3 und 38 StGB). Damit ergibt sich der folgende Deliktsaufbau:

A. Tatbestand
  I. Objektiver Tatbestand
    1. Handlung
    2. Erfolg
    3. Kausalzusammenhang (*Conditio*-Formel)
    4. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung sowie deren objektive Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit
    5. Objektive Zurechenbarkeit des Erfolgs
      1) Risikoerhöhung
      2) Handeln innerhalb des Schutzbereichs der Norm
  II. Subjektiver Tatbestand
    1. bewusste Fahrlässigkeit (*kergemeelsus*)
    2. unbewusste Fahrlässigkeit (*hooletus*)
B. Rechtswidrigkeit
C. Schuld
  I. Schuldfähigkeit
  II. Schuldausschließende Umstände
    1. Fehlen der persönlichen Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit
    2. Unzumutbarkeit

2. Fahrlässigkeit im estnischen StGB und Deliktstruktur

2.1. Ausgangspunkt

In der Strafrechtsreform in Estland (1992) wurden keine grundlegende Änderungen in Bezug auf den Deliktsbegriff und den hieraus resultierenden Deliktsaufbau vorgenommen (obwohl auf den Begriff der Gemeingefährlichkeit verzichtet wurde). Der Entwurf des StGB und auch die gesamte Strafrechtsreform haben sich dafür entschieden, auf den vierstufigen Deliktsbegriff des Strafrechts aus der Sowjetzeit zu verzichten und den dreistufigen finalen Deliktsbegriff zu übernehmen. Für den Vorsatz hat dies eine Stelle im Rahmen des subjektiven Tatbestandsmerkmals eines Delikts bedeutet, da es sich nach dem normativen Schuldbegriff beim Vorsatz nicht mehr um eine Schuldform handelt.

Was aber nun wird aus der Fahrlässigkeit? Nach der bisherigen Strafrechtsdogmatik handelte es sich bei der Fahrlässigkeit schlicht um eine Form der Schuld und man hatte sich nicht mit dem Problem auseinander zu setzen, ob sich die Feststellung eines fahrlässig begangenen Delikts wesentlich von einem vorsätzlichen Delikt unterscheidet.

[3] Es gibt auch eine andere Mindermeinung, nach der beim objektiven Tatbestand nicht nur die objektive Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit behandelt werden, sondern auch die persönliche Fähigkeit eines konkreten Täters den Erfolg vorherzusehen und zu vermeiden. Wenn eine solche Fähigkeit fehlt, fällt bereits der Tatbestand weg und bis zur Schuld wird nicht mehr vorgedrungen. Näher hierzu: E. Samson. Kriminaalõiguse üldosa (Allgemeiner Teil des Strafrechts). Tallinn: Justiitsministeerium, 2001, § 32 B (in estnischer Sprache).

Die Dogmatik des StGB kam um diese Frage weder umhin noch konnte sie vorgeben, dass es sich bei der Fahrlässigkeit schlicht um einen Teil des subjektiven Tatbestands handele. Auch hat die Anwendung des StGB nach der heutigen Strafrechtswissenschaft zu geschehen. Außerdem ergibt sich aus den entsprechenden Vorschriften, dass eine Eingrenzung allein im subjektiven Tatbestand mit dem geltenden Recht nicht mehr in Einklang steht. Ist z. B. nach § 12 Absatz 3 StGB die Fahrlässigkeit Teil des subjektiven Tatbestands, und so zwingt § 38 dazu, sich auch auf der Schuldebene gesondert mit dem Fahrlässigkeitsdelikt auseinander zu setzen.

Selbstverständlich wäre es im Verlauf der Strafrechtsreform wissenschaftlich begründbar gewesen, neben den Grunddelikten auch deren Abwandlungen zu bilden. Wenn es aber möglich war, den Aufbau eines Grunddelikts in dem Gesetz unterzubringen (§ 2 Absatz 3 sowie 2. Abschnitt 1.–3. Titel (§§ 12–43 StGB)), dann wäre es nicht mehr realisierbar gewesen, alle Abwandlungen eines Grunddelikts als Legaldefinitionen und als ein vollständiges System zu entwickeln. – Das StGB enthält ohnehin viele definitorische lehrbuchhafte Normen ohne Regelungszweck (§§ 16 Absatz 1, 18 Absatz 1, 22 Absatz 1 u. a.), die zudem nicht genau sind (z. B. § 12).[*4] Gleichzeitig wäre es geradezu naiv gewesen zu hoffen, dass sich innerhalb eines kurzen Zeitraumes in Dogmatik und Gerichtspraxis ein System von abgeleiteten Delikten herausbildet, ohne dass hierbei der Gesetzgeber selbständig hätte tätig werden müssen. Das Problem war vielmehr in bestimmtem Umfang auch im StGB zu lösen.

2.2. Die Lösung des StGB

Die Lösung des StGB stellt ihrerseits einen Kompromiss dar. Insgesamt sieben Paragraphen des Allgemeinen Teils behandeln die Fahrlässigkeit und diese können wie folgt unterteilt werden.

a) Begriff und Arten der Fahrlässigkeit werden in den §§ 18 und 19 behandelt (hierzu näher unter Punkt 3).

b) Der Deliktsaufbau wird durch §§ 12 Absatz 3 und 38 bestimmt. So sind nach § 12 Absatz 3 Fahrlässigkeit und Vorsatz (§ 12 Absatz 2) subjektive Tatbestandsmerkmale. Entsprechend § 38 ist die Schuld bei der Fahrlässigkeit im Fall von körperlichen und seelischen Mängeln ausgeschlossen.

c) Den Übergang vom Grunddelikt zu den Abwandlungen regeln die §§ 15, 17 und 31. Nach § 17 ist in der Regel allein vorsätzliches Handeln strafbar, soweit nicht das StGB gesondert eine Haftung für Fahrlässigkeit vorsieht. § 17 behandelt den Verbotsirrtum und 31 den Erlaubnistatbestandsirrtum (ein solcher Irrtum schließt den Vorsatz aus und führt zu einer Haftung auf Grundlage der Vorschriften über die Fahrlässigkeit).

Hierbei ist natürlich zu berücksichtigen, dass die aufgeführten Vorschriften systematisch auszulegen und anzuwenden sind. So grenzt sich der Begriff der bewussten Fahrlässigkeit (§ 18 Absatz 2) vom Begriff des Eventualvorsatzes (§ 16 Absatz 4) ab; die Untergrenze der unbewussten Fahrlässigkeit (§ 18 Absatz 3) lässt sich allein in Zusammenhang mit § 38 bestimmen usw.

3. Fahrlässigkeit – Begriff und Formen

§ 18 StGB hält inhaltlich Fahrlässigkeitsbegriff und -formen des § 9 KrK[*5] aufrecht – bewusste (*luxuria*) und unbewusste Fahrlässigkeit (*negligentia*), wobei dennoch die Definition der bewussten Fahrlässigkeit aus § 9 Absatz 2 KrK geändert worden ist. Neu sind die Begriffe „**Aufmerksamkeit**“ (*tähelepanelikkus*) und „**Kenntnis von einer Pflicht**“ (*kohusetundlikkus*), die aber wegen ihrer Schwerfälligkeit in der Fachliteratur durch die Oberbegriffe „**Sorgfalt**“ (*hoolsus*) und „**Sorgfaltspflicht**“ (*hoolsuskohustus*) ersetzt worden sind.[*6] Inhaltlich geht es um die Verpflichtung jedes Einzelnen, gegenüber anderen sorgfältig zu sein sowie sich

[4] Dennoch ist einzugestehen, dass ein Teil der definitorischen Normen (wobei sich insbesondere deren Anordnung vor Augen zu halten ist) vom Standpunkt der Einführung der neuen Deliktstruktur her unerlässlich ist – vor allem §§ 12, 27 und 32 (entsprechend den Begriffen Tatbestand und Rechtswidrigkeit sowie dem Schuldprinzip). Diese Vorschriften befinden sich jeweils am Beginn der einzelnen Titel des 2. Abschnitts (§§ 12 – 43).

[5] *Kriminalkodex*, kurz KrK: das estnische Strafgesetzbuch aus der Sowjetzeit (d. Ü.).

[6] Z. B.: M. Ernits, P. Pikamäe, E. Samson, J. Sootak. Karistusseadustiku üldosa eelnõu. Lähtealused ja põhjendus (Entwurf des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches. Begründung = StGBE). Tallinn: Juura, 1999 § 17 Anm. 4.1 (in estnischer Sprache); E. Samson (Fn.3), S. 340 ff.; Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne (Strafgesetzbuch. Kommentar = StGBK). Bearbeitet von J. Sootak, P. Pikamäe. Tallinn: Juura: 2002, § 18 Anm. 5.1; § 38 Anm. 1 (in estnischer Sprache); K. Kühl. Karistusõigus. Üldosa (Strafrecht. Allgemeiner Teil). Tallinn: Juura, 2002, Anm. 6 ff (in estnischer Sprache). Es handelt sich hier also um Literaturhinweise in estnischer Sprache sowie auch um Übersetzungen.

pflichtgemäß zu verhalten. Hierbei kann sich eine solche Pflicht aus der allgemeinen Menschlichkeit oder Berufsethik ergeben, aus einem bestimmten Gesetz o. a.. Sie kann individuelle Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Eigentum u. a.) oder Rechtsgüter der Allgemeinheit betreffen (Staatsgeheimnisse, den guten Ruf des Staates u. a.). In dieser Form hat auch das bisherige Strafrecht einer Sorgfaltspflicht Inhalt gegeben.

Bei der bewussten und unbewussten Fahrlässigkeit handelt es sich um klassische Fahrlässigkeit (*culpa lata*). Das StGB übernimmt nicht die aus dem Zivilrecht bekannten Begriffe der Leichtfertigkeit bzw. groben Fahrlässigkeit (*culpa levis, culpa levissimo*), die eine besonders schwere Verletzung einer Sorgfaltspflicht darstellen.[*7] Vom Deliktstyp her kann ein fahrlässig begangenes Delikt sowohl ein Tätigkeits- wie auch ein Erfolgsdelikt sein. Im Fall eines Tätigkeitsdelikts hofft der Täter bewusst fahrlässig, dass ein Tatbestandsmerkmal nicht gegeben ist – z. B. dass das Opfer nicht minderjährig ist (bewusste Fahrlässigkeit) oder er hat von dem Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals keine Kenntnis, obwohl er sie hätte haben können oder müssen (unbewusste Fahrlässigkeit). Solche Tatbestände gibt es im StGB kaum; als Beispiel kann die fahrlässige Offenbarung eines Staatsgeheimnisses (§ 242) aufgeführt werden.

Wie schon der KrK verwendet auch das StGB eine Tatbestandskombination aus Vorsatz und Fahrlässigkeit (z. B. § 141 Absätze 3 und 4). Ebenso kann sowohl ein Begehungs- wie auch ein Unterlassungsdelikt fahrlässig verwirklicht werden. Ein Fahrlässigkeitsdelikt ist im Besonderen Teil überwiegend auch als solches bezeichnet (z. B. § 117: Fahrlässige Tötung). Bei manchen Tatbeständen ist dies jedoch nicht der Fall: Dennoch gehören die Vernachlässigung einer Amtspflicht (§ 290), das nachlässige Halten einer Schusswaffe (§ 419), die Vernachlässigung einer Pflicht während des Wehrdienstes (§ 447) u. a. auch in die Gruppe der Fahrlässigkeitsdelikte. Dem subjektiven Tatbestandsmerkmal der **Vernachlässigung** ist dennoch entsprechend den vorhandenen Fahrlässigkeitsformen im Sinne des § 18 Inhalt zu geben (auch die Vernachlässigung allein kann als bewusste oder unbewusste Fahrlässigkeit auftreten).

4. Objektiver Tatbestand

In der bisherigen estnischen Gerichtspraxis und Dogmatik ist das Verständnis von der objektiven Seite eines Fahrlässigkeitsdelikts entsprechend dem klassischen Schuldbegriff verbreitet. Hiernach wurden eine Handlung, die eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellt, ein Taterfolg und ein ursächlicher Zusammenhang vorausgesetzt. Gleichsam war bei der objektiven Seite der Fahrlässigkeit nicht von solchen besonderen Aspekten wie dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang, der Risikoerhöhung, dem Schutzbereich der Norm u. a. die Rede.[*8]

Im Verlauf der Anwendung des StGB sind diese Fragen zu bearbeiten und es bleibt zu hoffen, dass sich eine entsprechende Gerichtspraxis herausbilden wird. Die Grundlage zur Berücksichtigung der Besonderheit der objektiven Seite eines Fahrlässigkeitsdelikts ergibt sich auch aus dem Gesetz. Das StGB spricht einerseits durchaus von Fahrlässigkeit als Merkmal der subjektiven Seite (§ 12 Absatz 3), gleichzeitig aber auch von fahrlässiger **Tat** (§§ 15 Absatz 1, 17 Absatz 1, 31 Absatz 1, 38) oder von **Erfolgsverursachung infolge von Fahrlässigkeit** (§ 19). Derartige Formulierungen lassen keinen Zweifel daran, dass es sich bei der Fahrlässigkeit nicht nur um ein Merkmal zur Charakterisierung der subjektiven, sondern auch der objektiven Seite, und damit um ein selbständiges abgeleitetes Delikt handelt.

5. Subjektiver Tatbestand

Bei der Frage nach dem Aufbau eines Fahrlässigkeitsdelikts ist die Meinung überwiegend, dass hier der subjektive Tatbestand fehlt und die subjektiven Voraussetzungen des objektiven Unrechts (die Verletzung einer Sorgfaltspflicht) bzw. die Vorwerfbarkeit bei der Schuldfrage zu behandeln sind.[*9]

Diejenige Ansicht, die vom Vorhandensein eines subjektiven Tatbestands beim Fahrlässigkeitsdelikt ausgeht, befindet sich in der Minderheit. Dies gilt auch für diejenige Theorie, nach der im Rahmen des Tatbestandes nicht nur Fragen der objektiven sondern auch der subjektiven Fahrlässigkeit – die Fähigkeit eines konkreten Täters, den Eintritt des Taterfolgs vorherzusehen und zu vermeiden – zu erörtern sind.

Aus §§ 12 Absatz 3 und 38 StGB ergibt sich aber eindeutig, dass die Fragen nach der konkreten Vorwerfbarkeit zweifach unterteilt sind, nämlich in:

[7] Das neue estnische Schuldrechtsgesetz kennt drei Schuldformen: Fahrlässigkeit (*hooletus*), grobe Fahrlässigkeit (*raske hooletus*) und Vorsatz (*tahtlus*) (§ 104 Absätze 2–5). Siehe auch J. Lahe. Subjective Fault as a Basis of Delictual Liability. – Juridica International, 2001, Nr. 4, S. 125.

[8] Näher hierzu mit einem Überblick über die gegenwärtige Diskussion: W. Gropp (Fn. 2), § 12 Anm. 10–22, 67–71.

[9] Übersichtlich: W. Gropp (Fn. 2), § 12 Anm. 88 ff.

a) die Fahrlässigkeit als Form des subjektiven Tatbestands (§ 12 Absatz 3) und
b) die psychischen und physischen Fähigkeiten eines konkreten Täters, die bei der Erörterung der Schuldfrage zu berücksichtigen sind (§ 38).

Vor dem Hintergrund dieser bisweilen widersprüchlichen Systematik ist im estnischen Strafrecht bei der Behandlung der subjektiven Seite eines Fahrlässigkeitsdelikts von zwei möglichen Varianten auszugehen.

Erstens ist allgemein vorauszusetzen, dass es sich bei einem Entschluss zur Verletzung einer Sorgfaltspflicht stets um einen normativen Entschluss handelt, bei dem die individuellen Fähigkeiten eines Täters keine Berücksichtigung finden können. Die Fahrlässigkeitsbestimmung in § 18 geht von einem durchschnittlichen Menschen aus, der sich **vorsichtig** und **pflichtgemäß** (Absatz 2) zu verhalten hat und der etwas hätte **voraussehen müssen** (Absatz 3). Aus § 38 StGB wiederum ergibt sich, dass die individuellen Fähigkeiten erst bei der Schuld in Betracht zu ziehen sind.[*10] Diejenige Meinung, die mit den zitierten Vorschriften in Einklang steht, grenzt die objektiven und subjektiven Merkmale eines Fahrlässigkeitsdelikts voneinander genau ab und stimmt auch mit der in der Literatur herrschenden Ansicht überein. Hiernach sind also alle einen konkreten Täter betreffenden Fragen auf der Schuldebene zu erörtern. Das Unrecht eines Fahrlässigkeitsdelikts kommt damit allein bei den objektiven Tatbestandsmerkmalen zum Ausdruck. Hierunter gehören die objektive Sorgfaltspflichtverletzung und die objektive Vorhersehbarkeit des Taterfolgs, da der subjektive Unrechtsgehalt fehlt und die individuelle Zurechenbarkeit von Handlung und Erfolg allein von der Schuld abhängt.

Leider kann aber hier keine Antwort auf die Frage gefunden werden, warum § 12 Absatz 3 Fahrlässigkeit als Merkmal des subjektiven Tatbestands aufführt. Als mögliche Lösung kann in Betracht gezogen werden, dass die bezeichnete Vorschrift dennoch nicht mehr als die in § 16 Absatz 3 aufgezählten Fahrlässigkeitsformen (bewusste und unbewusste Fahrlässigkeit) beinhaltet. Deshalb ist bei Feststellung der Sorgfaltspflichtverletzung als Teil des objektiven Tatbestands auch eine Fahrlässigkeitsform zu bestimmen, wobei ein *ex-ante*-Beobachter eine konkrete Fahrlässigkeitsform festlegt.

Die andere Ansicht versucht, die subjektiven Merkmale der Fahrlässigkeit ebenfalls im Tatbestand unterzubringen, wobei also bei einem Fahrlässigkeitsdelikt auch ein subjektiver Unrechtstatbestand gesehen wird – denn zumindest bei Vorliegen bewusster Fahrlässigkeit sieht ein Täter die Möglichkeit eines Erfolgseintritts voraus. Auch die Befürworter der objektiven Begründung des Fahrlässigkeitsunrechts müssen sich unweigerlich fragen, welche Sorgfaltspflicht ein konkreter Täter verletzt und welchen Bezug letzterer zu den Umständen der Tat hat. Nach Erkennen einer objektiven Gefahr und der Vorhersehbarkeit des Taterfolges muss gefragt werden, ob der konkrete Täter diejenigen Umstände erkannt hat, aufgrund derer die erhöhte Gefahr eingetreten ist, zum Beispiel die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten wurde (kognitives Element). Soweit der Täter die Gefahr nicht beseitigen, zum Beispiel die Geschwindigkeit herabsetzen will, findet er sich mit der Situation ab (voluntatives Element). Diese Merkmale bilden die individuelle Seite der Sorgfaltspflichtverletzung sowie der Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit und damit den subjektiven Tatbestand.[*11]

Diese Meinung stimmt auch mit dem in § 12 Absatz 3 Gesagten überein. Sie überlässt die Frage, ob einem Täter vorgeworfen werden kann, dass sich dieser trotz individueller Vorhersehbarkeit und seiner individuellen Fähigkeiten den Eintritt des Taterfolges zu verhindern (Verhalten nach dem subjektiven Tatbestand) entschlossen hat, auf eine Weise zu verhalten, die den Taterfolg auch tatsächlich verursacht hat (Schuldhaftigkeit). So wird also die Regelung des § 38 mit einem Fragezeichen versehen. Wenn die individuelle Fähigkeit eines Täters den Taterfolg zu verhindern schon auf der Tatbestandsebene erörtert wird, was bleibt dann bei Anwendung von § 38 zu klären? Es versteht sich von selbst, dass auch bei einem fahrlässigen Delikt die Schuldfähigkeit festzustellen ist (§ 33). Tatsächlich könnten dort andere außer die in § 38 aufgeführten schuldausschließenden Umstände in Betracht zu ziehen sein. Dies wiederum ist aber nach § 32 Absatz 1 Satz 2 Alternative 2 ausgeschlossen.

6. Schuld

6.1. Ausgangspunkt

Nach dem dreistufigen Deliktsaufbau bildet die Schuld sowohl im Falle eines Vorsatz- wie auch eines Fahrlässigkeitsdelikts die letzte Stufe. Ebenso wie bei Vorsatz ist auch im Fall der Fahrlässigkeit die Schuldfähigkeit eines Täters erforderlich, um diesen zur Verantwortung ziehen zu können: Alter und Zurechnungsfähigkeit (§§ 32 Absatz 1 Satz 2 Alternative 1, 33). Nicht unerwähnt bleiben darf auch das Fehlen von schuldausschließenden Umständen (§ 32 Absatz 1 Satz 2 Alternative 2). Als Besonderheit beim Aufbau eines Fahrlässigkeitsdelikts ist auch die einhellige Meinung verbreitet, dass die persönliche Fähigkeit des Handelnden

[10] StGBE (Fn. 6), § 17 Anm. 43; StGBK (Fn. 6), § 18 Anm. 5.3.

[11] W. Gropp (Fn. 2), § 12 Anm. 88–93.

auf der Schuldebene festzustellen ist – die subjektive Wahrnehmung und Erfüllung einer objektiven Sorgfaltspflicht. Dies wiederum liefert die Grundlage dafür, dem Täter vorzuwerfen, einer objektiven Sorgfaltsanforderung nicht gerecht geworden zu sein.*[12]

Gleichzeitig kann eine Rechtsordnung dem Einzelnen nicht Verhaltensnormen auferlegen, die dieser nicht erfüllen kann. In rechtlicher Hinsicht bedeutet dies die einen Einzelnen leitenden oder zumindest beeinflussenden Prozesse von anderen Kausalketten zu unterscheiden, an denen der Einzelne gleichfalls auch in passiver Weise teilnehmen könnte. Im ersten Fall spricht man von Tatunrecht, aus dem Haftung folgt. Im zweiten Fall handelt es sich um Tatsachenunrecht, das nicht zur Verantwortung desjenigen führt, der dies ausgeübt hat.*[13]

Auf diesen Teil aber hat sich das Unproblematische bereits beschränkt. Schon bei der Tatbestandsebene ist deutlich geworden, dass streitig ist, ob es ein subjektives Tatbestandsmerkmal gibt und wie die Schuldmerkmale einzugrenzen sind. Von diesem Streit wiederum hängt ab, welcher Inhalt der Schuld zu geben ist. Im Folgenden wird von der in der Literatur herrschenden Meinung ausgegangen, wobei selbstverständlich auch deren Anwendbarkeit auf das estnische Recht beachtet wird.

6.2. Persönliche Fähigkeit

Bei unterdurchschnittlichen Fähigkeiten handelt es sich um Fälle, in denen ein Täter wegen körperlicher oder seelischer Mängel, unzureichenden Wissens, geringer Erfahrung, hohen Alters aber auch aufgrund der Besonderheit eines konkreten Umstands usw. nicht in der Lage ist, sich entsprechend sorgfältig zu verhalten.

Diese Frage wird durch § 38 StGB gelöst. Diese Vorschrift besagt, dass im Fall der Begehung eines Fahrlässigkeitsdelikts die Schuld eines Täters wegen mangelnder psychischer oder physischer Fähigkeiten in zwei Fällen fehlt*[14]:

- Fehlende Kenntnis: Der Täter ist nicht in der Lage zu verstehen, was von ihm verlangt wird. Inhaltlich handelt es sich um einen Verbotsirrtum, bei dem der Täter zwar verstanden hat, was er hätte tun sollen; nicht aber verstanden hat, dass dieses Unterlassen strafbar und rechtswidrig ist.
- Vorhandene Kenntnis: Der Täter hat zwar verstanden, was von ihm verlangt wird. Er ist allerdings nicht in der Lage, sein Verhalten nach dieser Einsicht zu steuern. Während er sich bemüht sein Bestes zu geben, verhält er sich aber völlig falsch und damit inadäquat.

Es handelt sich nicht um einen schuldunfähigen, sondern einen seelisch gesunden Menschen, dem aber wegen seiner begrenzten seelischen oder körperlichen Fähigkeiten oder der Besonderheit der Tatsituation ein normwidriges Verhalten nicht vorgeworfen werden kann. Dies aber schließt nicht aus, dass auch bei einem begrenzt schuldfähigen Täter, z. B. einem Debilen, psychische Mängel gegeben sein können, so dass dieser eine ungewöhnlich hohe Gefahr nicht wahrzunehmen vermag oder irrig seine Fähigkeiten überschätzt. In einem solchen Fall wird dessen Schuld nicht durch eine Erwähnung der begrenzten Schuldfähigkeit begrenzt, sondern er wird auf Grundlage von § 38 wegen fehlender Schuld von der Haftung befreit.*[15]

Es ist durchaus wahrscheinlich, dass die unterdurchschnittlichen Fähigkeiten eines Täters dessen Verantwortung in erster Linie bei unbewusster Fahrlässigkeit (§ 18 Absatz 3) ausschließen. Ein Täter hat von dem Auftreten eines Tatbestandsumstands keine Kenntnis und ist auch wegen seiner seelischen oder körperlichen Mängel nicht in der Lage, dies zu verstehen. Ein reiner Tatbestandsirrtum aber genügt nicht, vielmehr wird die Schuld nur in demjenigen Fall ausgeschlossen, in dem der Täter nicht versteht, was von ihm verlangt wird. Mit anderen Worten begreift er nicht, dass in einem konkreten Fall eine rechtliche Verpflichtung entstanden ist, sich in einer bestimmten Art und Weise zu verhalten oder etwas zu unterlassen*[16]. In bestimmten Fällen kann § 38 auch im Fall von bewusster Fahrlässigkeit zur Anwendung gelangen (§ 18 Absatz 2) – der Täter versteht durchaus, dass ein Tatumstand gegeben sein kann (ein Taterfolg kann eintreten), er hofft aber wegen seiner unterdurchschnittlichen Fähigkeiten darauf, dass dieser nicht gegeben ist oder nicht eintritt.

§ 38 StGB aber lässt die Frage unbeantwortet, ob er alle Fälle von Verbotsirrtümern umfasst oder ob ein Teil der Fälle auf Grundlage der allgemeinen Norm (§ 39) zu lösen ist. Wenn vorausgesetzt wird, dass ein Täter bei Fahrlässigkeit immer einem Verbotsirrtum unterlegen ist, dann tritt diese Frage allein bei der Vermeidbarkeit oder Unvermeidbarkeit des Irrtums auf. Im ersten Fall hat der Gesetzgeber diesen Irrtum bereits

[12] StGBK (Fn. 6), § 38 Anm. 2.

[13] Zur Unterscheidung von Tatbestandsunrecht und menschlichem Verhalten: E. Samson (Fn. 3), S. 44–45.

[14] StGBK (Fn. 6), § 38 Anm. 3 u. 4.

[15] Näher: J. Sootak. Süüvõime karistusseadustikus (Schuldfähigkeit im StGB). – Juridica 2002, Nr. 2, S. 88 (in estnischer Sprache).

[16] Zum Fehlen der Schuld als vermeidbarer Verbotsirrtum bei Fahrlässigkeit: H.-H. Jescheck, Th. Weigend. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, § 57 I.2; E. Samson (Fn. 3), S. 364–365.

durch Einführung der Strafandrohung bei einem Fahrlässigkeitsdelikt berücksichtigt (inhaltlich ist dies auf gesetzgeberischer Ebene durch den Vorsatzdelikte behandelnden § 39 Absatz 2 umgesetzt worden). Im anderen Fall ist die Frage inhaltlich zu lösen und festzustellen, ob der Irrtum vermeidbar war oder nicht.*[17]

Vorzugswürdig ist es dennoch, den Irrtum bei einem Fahrlässigkeitsdelikt als Tatbestands- oder Verbotsirrtum zu behandeln. Bereits aus den §§ 17 und 31 Absatz 1 ergibt sich, dass die Haftung bei Fahrlässigkeit auch bei einem Sachverhalts- bzw. Tatbestandsirrtum folgt.*[18] Hieraus ergibt sich wiederum, dass der Verbotsirrtum nicht immanent zu dem Wesen eines Fahrlässigkeitsdelikts gehört. Zum Beispiel ist es möglich, dass ein mit durchschnittlichen seelischen und körperlichen Fähigkeiten ausgestatteter Täter irrig seine Sorgfaltspflicht für erfüllt hält, obwohl er eine wesentlich höhere Aufmerksamkeit hätte walten lassen und auch verstehen müssen, dass er sich anders zu verhalten hat. Paragraph 38 ist nicht anwendbar, gleichzeitig kann es aber vorkommen, dass der Irrtum unvermeidbar war.*[19] In einem solchen Fall findet § 39 Anwendung.

Kommt man zum Regelfall zurück, so ist zu erwähnen, dass im Fall unterdurchschnittlicher Fähigkeiten der Täter den Tatbestand durchaus erfüllt hat (die Tatumstände waren objektiv erkennbar und der Eintritt des Taterfolgs vorhersehbar). Auch die Rechtswidrigkeit bleibt bestehen. Die Haftung ist aber nach § 38 ausgeschlossen, weil die Schuld fehlt.

Nach der Mindermeinung aber waren die individuellen Fähigkeiten bereits auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen, sei es als objektive Erkennbarkeit der Tatumstände (oder bei der Vorhersehbarkeit des Eintritts des Taterfolgs) oder als subjektiver Tatbestand.*[20] Bei unterdurchschnittlichen Fähigkeiten wäre bereits der Tatbestand ausgeschlossen gewesen. Diese Lösung aber steht mit § 38 StGB nicht im Einklang.

7. Zusammenfassung

Bei der Fahrlässigkeit handelt es sich um eine sachgemäße und in der Strafrechtstheorie ausführlich entwickelte dogmatische Figur. Sie ist allgemein anerkannt und findet auch in der Praxis Anwendung. Es gibt nicht den geringsten Grund zu der Annahme, dass unsere sich neu bildende Strafrechtsdogmatik und Praxis dies unterschätzen müssten. Die Frage, wie ein Fahrlässigkeitsdelikt rechtlich auszugestalten ist, lässt sich darauf reduzieren, wie viel das Strafrecht in der Allgemeinheit an Kenntnis von Verpflichtungen und Sorgfalt unterstützen soll. Bei der Anomie in der estnischen Gesellschaft kann leider nicht nur allein auf moralische Faktoren gehofft werden. Der Erfolgskurs seit Wiedereinführung der Marktwirtschaft und die „Drängelmoral“ dürfen dennoch nicht strafrechtlich gewährleistete Sorgfaltspflichten verdrängen. Ein weiterer Aspekt in der Entwicklung von Fahrlässigkeitsdelikten ist dogmatischer Natur und hängt von der Entwicklung im gesamten Strafrechtskontext ab.

[17] Zur Meinung von Samson: E. Samson (Fn. 3), S. 364.

[18] Siehe auch: StGBK (Fn. 6), § 17 Anm. 5.

[19] Fall hierzu: E. Samson (Fn. 3), S. 364–365.

[20] Siehe auch: E. Samson (Fn. 3), S. 346.

Priit Pikamäe

Magister iuris,
Richter am Bezirksgericht Tallinn
(Tallinna Ringkonnakohus)

Der Begriff des Vorsatzes im Strafrecht und die psychologische Behandlung des Willens

Als eine der wesentlichsten Neuerungen der estnischen Strafrechtsreform im Jahr 2002 ist sicherlich die Reformierung des Deliktsbegriffes zu sehen. Im Rahmen dieser Reformierung wurde der Begriff des Deliktstatbestandes aus der Sowjetzeit durch den dreistufigen finalen Deliktsbegriff abgelöst. Es handelt sich hierbei um eine inhaltlich tiefgehende Reform, die nicht nur die juristische Struktur eines Delikts verändert hat, sondern auch viele andere Systemfragen des Allgemeinen Strafrechts. Eine hiermit untrennbar verbundene Frage war, wie der Vorsatz und dessen Unterarten im neuen estnischen Strafgesetzbuch[*1] definiert werden sollten. Nach dem Vorbild des sowjetischen Kriminalkodex[*2] wurde in Estland bislang ein zweigliedriger Vorsatzbegriff verwendet. Bis zum Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches am 1. September 2002 teilte sich der Vorsatz nach § 8 des alten Strafgesetzbuches in direkten und bedingten Vorsatz. Hiernach wurde der direkte Vorsatz durch den Wunsch eines Täters, eine Straftat zu begehen charakterisiert und der bedingte Vorsatz durch deren Inkaufnahme. Im Verlauf der Vorbereitung des neuen Strafgesetzbuches wurde der Vorschlag unterbreitet, auf den bisherigen zweistufigen Vorsatzbegriff zu verzichten und den aus dem deutschen Rechtsraum bekannten und allgemein verbreiteten dreigliedrigen Vorsatzbegriff zu übernehmen. Hiernach wird der Vorsatz in Absicht sowie direkten und bedingten Vorsatz untergliedert. Bis zu einem gewissen Grad in überraschender Form stellte die Frage um den Vorsatzbegriff und dessen Untergliederung eines der am meisten umstrittenen Probleme in der Kommission von Juristen dar, die das neue Strafgesetzbuch ausgearbeitet haben. Gegenstand dieses Streits war in erster Linie die Frage, wie diese Änderung begründet werden sollte. Ein Teil der Kommission verwies auf die theoretischen Probleme, die aus dem bisher geltenden Strafrecht aus der Sowjetzeit stammten. Die Praktiker in der Kommission aber waren besorgt, dass aus dem dreistufigen Vorsatzbegriff eine Erschwerung des Beweisverfahrens im Strafprozess resultieren würde. Dem Streit über die Untergliederung des Vorsatzes ist vom Standpunkt der Übernahme des finalen Deliktsbegriffes in das neue estnische Strafgesetzbuch nicht mehr so wesentliche Bedeutung wie im sowjetischen Strafrecht

[1] Karistusseadustik. – Riigi Teataja I 2001, 61, 364 (amtliches estnisches Veröffentlichungsorgan, d. Ü.).

[2] Kriminaalkoodeks. – Riigi Teataja 1992, 20, 287 und 288 (in estnischer Sprache).

beizumessen. Dort stellten Vorsatz und Fahrlässigkeit Formen der Schuld dar und liefern somit die Grundlage für die Bestrafung. Auch beim finalen Deliktsbegriff verbleibt dem Vorsatz als subjektives Tatbestandsmerkmal im Strafrecht ein wesentlicher Stellenwert. Das estnische Parlament hat sich zugunsten des dreigliedrigen Vorsatzbegriffs für das neue Strafgesetzbuch (§ 16) entschieden. So ist das allgemeinere grundlegende Bedürfnis, die genannte Diskussion über den Vorsatz und die mit dessen Untergliederung verbundenen Fragen weiterzuverfolgen zu einer wissenschaftlichen Aufgabe im estnischen Strafrecht geworden. Soweit der Begriff des Vorsatzes untrennbar mit psychischen Prozessen des Menschen verbunden ist, so handelt es sich also hierbei gleichzeitig um einen Berührungspunkt von Strafrecht und Psychologie. Nach der Auffassung des Autors dieses Beitrags ist bei der Behandlung des Vorsatzbegriffes – und warum auch sollte nicht anstelle der bisherigen Annäherung eine vollkommen neue Definition angeboten werden – vor allem von den heute in der Psychologie vertretenen Auffassungen auf dem Gebiet der psychischen Prozesse des Menschen auszugehen.

Im kontinentaleuropäischen Rechtsraum ohne weiteres anerkannt besteht der Vorsatz in derjenigen Gestalt, die in weiten Teilen vom deutschen Strafrecht entwickelt worden ist, seit Ende des 19. Jahrhunderts aus zwei Elementen – dem Kenntnis- und den Willenselement. In dieser genannten Struktur ist das Willenselement das entscheidende, das nämlich den Vorsatz von der Fahrlässigkeit abgrenzt.[*3] Zusätzlich zu dem Verständnis, dass der Vorsatz einen wesentlichen Platz einnimmt, gebraucht das Strafrecht die Begriffsdefinition des Vorsatzes bekanntermaßen auch noch zur Definierung von einem seiner allgemeineren Ausgangspunkte, von dem Tatbegriff. Dennoch handelt es sich beim Willen nicht eingeschränkt um einen eigenen Begriff aus dem Strafrecht: Als Beispiel kann hier eine verbreitete Tatdefinition aus der allgemeinen Rechtstheorie aufgeführt werden, nach der es sich bei einer Tat um ein juristisches Faktum handelt, das in Abhängigkeit von Bewusstsein und **Willen** (Betonung des Autors) eines Rechtssubjekts steht.[*4] Damit folgt aus dem Gesagten, dass es sich beim Vorhandensein eines Willens oder aber dessen Fehlen im Hinblick auf die strafrechtliche Würdigung menschlichen Verhaltens nicht nur um eine zentrale Frage handelt. Vielmehr erhält eine menschliche Tat hierdurch überhaupt erst juristische Bedeutung.

Somit zu der Frage: Was ist Wille? Schon vorgreifend kann festgestellt werden, dass man auf der Suche nach einer Antwort auf diese Frage in der Psychologie recht schnell zu der Schlussfolgerung gelangen kann, dass es sich hierbei um eine der wenigsten geklärten und schwierigsten Kategorien in dieser Wissenschaft handelt. Auf die Frage, worum es sich bei Willen handelt, gibt die Psychologie keinerlei einheitliche Antwort. Von den Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Willensbegriffes kann man sich leicht überzeugen, wenn man zum Beispiel ein einfacheres in estnischer Sprache erschienenes Psychologielehrbuch zur Hand nimmt. Dort wird im allgemeinen Fall der Wille als Eigenschaft der Psyche eines Menschen definiert, der es diesem ermöglicht, im Leben auftretende Schwierigkeiten zu überwinden.[*5] Es ist vollkommen offensichtlich, dass die bisherige so sehr allgemeine Definition des Willens in der Rechtswissenschaft nicht zu Zufriedenheit führen kann. Geht man aber bei der Definition des Willensbegriffes vom Niveau populärwissenschaftlicher Werke weiter nach oben auf das Niveau der Psychologie, so wird das Bild noch bunter.

1. Psychologische Behandlungen des Willens

Die Frage um den Willen als psychisches Wesensphänomen hat bei den Psychologen bereits Beachtung gefunden, seitdem sich die Psychologie als selbständiger Wissenschaftszweig herausgebildet hat[*6]. Die derartige dauerhafte Beschäftigung mit der Willensfrage hat einerseits eine Vielzahl von Abhandlungen zu diesem Bereich mit sich gebracht. Andererseits hat sie dazu geführt, dass geradezu gegensätzliche Konzeptionen entstanden sind. Deshalb merkt der russische Psychologe V. Ivannikov in begründeter Form an, dass es in der Psychologie noch an einem gemeinsamen Verständnis vom Willen fehlt.[*7] Unter der Vielzahl derartiger Auffassungen unterscheidet V. Ivannikov selbst bei der Behandlung des Willens zwischen drei grundlegenden Forschungsrichtungen:

1) der Motivationsrichtung, in deren Rahmen der Wille als eine Kraft betrachtet wird, die den Menschen zu einem Verhalten bestimmt;

---

[3] Näher zu der historischen Entwicklung des Vorsatzbegriffes: P. Pikamäe. Tahtluse mõiste karistusõiguses: psühholoogiline käsitlus. Magistritöö (Der Begriff des Vorsatzes im Strafrecht und dessen psychologische Behandlung. Magisterarbeit). Tartu, 2001 (in estnischer Sprache); P. Pikamäe. Kavatsetus, otsene ja kaudne tahtlus – kolmeliigiline tahtlus karistusseadustikus (Absicht, direkter und bedingter Vorsatz – der dreigliedrige Vorsatz im neuen Strafgesetzbuch). – Juridica, 2001, Nr. 7, S. 456 ff. (in estnischer Sprache).

[4] R. Narits. Õiguse entsüklopeedia (Enzyklopädie des Rechts). 2. erg. und verb. Aufl. Tallinn, 2002, S. 112 (in estnischer Sprache).

[5] Z. B. K. Platonov. Huvitav psühholoogia (Interessante Psychologie). Tallinn, 1968, S. 254 (in estnischer Sprache); J. Sõerd. Üldpsühholoogia konspekt I kursuse kadettidele (Skript Allgemeine Psychologie für Kadetten im 1. Jahr). Tallinn: Eesti Sisekaitse Akadeemia, 1993, S. 147 (in estnischer Sprache).

[6] Z. B. W. Wundt. Grundriss der Psychologie. 13. Aufl. Lepizig, 1918.

[7] V. Ivannikov. Psihhologitšeskie mehhanismy volevoi regulatsii. Moskau, 1991, S. 75.

2) dem Willen als „freie Wahl", d. h. als Behandlung des Willens nach den Motiven, Zielen und Tätigkeiten des Wählenden sowie
3) der Richtung der Selbstregulierung, bei der der Wille in Zusammenhang mit dem Verhalten eines Menschen und psychischen Prozessen untersucht wird.[*8]

Dieser Unterteilung kann noch eine weitere Untersuchungsrichtung hinzugefügt werden, die von amerikanischen Psychologen entwickelt wurde und bei der der Wille als eine Emotion angesehen wird. Die Unterteilung von V. Ivannikov hat dennoch höchst bedingt Bestandskraft. Die Mehrzahl derjenigen Psychologen, die den Willen erforscht haben, kann gleichzeitig mehreren Untersuchungsrichtungen zugeordnet werden. V. Ivannikov zeigt nicht die Grundlage seiner Einteilung auf.[*9] In groben Zügen kann dennoch die Erforschung des Willens in zwei große Zweige unterteilt werden:

1) in diejenige, die den Willen als eine psychische Erscheinung ablehnt und
2) in diejenige, die den Willen als eine selbständige psychische Erscheinung ansieht.

Im vorliegenden Beitrag wird zunächst ein Überblick über die aufgeführten beiden Richtungen gegeben. Anschließend werden zusammenfassende Schlussfolgerungen, die sich aus den Willensbegriffen sowohl für die Psychologie als auch die Rechtswissenschaft ergeben, gezogen.

1.1. Die Auffassung in der Psychologie, die den Willen als psychische Erscheinung ablehnt

Die angloamerikanische Psychologie unterscheidet sich besonders deutlich von der Psychologie insgesamt als eine Richtung, die den Willen als selbständige psychische Erscheinung verneint. Sie beschäftigt sich in der Regel nicht mit dem Willen als einer selbständigen in den Bereich der Psyche gehörenden Erscheinung.[*10] Als Antriebsquelle für menschliche Aktivität werden in der angloamerikanischen Psychologie vorherrschend Motive gesehen.[*11]

Skeptiker, die bezweifeln, dass Wille als ein selbständiges psychisches Phänomen existiert, sind dennoch auch unter den kontinentaleuropäischen Psychologen zu finden. Als Beispiel kann der bereits zitierte russische Psychologe V. Ivannikov aufgeführt werden, der der Ansicht ist, dass es eine derartige psychische Realität wie einen Willen nicht gibt. Nach seiner Meinung findet der Beginn einer vorbestimmten Tätigkeit bei einem Menschen durch Zusammenwirken von allen bekannten psychischen Prozessen (Denken, Erinnerung, Aufmerksamkeit, Vorstellung usw.) statt bzw. genauer als Ergebnis von Gehirn und Psyche als gesamtem Arbeitsvorgang.[*12] Nach V. Ivannikov findet die Erforschung des Willens in erster Linie dadurch statt, dass sich auf persönliche menschliche Erfahrungen, Empfindungen und Vorstellungen des Forschers selbst gestützt wird. Bis heute fehlt eine befriedigende methodische Basis hierfür.[*13] V. Ivannikov fasst den Willen allein als beschreibend und in großen Teilen eher als aus dem Alltagssprachgebrauch stammenden wissenschaftlichen Begriff auf. Er merkt an, dass es nicht möglich ist, das Wesen des Willens auszumachen, denn es handelt sich um einen von Wissenschaftlern in die Psychologie eingeführten Begriff zur Erläuterung von bestimmten Arten menschlichen Verhaltens. Deshalb ist er der Meinung, dass die Psychologie zu Erscheinungen und Realitäten menschlichen Verhaltens, die zur Entstehung des Willensbegriffes geführt haben, zurückkehren müsste. Nach Meinung von V. Ivannikov haben viele Studenten und auch Wissenschaftler vergessen, dass ein bestimmter Anteil von Begriffen nicht als Fachbegriffe, die auf psychische Realitäten verweisen, sondern als theoretische Konstruktionen in die Psychologie gelangt ist, mit deren Hilfe versucht worden ist, das Verhalten von Lebewesen zu erklären.[*14] Damit handelt es sich nach V. Ivannikov beim Willensbegriff nicht um eine psychische Erscheinung, sondern um ein theoretisch-philosophisches Problem.

Ein anderer anerkannter russischer Psychologe, A. Leontjev, tritt zwar nicht insgesamt wie V. Ivannikov der Behandlung des Willens als psychische Erscheinung entgegen. Vielmehr bevorzugt er es, die seelischen Mechanismen menschlichen Tätigwerdens in anderer Weise zu erklären, ohne hierfür den Willensbegriff zu verwenden.[*15] In ähnlicher Weise wie die angloamerikanischen Psychologen hält A. Leontjev Motive für

[8] Ders., S. 8–9.

[9] Ders., S. 9 – 27.

[10] Vgl. z. B. D. A. Bernstein u. a. Psychology. Boston, 1988; K. Haberlandt. Cognitive Psychology. Boston, 1994; D. G. Myers. Psychology. 4. Aufl. New York, 1995; M. Eysneck. Psychology. An integrated approach. New York, 1998.

[11] Z. B. R. S. Feldman. Understanding psychology. 2. Aufl. New York, 1990, S. 293.

[12] V. Ivannikov (Fn. 7), S. 122.

[13] Ders., S. 121.

[14] V. Ivannikov. Psihhologitšeskije mehhanismy volevoi regulatsii. Utšebnoje posobije. Moskau, 1998, S. 3–5 (Verweis: E. Ilijn. Psihhologija volii. Sankt Petersburg, 2000, S. 37–38).

[15] Z. B. A. Leontjev. Dejatelnost, soznanije, litšnost. Moskau, 1977, S. 101 ff.

die Grundlage menschlichen Handelns. Damit lässt sich sagen, dass in den Arbeiten von A. Leontjev eine indirekte Verneinung des Willens als selbständiger Begriff offenbar wird.

Will man nun anschließend auf die psychologischen Behandlungen, die den Willen für ein unabhängiges und reales psychisches Phänomen halten, dennoch zurückkommen, so ist Folgendes anzumerken: Dadurch, dass eine einhellige Definition des Willens fehlt, lässt sich die Bestimmung des Willensbegriffs in der Psychologie unweigerlich auf die Analyse der besonderen Konzeptionen reduzieren. Eine solche Annäherungsweise ist auch in vielen Monografien auf dem Gebiet der Psychologie, die den Willen abhandeln, zu Grunde gelegt worden.[*16] Im Folgenden wird im Interesse der Kompaktheit zunächst eine Übersicht über diejenigen wichtigsten Theorien gegeben, die von denjenigen Psychologen vertreten werden, die den Willen als selbständige psychische Erscheinung ansehen. Hierbei wird der Versuch unternommen, alle verbreiteteren Richtungen in der Psychologie abzudecken und die wesentlichsten Kennzeichen des Willens zusammenzufassen.

1.2. Die Auffassung in der Psychologie, die den Willen als selbständige psychische Erscheinung auffasst[*17]

Zum Gründer der Psychologie als eines selbständigen Wissenschaftszweiges wird allgemein der Deutsche W. Wundt (1832–1920) gehalten. W. Wundt war auch einer der ersten Psychologen, der das Wesen des Willens erforscht hat. Nach seiner Auffassung sind Emotionen Grundlage menschlichen Verhaltens, womit auch alle menschlichen Wahrnehmungen und Ideen verbunden sind. Emotionen leiten die gesamte menschliche Psyche, wobei sie auch das Verhalten des Menschen bestimmen, denn das Verhalten als Reaktion ist stets auf die Befriedigung von Emotionen gerichtet. Emotionen sind weder mit intellektuellen Prozessen noch mit der Vorstellung über das zu erreichende Ziel verbunden, sondern existieren unabhängig hiervon.[*18] Nach der Auffassung von W. Wundt erschließt sich das Wesen des Willens aber komplexer in der Wahl bisweilen auch zwischen widerstrebenden Emotionen (Impulsen). Dies heißt also in Situationen, in denen das menschliche Handeln verzögert wird, denn der Mensch zweifelt. Eine solche Wahl löst gerade **Wille** als der letztlich Entschließende, und wenn er sich in seiner höchsten Form offenbart, – als **Willkür**. Die Antwort auf die Frage, wie die Wahl des Willens getroffen wird, verbirgt sich nach W. Wundt in der Stärke einer konkreten Emotion. Mit anderen Worten: wenn der Wille letztlich zusammenfassend einer Emotion nachgegeben hat, dann tat er dies darum, weil die entsprechende Emotion den höchsten energischen Einfluss ausgeübt hat.[*19] Hiernach sieht W. Wundt den Willen als besonderen Prozess, der parallel zu den Emotionen verläuft.

In der heutigen Bedeutung hat W. Wundt seine Willenskonzeption zu Motiven, die menschliches Verhalten determinieren, aufgestellt. Nach seiner Theorie handelt es sich beim Willen um einen Wähler von Verhaltensweisen. Dennoch bleibt dasjenige, auf welche Weise der Wille seine übliche Aufgabe erfüllt, auf Grundlage der Behandlung von W. Wundt ohne Erklärung. Dies deshalb, weil zusammenfassend die Intensität eines konkreten Motives nach der Auffassung von W. Wundt das Verhalten bestimmt. Bei der beschriebenen Theorie gilt der Gesichtspunkt als eigenartig, dass nämlich anders als die Konzeptionen, die weiter unten behandelt werden, W. Wundt einen Zusammenhang von Willen und Bewusstsein vollkommen verneint. Da Entstehungsgründe für Motive nicht bekannt sind und deren Erklärung nach Meinung von W. Wundt für einen Psychologen nicht angemessen ist, handelt es sich bei Willen um eine Erscheinung, die sich aus Motiven ergibt und damit nicht um einen wissentlichen Prozess. Indem auf diese Weise die Selbständigkeit des Willens betont wird, kann man die Willenskonzeption von W. Wundt auch als voluntativ bezeichnen. Nimmt man den Annäherungsweg an das psychologische Wesen des Willens von V. Ivannikov als Grundlage, so kann die Theorie von W. Wundt unter die Forschungsrichtung der Motivation des Willens gefasst werden.

Deutlich ausführlicher hat sich der deutsche Psychologe N. Ach (1871–1946) in seinen Arbeiten bemüht, das Wesen des Willens zu erklären. N. Ach hat erstmalig auch begonnen den Willen experimentell zu erforschen, wobei er als Hauptfunktion des Willens die Überwindung von Schwierigkeiten gesehen hat. N. Ach hat eine der ersten Konzeptionen von Willensstruktur aufgezeigt, wobei er zwei primäre Willensakte unterschieden hat – Phänomenologie und Dynamik.[*20] Was die phänomenologische Seite anbetrifft so unterscheidet N. Ach wiederum vier Merkmale:

---

[16] Z. B. V. Ivannikov (Fn. 7), S. 8 ff.; E. Iljin. Psihhologija volii. Sankt Petersburg, 2000, S. 10 ff.

[17] Obwohl die Willenstheoretiker im Verlauf der Jahre in der Psychologie äußerst viel hervorgebracht haben, wird sich in diesem Abschnitt auf diejenigen beschränkt, die für die Rechtswissenschaft am meisten von Interesse sind.

[18] W. Wundt (Fn. 6), S. 223 und 228.

[19] Ders., S. 224–226.

[20] N. Ach. Über den Willensakt und das Temperament. Leipzig, 1910, S. 237.

1) den Aspekt, sich etwas vorzustellen (die Anerkennung der Anspannung);
2) den Aspekt der Mittel (die Vorstellung vom Ziel und dessen Beziehung zu den Mitteln);
3) den aktuellen Aspekt (die innere Beschäftigung) sowie
4) den Aspekt des Zustands (das innere Durchleben von Schwierigkeiten).

Die dynamische Seite des Willensaktes besteht aus Willensrealisierung bzw. Verhalten. Nach der Auffassung von N. Ach verbirgt sich das Wesen des Willensaktes darin, wie sich ein Mensch im Bewusstsein in Beziehung zu einer Tätigkeit bringt: „Ich schaffe es!“*[21]. Hierbei ist es interessant anzumerken, dass im Unterschied zu einigen späteren psychologischen Arbeiten N. Ach das Entschließen nicht als Funktion des Willens, sondern des Verstands ansieht.*[22] Im Verhältnis von Willen und Motiven vertritt N. Ach den Standpunkt, dass obwohl der Wille in enger Weise mit Motiven verbunden ist, er sich mit diesen dennoch nicht deckt: nach seiner Meinung bestimmt ein Motiv das menschliche Verhalten allgemein, dagegen begrenzt dies der Wille in konkreter Weise.

Kommt man von der deutschen zur russischen Psychologie, dann hat S. Rubinstein (1889–1960) die Willensstruktur behandelt. Indem alle psychischen Erscheinungen als Prozesse behandelt werden*[23], so sieht S. Rubinstein auch den Willen als solchen. Hierbei unterscheidet er einfachere und schwierigere Formen von vom Willen gesteuerter Tätigkeit. Im Fall eines einfacheren Willensakts geht der Beweggrund einer mehr oder weniger bewusst vorbestimmten Tätigkeit (Impuls) nahezu unmittelbar in eine Tätigkeit über, ohne dass dies einen komplizierteren und längerfristigeren bewussten Prozess erfordern würde. Das Wesen schwierigerer Willensakte (in deren spezifischeren Ausprägungen) aber ist ein komplizierter bewusster Prozess zwischen Impuls und Tätigkeit. In einem solchen Fall setzt eine Tätigkeit voraus, dass deren Folgen eingeschätzt werden, sich der Motive bewusst gemacht wird, eine Entscheidung getroffen wird, ein Umsetzungsplan entstehen muss sowie ein Handlungsplan ausgearbeitet wird. Hieraus folgernd unterscheidet S. Rubinstein bei den schwierigeren Willensakten vier grundlegende Stadien bzw. Phasen:

1) die Entstehung eines Impulses und eine anfängliche Bestimmung von Zielen;
2) das Abwägen und der Wettstreit der Motive;
3) der Entschluss sowie
4) die Durchführung.*[24]

S. Rubinstein merkt an, dass jede echte und willentliche Tätigkeit ihrerseits eine Wahl darstellt, die eine bewusste Wahl und einen bewussten Entschluss beinhaltet*[25]. S. Rubinstein betont hierbei, dass es sich beim Willen auf einem höheren Niveau nicht schlicht um eine Ansammlung von Wünschen handelt, sondern deren gewisse Organisation. Hierbei wird es dem Menschen ermöglicht, sein Verhalten auf Grundlage allgemeiner Prinzipien, Überzeugungen und Ideen zu regeln. Hierfür wird eine Selbstkontrolle des Willens, also die Fähigkeit, sein Verhalten zu steuern, verlangt.*[26]

Den Theorien von N. Ach und S. Rubinstein ist gemeinsam, dass die Betrachtung des Willens ein Prozess mit mehreren Etappen ist, der eng mit intellektuellen Aspekten des Bewusstseins verbunden ist. Im Unterschied zu W. Wundt stehen sie auf dem Standpunkt, dass der Wille immer eine Vorstellung von den Zielen und Folgen voraussetzt, weshalb es nicht möglich ist, den Willen als von Denken und Erinnerung getrennt zu behandeln. Sowohl N. Ach wie auch S. Rubinstein sehen die einzige Funktion des Willens darin, dass dieser eine Wahl trifft. Dennoch gelingt es ihnen nicht, den psychischen Mechanismus dieser Wahl zu erklären. Letzteres aber hat einer der wohl bekanntesten russischen Psychologe L. Vygotski in seinen Arbeiten erforscht.

Für den Begründer der historischen Schule der Psychologie wird L. Vygotski (1896–1934) gehalten. Seine Theorie geht von der Vorstellung aus, dass ein durch Kultur und Geschichte entstandenes Zeichensystem als Grundlage für höhere psychologische Prozesse des Menschen dient.*[27] Nach der Betrachtung von L. Vygotski werden die höheren psychischen Funktionen bei einem Menschen deshalb herausgebildet und entwickelt, weil der soziale Kontext die psychische Tätigkeit eines Menschen vermittelt.*[28] Nach der Theorie von L. Vygotski findet der gewöhnliche soziale Austausch mit Hilfe von Zeichen – Worten – statt. Mit deren Gebrauch als spezifischem psychischen Regulator sind alle höheren psychischen Funktionen des Menschen wie Wahrnehmung, Erinnerung und Willen aufgebaut.*[29] So sind auch nach L. Vygotski Wesen und Entstehung

[21] Ders., S. 247–249.

[22] Ders., S. 3.

[23] M. Jenikejev. Obštšaja i juriditšeskaja psihhologija. Tšast I. Obštšaja psihhologija. Moskau, 1996, S. 51.

[24] S. Rubinštein. Osnovy obštšei psihhologii. 2. Band. Moskau, 1989, S. 190.

[25] Ders., S. 191.

[26] Ders., S. 193.

[27] P. Tulviste. Mõtlemise muutumisest ajaloos (Über die Änderung des Denkens in der Geschichte). Tallinn, 1984, S. 28 (in estnischer Sprache).

[28] M. Jenikejev (Fn. 23), S. 49.

[29] Ders.

des Willens mit dem Zeichensystem bzw. Gebrauch von Wörtern bei den höheren psychischen Prozessen des Menschen untrennbar miteinander verbunden.

Der Wille hat nach L. Vygotski drei grundlegende Kennzeichen:

1) die Überwindung von Hindernissen;
2) die Unabhängigkeit von tatsächlichen bzw. äußeren Reizen (Stimuli) sowie
3) die Beherrschung neuro-psychischer Prozesse durch den Menschen selbst und deren Unterwerfung unter die persönlichen Ziele (Verbindung mit dem Zentrum der Persönlichkeit, dem Ich).[*30]

L. Vygotski betont, dass alle drei aufgezählten Merkmale von ihrem Wesen her untrennbar miteinander verbunden sind und zusammengehören.[*31] Dadurch, dass der russische Wissenschaftler im Unterschied zu den vorgehend behandelten Psychologen auch die Grundlagen für die Willensentstehung erläutert, wird die Theorie von L. Vygotski interessant. Während er zusammen mit A. Luria (1902–1977) den Einfluss von Zeichen und Symbolen auf Kinder erforscht hat, ist L. Vygotski zu der Schlussfolgerung gelangt, dass die psychische Entwicklung eines Menschen mit dem Erwerb der Sprache im Vergleich zu anderen Lebeweisen qualitativ eine neue Ebene erreicht.[*32] Nach Meinung der russischen Wissenschaftler ermöglicht es die Sprache als Zeichensystem, dem Menschen Dinge getrennt von deren gegenständlichen Kontext zu behandeln, was unter dem Gesichtspunkt von Denken und Willensbildung außerordentlich wesentlich ist.[*33] Die einzig dem Menschen gegebene verbale Rede ermöglicht es, in der Außenwelt vorkommende Dinge durch Zeichen (Worte) zu bestimmen. Dies wiederum ermöglicht es dem Menschen bei der Problembewältigung auch direkten Kontakt zu einer Sache zu haben ohne diese zu besitzen (z. B. ermöglicht uns der Begriff „Stein", uns mit der gedanklichen Bewältigung eines mit irgendeinem Stein verbundenen Problems zu beschäftigen; dies sogar dann, wenn wir keinen konkreten Stein dauerhaft vor Augen haben). Damit ermöglicht die Existenz von Rede nach L. Vygotski dem Menschen, seine zukünftige Tätigkeit gedanklich vorherzuplanen, indem der Wille als Gestaltungsfunktion in die Psyche eingeht.

Nach L. Vygotski ist das Wesen willentlichen Verhaltens auf zweierlei Art unterteilbar: zunächst in das Vorhandensein von Mechanismen zur Durchführung einer Absicht, die von momentanen äußeren Reizen (Stimuli) unabhängig ist. Zweitens gibt es den Umstand, dass ein solcher Mechanismus seinerseits Antrieb für einen entsprechenden Verhaltensakt ist. Beide fehlen vollständig bei Verhalten, das von einem Impuls natürlicher Bedürfnisse angetrieben wird und in welchem Fall die Motorik untrennbar mit der unmittelbaren Wahrnehmung verbunden ist. Danach ist willentliches Verhalten nach der Betrachtung von L. Vygotski in die Zukunft gerichtetes Planen einer Tätigkeit, wobei es sich um Verhaltenswahl durch Vermittlung von Worten handelt.[*34]

L. Vygotski stimmt nicht mit der traditionellen Willensdefinition überein, nach der ein solches Verhaltens als willentlich behandelt wird, das nicht primär oder sekundär automatisch ist (instinktiv oder gewohnheitsmäßig). Dies deshalb, weil in der Psychologie Bestätigung dafür gefunden worden ist, dass zusätzlich zu den bezeichneten zwei Verhaltensarten noch eine dritte vorkommt, die weder automatisch noch willentlich ist. Darum bietet L. Vygotski eine vollkommen neue Definition für willentliches Verhalten an, nach der es dann sich um willentliches Verhalten handelt, wenn dieses Verhalten mit Hilfe von Stimuli aus Zeichen gesteuert wurde.[*35]

Am Wesen des Willens haben sich auch estnische Psychologen aufgehalten, die den Willen als Teil menschlicher Selbstregulierung sehen. Zum Beispiel kann nach T. Bachmann und R. Maruste menschliche Aktivität von der Besonderheit der Selbstregulation von Tätigkeit ausgehend als impulsiv oder willentlich eingeteilt werden. Im Fall impulsiven Verhaltens folgt der Mensch primär einem Antrieb, Forderungen eines Motivs oder einer Situation. Dies tut er ohne hierbei die Bedeutung des Impulses, die Berechtigung sowie die Konsequenzen, die sich aus der Tätigkeit ergeben, näher zu analysieren. Hiergegen werden sich bei der willentlichem Variante bei überwiegend bewusst gemachtem Verhalten die Ziele des Handelns und die Bedingungen und Wege, die zum Erreichen der Ziele erforderlich sind, mehr oder weniger klar vorgestellt. Obwohl willentliche und impulsive Tätigkeit miteinander eng verflochten sind, ist für das menschliche Verhalten dennoch ein willentliches Verhalten typisch. Der Wille bringt die Motive in eine hierarchische Ordnung (wählt zwischen diesen aus) und unterwirft sie einem Ziel, was hiermit zur Grundlage für die menschliche Selbstkontrolle wird. T. Bachmann und R. Maruste bestimmen den Willen als bewusste Selbstregulation, auf deren Grundlage psychische Aktivität gerichtet ist.[*36]

---

[30] Iz zapisny knižek L. S. Vygotskovo. – Vestnik Moskovskovo universiteta, 1977, Nr. 2, April–Juni, S. 91–92.

[31] Ders.

[32] L. Vygotski, A. Luria. Tool and symbol in child development. – R. van der Veer, J. Valsiner. The Vygotski Reader. Cambridge, Massachusetts, 1994, S. 104.

[33] Ders., S. 110–111.

[34] Ders., S. 134.

[35] Ders., S. 135.

[36] T. Bachmann, R. Maruste. Õiguspsühholoogia alused (Grundlagen der Rechtspsychologie). III. Teil. Tartu, 1989, S. 40–41 (in estnischer Sprache).

Schließlich hält sich der Autor des vorliegenden Beitrags noch bei der emotionalen Behandlung des Willens auf, die von dem Verständnis ausgeht, dass das gesamte bewusste menschliche Verhalten auch willentlich ist. Aus diesem Grund wird der Wille als Ergebnis der Vorstellung eines Menschen aufgefasst, die bei einem sich Verhaltenden das Gefühl hervorruft, dass Handeln eher von dessen eigenen widersprüchlichen Entschlüssen als von äußeren Ursachen ausgeht. Als zeitgenössisches Beispiel für die emotionale Untersuchungsrichtung kann die Willenstheorie der amerikanischen Psychologen D. M. Wegner und T. Wheatley gebracht werden. Hiernach kann von willentlicher Erfahrung dann die Rede sein, wenn der Mensch seinen Gedanken als Grund (*cause*) eigenen Verhaltens auslegt. Hieraus folgernd bringen D. M. Wegner und T. Wheatley drei Quellen für bewussten Willen an:

1) Priorität (*priority*),
2) Schlüssigkeit (*consistency*) und
3) Exklusivität (*exclusivity*).[*37]

Priorität als Willensquelle bedeutet, dass von Willen dann gesprochen werden kann, wenn ein menschlicher Gedanke dem Handeln zeitlich unmittelbar vorausgeht. Ein Gedanke, der einer Tätigkeit zeitlich zuviel vorausgeht, ebenso ein Gedanke, der einer Tätigkeit folgt, verursachen bei einem Menschen keine Willenserfahrung. Nach Meinung der amerikanischen Wissenschaftler ist zur Erfahrung von willentlichem Verhalten erforderlich, dass ein Gedanke einem Verhaltensakt einige Sekunden vorausgeht.

Bei Schlüssigkeit halten sich D. M. Wegner und T. Wheatley vor Augen, dass ein Gedanke mit Tätigkeit in Übereinstimmung sein muss: Eine Willenserfahrung realisiert sich, wenn sich ein Mensch so verhält, wie er dies vorher gedanklich geplant hat. Hiergegen wird eine Willenserfahrung nicht gemacht, wenn sich ein Mensch anders verhält, als er dies vorher gedanklich geplant hat (z. B. könnte man annehmen, dass sich eine Billardkugel, die durch den Stoß einer anderen bewegt worden ist, durch den Antrieb in eine Richtung bewegt, die im Widerspruch zu den Gesetzen der Physik steht.).

Exklusivität als Willensquelle bedeutet, dass ein Gedanke einziger scheinbarer Grund für eine Handlung sein muss. Eine Willenserfahrung entsteht nicht, wenn als Gründe für eine Tätigkeit außer Gedanken weitere scheinbare Faktoren auftreten.[*38]

2. Zusammenfassung der Willenstheorien in der Psychologie und Folgerungen hieraus für das Strafrecht

Auf Grundlage des Vorgenannten können mehrere wesentliche Schlussfolgerungen gezogen werden. Dies zunächst hinsichtlich der psychologischen Bestimmung des Willens und auf dieser Grundlage auch für die Strafrechtswissenschaft. Zunächst ist einzugestehen, dass es in der Psychologie nicht gelungen ist, einen eindeutigen und allgemein akzeptablen Begriff für den Willen herauszuarbeiten. Umso mehr: In der Psychologie fehlt es an einer gemeinsamen Auffassung hinsichtlich der Frage, ob der Wille als selbständige psychische Erscheinung überhaupt existiert oder ob es sich eher um eine philosophische Konstruktion handelt, die im Verlauf des Herauswachsens der Psychologie aus dem Wissenschaftsgebiet der Philosophie hierhin gelangt ist. Sich zugunsten des letzten Standpunkts zu äußern, verlangt auch der folgende Umstand: Diejenigen Autoren, die den Willen als selbständige psychische Erscheinung betrachten, sind im Allgemeinen unfähig, den psychischen Entstehungsmechanismus und die Wirkungsweise des Willens zu erschließen. Als einzige Ausnahme lässt sich hier die Willenstheorie von L. Vygotski hervorheben, die die Entstehung des Willens und dessen Wesen über das Zeichensystem erklärt.

Bemüht man sich dennoch, die vorgehend beschriebenen psychologischen Behandlungen des Willens auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen, so könnte dieser eine **Auswahl an Verhaltensmöglichkeiten** sein. Letzteres, wenn man die zuletzt betrachtete emotionale Behandlung des Willens durch amerikanische Psychologen außer Betracht lässt. Die Autoren der betrachteten Werke stimmen auch dahingehend überein, das es sich bei Willen um eine bewusste psychische Aktivität handelt, deren Inhalt die Analyse einer Situation und das Treffen von Entscheidungen ist bzw. das Eingehen eines Menschen auf die Frage, ob sich in der einen oder aber anderen Weise verhalten werden soll. Ein willensgesteuertes Verhalten verlangt vom Menschen, dass dieser sein Verhalten plant. Als solches versteht neben der Psychologie auch die heutige Psychiatrie das Wesen des Willens. So bestimmt zum Beispiel der estnische Psychiater J. Saarma den Willen als Analyse eines bewussten Zustands und als Entschlussfassung.[*39] Nach J. Saarma handelt es sich bei Willen um psychische Aktivität, die sich in zielstrebiger und zielgerichteter Tätigkeit des Menschen offenbart.[*40]

[37] D. M. Wegner, T. Wheatley. Apparent mental Causation. Sources of the experience of will. – American Psychologist, 1999, S. 480.

[38] Ders., S. 484–486.

[39] J. Saarma. Psühhopatoloogia (Psychopathologie). Tartu, 2000, S. 206 (in estnischer Sprache).

[40] Ders., S. 207.

Gleichsam ist es nicht schwierig zu bemerken, dass diejenige Auffassung vorherrschend ist, nach der sich der Wille im Verlauf eines Entscheidungsprozesses bildet, an dem auch das Wissen aktiv teilnimmt. Als willensgesteuert wird solches Verhalten angesehen, das vom Menschen stets eine gedankliche Planung seiner Tätigkeit verlangt. Hieraus wird direkt ersichtlich, wie künstlich die vom Standpunkt der Psychologie in der Strafrecht übernommene bipolare Unterteilung menschlichen psychischen Verhaltens in intellektuell und willensgesteuert ist: Der Mensch richtet sein Verhalten anhand der Vermittlung des Bewusstseins aus und hieran nehmen alle bekannten psychischen Erscheinungen wie Wahrnehmung, Erinnerung, Denken usw. teil.

Für eine Behandlung des Willens als Emotion spricht aber der Umstand, dass diejenigen Betrachtungen unter dem Gesichtspunkt der Motivation wie auch diejenigen, die sich auf die Selbstregulierung stützen, den Willen als psychischen Prozess sehen. Hierin spielt das Wissen eines Subjekts, in der Zukunft angestrebte Ziele zu erreichen, die Hauptrolle. Dieses setzt den Willen mit einer anderen bekannten psychischen Erscheinung, nämlich der Vorstellung, nahezu gleich. Aus diesem Aspekt heraus bleibt für den Willen allein die Funktion einer Initiative zur Aktivität, was bedeutet, dass sich in der Wirklichkeit der Wille in einer Handlung eines Menschen offenbart. Auf die Frage, ob ein menschliches Verhalten von einem Willen getragen wird oder nicht, ist es erst nach einem entsprechenden Verhaltensakt möglich zu antworten, denn bis zu diesem Zeitpunkt handelt es sich allein um menschliche Vorstellung von möglichen Verhaltensweisen. Eine solche Ansicht hat tatsächlich auch schon im Strafrecht Anerkennung gefunden, sie ist nämlich Inhalt der finalen Tatlehre[*41]. Die Herangehensweise der amerikanischen Psychologen an den Willen hat den psychologischen Aspekt aber hiermit begründet, wobei die Bedeutung der emotionalen Komponente bei der Bildung willensgesteuerten Verhaltens betont wird.

Verallgemeinernd lässt sich dennoch sagen, dass es eine klar verfolgbare Tendenz in der modernen kognitiven Psychologie gibt, von der Betrachtung des Willens als psychischer Erscheinung Abstand zu nehmen. Dies bedeutet, dass immer mehr begonnen wird, die in der Willensrubrik betrachteten Erkenntnisprozesse im Rahmen anderer allgemein anerkannter psychischer Prozesse wie Erinnerung, Wahrnehmung, Denken usw. zu behandeln. Es gibt Grund zu der Annahme, dass diejenige Herangehensweise an den Willen in der Psychologie zunehmend Gültigkeit erlangt, die den Willen als aus der Philosophie in die Psychologie übernommene Kategorie ansieht, wofür die moderne Psychologie eine tatsächliche psychische Entsprechung nicht sieht. Der Autor des vorliegenden Beitrags ist der Meinung, dass unter Berufung auf die Forschungen heutiger Psychologen behauptet werden kann, dass Wille als selbständiger psychischer Prozess nicht existiert: der Wille realisiert sich immer in der Handlung eines Menschen und bis zu einem konkreten Verhaltensakt handelt es sich nur um eine seelische Vorstellung des Menschen von möglichen Verhaltensvarianten, die durch Vermittlung des Gedächtnisses für die Zukunft entstehen. Eine solche Auffassung unterstützt auch die Mehrzahl der oben behandelten Betrachtungen unter dem Gesichtspunkt der Motivation und der selbstregulierenden Psychologie, deren gemeinsamer Zug die Erschließung des Willens über das Festlegen und Planen von Zielen sowie über die Planung von Tätigkeit ist.

Schließlich sollen die Entdeckungen der Psychologie in der letzten Zeit, die von Fachleuten bei Forschungen auf dem Gebiet der bewussten und unbewussten psychischen Prozesse gemacht worden sind, nicht unerwähnt bleiben. Die amerikanischen Psychologen J. A. Bargh und T. L. Chartrand bestimmen einen ins Bewusstsein gerufenen seelischen Prozess (*conscious mental process*) als pychischen Akt, dessen Existenz uns bewusst (*aware*) ist. Dieser ist in unsere Vorhaben eingeschlossen, verlangt zur Verwirklichung Kraftanstrengung und ist kontrollierbar. Als Beispiel für zwei Typen von Tätigkeiten, die nicht ins Bewusstsein gerufen wurden bzw. die im Unterbewusstsein stattgefunden haben, bringen sie die Umsetzung der sogenannten erlernten Verhaltensweisen und die Speicherung der außerhalb der Wahrnehmung bleibenden Information im Gedächtnis an.[*42] Tatsächlich aber hat in der Psychologie schon vor einiger Zeit die Tatsache Bestätigung gefunden, dass nicht nur die Umsetzung erlernten Verhaltens und auch die Speicherung der außerhalb der Wahrnehmung bleibenden Information im Gedächtnis, sondern auch die Mehrzahl der alltäglichen Verhaltensakte eines Menschen unterbewussten psychischen Prozessen unterworfen sind.[*43] Inhaltlich bedeutet dies, dass Menschen in der Regel unterbewusst handeln, ohne dass sie sich also die tatsächlichen Grundlagen ihres Verhaltens klar machen. Versuche auf dem Gebiet der Entscheidungsprozesse der menschlichen Psyche haben empirisch bestätigt, dass die Verhaltensregulierung, d. h. die Entscheidung zwischen mehreren zukünftigen Verhaltensweisen, als ein Prozess stattfindet, bei dem die unterbewusste Komponente weit überwiegt. Es hat der Umstand Bestätigung gefunden, dass es dem Menschen noch nicht gelingt, sich die Wahl zwischen mehreren möglichen Verhaltensweisen bewusst zu machen, wenn im Unterbewusstsein schon eine Entscheidung zugunsten einer konkreten Verhaltensweise getroffen worden ist. Durch Versuche ist der Beweis erbracht worden, dass eine Entscheidung im Unterbewusstsein zugunsten einer konkreten Verhaltensweise zwar lediglich 550 Millisekunden, bevor eine Frage in das menschliche Bewusstsein gelangt ist, gefällt wird

[41] H. H. Jescheck, Th. Weigend. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin, 1996, § 22, V, 1.

[42] J. A. Bargh, T. L. Chartrand. The unbearable automaticity of being. – American Psychologist, 1999, S. 463–464.

[43] Ders., S. 464; M. Velmans. Is human information processing conscious? – Behavioral and Brain Sciences, 1991, S. 652–666.

(dies wird anhand der Änderung des negativen elektrischen Potenzials im menschlichen Gehirn gemessen)[*44], dennoch hat eine solche empirische Erkenntnis das Verständnis, dass der Mensch vornehmlich in bewusster Form handelt, unbestreitbar in heftiger Weise erschüttert.

Welche könnten letztendlich die Schlussfolgerungen sein, die sich aus den psychologischen Behandlungen des Willens für das Strafrecht ergeben? Hier soll nur eine wesentliche Schlussfolgerung gezogen werden: In der Rechtswissenschaft als Ganzes, insbesondere aber im Strafrecht, dominiert nämlich das Verständnis vom vernünftigen Menschen. Der deutsche Rechtswissenschaftler W. Platzgummer hat einmal behauptet, dass die Juristen zu sehr geneigt sind, von der rationalen und intellektuellen Psychologie auszugehen. Außerdem haben diese auch die Gewohnheit, in Kategorien der „Bewusstseinspsychologie“ zu denken. Nach dieser Auffassung wird zum Beispiel im Strafrecht allein eine bewusste und gewollte strafbare Handlung als Delikt angesehen, wobei vorausgesetzt wird, dass jedes Verhalten final gesteuert wird und dessen Motiv eine Vorstellung von Zweckmäßigkeit ist.[*45] Die wissenschaftlichen Erkenntnisse der Psychologie in den letzten Jahrzehnten aber gehen dahin, etwas völlig Gegensätzliches zu bestätigen. Hiernach könnte und sollte gerade auch die Rechtswissenschaft so viel wie möglich die Erkenntnisse der heutigen Psychologie berücksichtigen und auf zu sehr lebensfremde und strenge Anforderungen verzichten. Im Strafrecht könnte dies beispielsweise bedeuten, dass auf den Vorsatzbegriff mit dessen bisherigen Vorsatzinhalt verzichtet wird und begonnen wird, diesen durch einen neuen Vorsatzbegriff zu ersetzen, der dem heutigen Verständnis von der menschlichen Psyche gerecht wird.

[44] M. Velmans (Fn. 43), S. 658.

[45] W. Platzgummer. Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Wien, 1964, S. 36–37.

Norman Aas

LL.M. (Greifswald)

Massenmedien und die Strafrestaussetzung zur Bewährung:

Empirische Untersuchung der massenmedialen Darstellung von der bedingt-vorfristigen Entlassung in Estland

1. Vorwort

Die Diskussion um die „Innere Sicherheit“ ist in Estland in den letzten Jahren zu einem zentralen Thema der Medien und in der Innenpolitik geworden. Steigende Kriminalität, grausame Straftaten, die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung[*1] und Mangel an Gefängnisplätzen sind Tagesthemen. Dies ist einerseits eine Chance, für die zunehmenden Probleme der Strafvollstreckung mehr Verständnis zu finden und auch die nötigen Mittel zu erhalten, um wirkungsvoll reagieren zu können. Anderseits gerät das Strafrecht dadurch auch vermehrt in Spannungsfelder der Parteipolitik und der öffentlichen Meinung. Es zeigt sich dabei mit aller Deutlichkeit, daß die Erwartungen an die Strafen uneinheitlich sind und der gesetzliche Auftrag an die Strafvollstreckung höchst unterschiedlich interpretiert wird.

Heute, wenn das estnische Bewährungshilfesystem den fünften Geburtstag feiert, ist die angemessene Zeit auf Geburtswehen dieses Systems zurückzublicken, weil nur selten läßt sich die öffentliche Meinung bezüglich der Strafvollstreckung so überschaubar und konzentriert analysieren, wie im Fall der Einsetzung des Bewährungshilfesystems.[*2] Innerhalb kürzester Zeit mußte der Öffentlichkeit die Umwandlung von der notwendigen Sozialarbeit zur Beihilfe zur Begehung der Straftaten vermittelt werden.

In dieser Arbeit wird anhand der 111 von 01.01.1995 bis 31.05.2000 in den beiden größeren estnischen Tageszeitungen – Estnische Tageszeitung (im folgenden EPL) (56 Aufsätze) und Postmann (im folgenden PM) (55 Aufsätze) – erschienenen Aufsätze, welche die vorfristige Entlassung der Gefangenen und die Reform des Sanktionensystems behandelten, zu zeigen sein, welche Rolle die Berichterstattung über die

[1] Im folgenden wird der estnische Begriff „die bedingt-vorfristige Entlassung“ benutzt.

[2] Im folgenden wird der estnische Begriff „die Kriminalpflege“ benutzt.

Strafrestaussetzung im Rahmen der allgemeinen massenmedialen Informationsverarbeitung zum Thema Kriminalität einnimmt und welcher Mechanismen sich Massenmedien bedienen, um die Aufgabe von Gestaltung der öffentlichen Meinung wahrzunehmen. Anderseits wird zu versuchen sein, die Schwierigkeiten herauszubringen, die mit der Umorientierung der öffentlichen Meinung dem liberalen und spezialpräventiven Strafrecht verbunden sind.

2. Medienkriminalitätsdarstellung und ihre Wirkungen

Das Wissen bestimmt die Auseinandersetzung der Menschen mit ihrer Umwelt und ihr soziales Handeln, es entsteht in den verschiedenen Handlungsfeldern, in denen Individuen ihre Erfahrungen machen. Dabei lassen sich, zumindest theoretisch, zwei Ebenen des Wissenserwerbs voneinander unterscheiden. Bewußtseinsbildung vollzieht sich zum einen in den täglichen Erfahrungen der Menschen innerhalb ihrer sozialen Schichten und Gruppen.[*3] Die unmittelbaren konkreten Erfahrungen der Lebens- und Arbeitsbedingungen, sowie der Austausch mit anderen, beeinflussen das Wissen über Kriminalität und Kriminalitätskontrolle. Gesamtgesellschaftliches Wissen wird demgegenüber durch Normvermittlungs- und Kontrollinstanzen – wie z. B. Schulen, Gewerkschaften, Polizei – interpretiert. Massenmedien können in diesem Rahmen als die Instanz angesehen werden, die Normen der Gesellschaft umfassend ohne Beschränkung auf bestimmte Schichten und Gruppen vermittelt. Massenmedien wirken damit als Sozialisationsinstanzen, die innerhalb der Gesellschaft Kriminalität definieren.[*4]

Die Massenmedien schildern abweichende Verhaltensweisen, um den Konsumenten zu vermitteln, welches Verhalten erwünscht ist. Sie stellen somit eine Instanz gesellschaftlicher Konsensbildung und -sicherung dar. Anderseits werden durch diese Darstellung unerwünschter Verhaltensweisen die normativen Grenzen der Gesellschaft festgelegt. Neben der Verdeutlichung, daß Abweichung sanktioniert werde – sich Straftaten folglich nicht lohnen – liegt der Sinn der Darstellung auch darin, den Medienkonsumenten in seinem gesellschaftlichen Verhalten zu bestärken. Die beiden oben erwähnten Funktionen kann man dadurch zusammenfassen, daß man den Massenmedien die Funktion zuweist, mittels der Berichterstattung über Abweichung der Wiederherstellung von Normalität und der Bestätigung des status quo zu dienen.[*5]

Berichterstattung über Kriminalität ist aber nicht objektiv.[*6] Selbst wenn die Berichterstattung im jeweiligen Einzelfall alle Fakten objektiv wiedergeben würde, so entspräche doch die Darstellung der gesamtgesellschaftlichen Kriminalität nicht der Realität. Die Medien sind gezwungen, aus der enormen Vielzahl von Informationen auszuwählen, was der Leser erfährt und was ihm verschwiegen wird. Mangelnde Objektivität resultiert damit insbesondere aus der Selektivität der Informationswiedergabe.[*7]

Im Mittelpunkt „öffentlicher Kriminalität" stehen ausgewählte Einzelfälle. Die Selektion erfolgt unter dem Gesichtspunkt einer Eskalationsneugier, die ständig nach neuen Gefahren und neuen Qualitäten der Bedrohung sucht, während deeskalierende Erscheinungen unbeachtet bleiben.[*8] Über allem steht der Zug zum Sensationellen. Dementsprechend konzentrieren sich die Medien auf die Gewaltkriminalität. Der soziale Zusammenhang wird selten thematisiert. Die komplexe Realität wird vielmehr auf den einfachen Nenner „Gut" oder „Böse" gebracht. Der Straftäter erscheint als der grundlegend Andere, der Außenseiter, Gegner, gar als der Feind des normalen Bürgers.[*9]

Durch einseitige, verzerrende Darstellungen entsteht in der Öffentlichkeit ein falsches, dramatisiertes, realitätsfernes und klischeehaftes Bild von der Kriminalität und deren Bekämpfung. Häufige Berichterstattung über spezifische Delikte vermittelt den Eindruck stark zunehmender Kriminalitätsraten, führt zu großer Fehleinschätzung und erzeugt überzogene Angstgefühle vor Gewaltkriminalität. Doch auch sachliche Darstellungen mit Tatsachen ohne Hintergrund und Verbrechensstatistiken ohne Angabe der Basiszahlen und Aufschlüsselung der Zunahme nach Delikten suggerieren ein bedrohliches Bild des Verbrechens.[*10]

---

[3] Vgl. T. Raiser. Das lebende Recht: Rechtssoziologie in Deutschlad. 3. Aufl. Baden-Baden, 1999, S. 181–182.

[4] H. Stacharowsky. Massenmedien und Kriminalität der Mächtigen. Heidelberg, 1994, S. 4.

[5] Ders., S. 13–14.

[6] Vgl. H.-D. Schwind. Kriminologie: eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen. 10. Aufl. Heidelberg, 2000, § 14 Rdn. 3–5.

[7] H. Stacharowsky (Fn. 4), S. 5.

[8] M. Walter. Über Kriminalität als Gegenstand öffentlicher Debatten. – Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1998, S. 439.

[9] H. Jung. Massenmedien und Kriminalität. – G. Kaiser, u. a. (Hrsg.). Kleines Kriminologisches Wörterbuch. 3. Aufl. Heidelberg, 1993, S. 346.

[10] M. Förster, J. Schenk. Der Einfluß massenmedialer Verbrechensdarstellung auf Verbrechensfurcht und Einstellung zu Straftätern. – Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1984, S. 91.

Die These, daß die Mediendarstellung von Kriminalität und Kriminaljustiz Konsequenzen in der sozialen und persönlichen Realität haben kann, könnte durch verschiedene Medien-Wirkungstheorien (z. B. „Katharsistheorie", „Stimulationstheorie", „Habitualisierungstheorie", „Anomietheorie") begründet werden.*[11] Die umfangreichen internationalen Massenmedienforschungen zeigen allerdings, daß kausale Wirkungen nicht nachzuweisen sind. Vielmehr spielen die Prädispositionen des Rezipienten und dessen Selektionsmechanismen eine entscheidende Rolle, so daß der Art und dem Umfang der Berichterstattung z. B. auch über Kriminalität (wenn überhaupt) nur sekundäre Bedeutung zukommt.*[12] Zudem kann davon ausgegangen werden, daß Gewalt- bzw. Kriminalitätsberichte weder in der Lage sind, zur Etablierung ganz neuer Einstellungsmuster zu führen, als vielmehr bestehende Einstellungsmuster zu aktualisieren oder zu reproduzieren. Im Hinblick auf die ideologische Funktion von Gewaltberichten kann von der sog. agenda-setting-Funktion der Medien gesprochen werden. Demnach gelingt es, ein Thema auf die Tagesordnung des öffentlichen Redens zu setzen, es wird erreicht, daß es behandelt wird, ohne aber den Lesern aufzuzwingen, was darüber geredet wird.*[13] Die massenmediale Kriminalberichterstattung und die öffentliche Meinung sind folglich keine Synonyme.

Unter öffentlicher Meinung wird einmal sozialpsychologisch (qualitativ) die Gruppenmeinung verstanden, zum zweiten aber auch eher quantitativ die durchschnittliche, über besondere Instrumente repräsentativ erfaßte Meinung aller Bürger (veröffentlichte Meinung). Die so definierte öffentliche Meinung bildet die „politische Basiskommunikation", die deshalb von Bedeutung ist, weil die demokratische Herrschaft durch Wahlen berufen wird und auf einen Konsens der Bevölkerung angewiesen ist. Die öffentliche Meinung legitimiert die legale Herrschaft. Deshalb ist die jeweilige Herrschaft bestrebt, sich Konsens als „Einverständnis und Zustimmung zu bestimmten Inhalten" zu sichern.*[14]

Trotz der Unklarheit, ob die Berichterstattung über Kriminalität in den Massenmedien „Wirkungen" beim Rezipienten hervorruft*[15], üben sie in einer Demokratie immerhin einen gegenseitigen Einfluß aus; sie integrieren ständig, weil Politiker ihre Entscheidungen gern nach der veröffentlichten Meinung richten.

Die Massenmedien spiegeln darum in einer Demokratie nicht nur den sozialen Prozeß wider, über den sie berichten. Sie greifen vielmehr selbst in den Sozialprozeß ein, indem sie Reaktionen auf ihre Nachrichten erzeugen und darüber berichten.*[16] Ihre Wirkung beruht dabei auf der sozialpsychologischen Tatsache, daß „die richtige" Meinung die Meinung der Mehrheit ist und die vereinzelten Individuen ihr Urteil an der zunächst nur vermeintlichen, später aber tatsächlichen Mehrheitsmeinung orientieren.*[17]

Daß Massenmedien nur üblicherweise eine konservative, den status quo erhaltende Rolle spielen, heißt, daß sie zeitweilig auch leider ganz anders wirken. Sie können zu bestimmten Anlässen regelrecht Feldzüge entfachen, deren Ziel es ist, feindliche Einstellungen gegen bestimmte Gruppen zu mobilisieren, um dadurch Unterstützung für bestimmte Absichten zu gewinnen. Diese Prozesse wurden unter verschiedenen Bezeichnungen analysiert, z. B. „moral enterprise", „moral-panics" und schließlich unter der bekannten Bezeichnung „law and order campaigns". Dieses letzte Konzept hat die größte gesellschaftliche Tragweite, weil hier nicht selten in der Rolle der „moralischen Unternehmer" der Staat selbst, d. h. seine Regierung die Opposition, auftritt mit dem Ziel, Legitimationskrisen entweder zu überwinden oder hervorzurufen.*[18]

3. Die veröffentlichte Meinung über die Sanktionensystemsreform

3.1. Die Einsetzung der Kriminalpflege in Estland

Obwohl gleich nach der Erklärung der Unabhängigkeit im Jahre 1991 der Demokratisierungsprozeß der Justizvollzugsanstalten anfing (z. B. es wurde erlaubt, die Gefangenen zu besuchen und ihnen Pakete zu senden; Gefangene konnten ihre Privatkleidung tragen und ein Radio in der Zelle haben; die Gefängnisse

[11] Vgl. H.-D. Schwind (Fn. 6), § 14 Rdn. 20 ff.

[12] T. Feltes, C. Ostermann. Kriminalberichterstattung, Verbrechensfurcht und Stigmatisierung: Anmerkung zu (unterstellten) Folgen von massenmedialen Verbrechensdarstellungen für Täter, Opfer und Bevölkerung. – Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1985, S. 261.

[13] G. Löschper. Gewalt und Medien. – Kriminologisches Journal, 1998, S. 248–249.

[14] G. Smaus. Funktion der Berichterstattung über die Kriminalität in den Massenmedien. – Kriminologisches Journal, 1978, S. 187.

[15] H.-D. Schwind (Fn. 6), § 14 Rdn. 12.

[16] H. J. Schneider. Kriminalität in den Massenmedien. – Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 1987, S. 320–321.

[17] G. Smaus (Fn. 14), S. 188.

[18] Ders., S. 192–193.

wurden den Pfarrern, wohltätigen Organisationen und auch Journalisten geöffnet), war nur mit den Gesetzesänderungen nicht möglich, das bisherige sowjetische Strafvollzugssystem zu verändern. Wegen der schlechten baulichen Gestaltung (große Zellen) und mangelnder Sozialarbeit entwickelte sich in den Gefängnissen eine sehr starke Subkultur. Die Kriminalität in den Justizvollzugsanstalten war sehr hoch und die Resozialisierung der Verurteilten war fast unmöglich.

Obwohl die bedingte Verurteilung und die bedingt-vorfristige Entlassung schon im sowjetischen Recht bekannt waren und auch nach der Erklärung der Unabhängigkeit erhalten blieben, hatten sie leider ihren positiven Charakter verloren. Nur 26 Polizeibeamte überwachten die ungefähr 4800 Verurteilten. Deswegen war die Kontrolle über ihr Verhalten in Freiheit fast unmöglich. Auch fehlten die Möglichkeiten, den Verurteilten die nötige Sozialhilfe zu gewähren und die Gerichte bekamen keine Berichte, anhand deren sie über das Verhalten des Verurteilten in der Bewährungszeit entscheiden konnten. Die Gerichte erteilten den Verurteilten fast keine Weisungen und Auflagen, weil die Kontrolle über deren Erfüllung nicht durchgeführt werden konnte.*[19] Deswegen stellte die Straf(rest)aussetzung zur Bewährung in Wirklichkeit fast den Straferlaß ohne Bedingungen dar.

Steigende Kriminalität, große Rückfallquote, steigende Anzahl von Gefangenen und mangelnde Finanzierungsmöglichkeiten der Strafvollzugsanstalten zeigten deutlich auf die Notwendigkeit, das gesamte Starfvollstreckungssystem inhaltlich neu zu gestalten – es wurden neue, sog. ambulante Sanktionen gebraucht, die es ermöglichen, den Verurteilten auch ohne Freiheitsstrafe zu beeinflussen.*[20] Die Basis dafür war förmlich mit den Institutionen der bisherigen bedingten Verurteilung und bedingt-vorfristigen Entlassung vorhanden.

Am 02.02.1998 schlossen das estnsche Justizministerium und die Friedrich-Ebert-Stiftung aus Deutschland den Zusammenarbeitsvertrag, anhand dessen die zukünftige Sonderfachfortbildung der Kriminalpflege- und Vollzugsbeamten sowohl in Estland als auch in Deutschland organisiert wurde.*[21]

Im Februar 1998 bewarben sich 588 Kandidaten um die 121 Stellen der Kriminalpflege. Die Mehrheit (50%) von den Kandidaten hatten Hochschulbildung und viele von ihnen waren früher auch im Bereich der Pädagogik oder Sozialarbeit tätig gewesen. Von allen Kandidaten wurden 150 beste Bewerber ausgewählt, die danach während 2 Monaten an der speziellen Fortbildung und an dem Praktikum teilnahmen, die auch von Fachleuten aus Mecklenburg-Vorpommern durchgeführt wurden. Allen zukünftigen Abteilungsleitern wurde auch eine Praktikumreise in die Bewährungshilfeinstitutionen des Landes Mecklenburg-Vorpommern organisiert.*[22]

Am Ende der Fortbildung mußten die Kandidaten das Kriminalpflegeexamen ablegen und am 01.05.1998 bekamen die 111 ersten estnischen Kriminalpfleger das Amtszeugnis. An diesem Tag trat auch das Gesetz der Kriminalpflege in Kraft.

Gleichzeitig wurde auch der estnische Kriminalkodex geändert und ab 01.05.1998 waren gemäß § 55 die Voraussetzungen der bedingt-vorfristigen Entlassung, „daß der Täter durch beispielhaftes Verhalten und eine ehrliche Einstellung zur Arbeit seine Besserung bewiesen hat“*[23], und daß der Verurteilte einen Teil der verhängten Strafe verbüßt hatte. Grundsätzlich war dies mindestens die Hälfte der Strafzeit. Diese Frist erhöhte sich auf zwei Drittel, wenn der Täter wegen einer vorsätzlichen Straftat zu mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt wurde.

Bei der bedingt-vorfristigen Entlassung bestimmte die Dauer der Bewährungszeit, welche die Dauer des Strafrestes war. Sie durfte aber 3 Jahre nicht überschreiten. Das Gericht unterstellte den Verurteilten für die Dauer der Bewährungszeit der Aufsicht eines Kriminalpflegers.

Während der Bewährungszeit hatte der Verurteilte auf Auflagen zu achten, 1. sich zu bestimmten Zeiten beim Kriminalpfleger zu melden, 2. die Urkunden bezüglich der Erfüllung der ihm bestimmten Auflagen vorzulegen, 3. im bestimmten Ort zu wohnen, 4. für die Abwesenheit vom ihm bestimmten Wohnungsort, die länger als 15 Tage dauert, eine Erlaubnis zu beantragen, und 5. für die Änderung vom Wohnungs-, Arbeits-, oder Ausbildungsort eine Erlaubnis zu beantragen.

Noch konnte das Gericht dem Verurteilten auferlegen, 1. den durch die Tat verursachten Schaden für eine bestimmte Zeit und im bestimmten Umfang wiedergutzumachen, 2. mit der Arbeit oder Ausbildung in einer

[19] M. Miil. Kriminaalhooldussüsteemi rakendamine Eestis (Die Einsetzung des Kriminalpflegesystems in Estland). – Juridica, 1998, Nr. 2, S. 64 (in estnischer Sprache).

[20] J. Sootak. Vabaduskaotuse alternatiivid – erand või reegel? (Alternativen zur Freiheitsstrafe – Ausnahme oder Regel?) – Eesti Jurist, 1994, Nr. 5, S. 12 (in estnischer Sprache).

[21] M. Prööm. Eesti Vanglad 1997–1998 (Die Gefängnisse in Estland 1997–1998). – Juridica, 1998, Nr. 2, S. 68 (in estnischer Sprache).

[22] Ders., S. 68–69.

[23] Diese Voraussetzungen stammen aus dem sowjetischen Recht. Die Voraussetzung, „durch eine ehrliche Einstellung zur Arbeit seine Besserung zu beweisen“, war aber in Estland z.Zt. fast inhaltslos, weil es keine hinreichenden Arbeitsplätze für Gefangene gab (heute gilt diese Voraussetzung nicht mehr). Bemerkenswert ist aber bei diesen Voraussetzungen, daß das Vorleben des Täters und die Umstände seiner Tat nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu berücksichtigen war.

bestimmten Zeit anzufangen, 3. Unterhaltspflichten nachzukommen, 4. sich einer Heilbehandlung oder einer Entziehungskur zu unterziehen, in die er einwilligt, 5. mit bestimmten Personen nicht zu verkehren, und 6. sich an bestimmten Orten nicht aufzuhalten.

3.2. Sozialisierung kontra Sicherheit

Während im Mai und Juni 1998 auch nur selten, meistens positive oder neutrale Beiträge über das neue Kriminalpflegesystem erschienen, fing ab Juli eine fast völlig negative Medienkampagne gegen die bedingt-vorfristige Entlassung an (vgl. Übersicht), die durch das folgende Zitat gut zusammengefaßt werden könnte:

> „Sogar die Eigentumsreform erblich vor diesen Ärger und Furcht, die von der in diesem Jahr durchzuführenden Strafrechtsreform verursacht wird. Wenn aus allen Justizvollzugsanstalten während dieses Jahres vorfristig fast 700 Straftäter entlassen werden, haben Normalbürger Angst davor, daß dadurch die auch so hohe Kriminalität noch stark steigen wird." (EPL 22.08.98)

Diese negative Medienkampagne ist zuerst damit zu erklären, daß früher die neue Strafrestaussetzungsform nur theoretisch behandelt wurde, während die ersten Verurteilten ab Juni gemäß neuen Regelungen auch tatsächlich vorfristig entlassen wurden:

> „Die vorfristige Entlassung eines sich ordentlich verhaltenden Gefangenen ist ein edles, rechtfertiges und humanes Tun. Zumindest theoretisch. Praktisch stellt es sich aber heraus, daß fast alle von ihnen mehrfach bestrafte gefährliche Straftäter, sog. Rezidivisten[*24] sind. […] Auch der optimistischste Pflegebeamte muß zugeben, daß wenigstens 350–400 von 700[*25] entlassenen Gefangenen bald ins Kittchen zurückkommen. Sie werden aber nicht ohne Grund ins Gefängnis zurückgesandt, sondern wegen konkreten Straftaten. […] Jede Straftat hat meistens mehr als ein Opfer. Neben den Leichen und ausgeräumten Wohnungen bedeutet die Strafrestaussetzung auch neue Weisenkinder, Invaliden, Familien ohne Vermögen." („Schlechte Zeit für die Wohltat", EPL 26.08.98)

Die veröffentlichten Meinungen hinterließen teilweise den Eindruck, daß die Resozialisierung des Straftäters und öffentliche Sicherheit sich gegenseitig ausschließen.

Es scheint richtig, Täter mit höchsten Sicherheitsrisiken, die nicht behandelbar scheinen, dauernd zu verwahren. Anzumerken ist dabei, daß fast alle Straftäter, die in die Strafanstalten eingewiesen werden, über kurz oder lang zwingend wieder in unsere Gesellschaft entlassen werden. Dort, wo das Strafende klar definiert ist, muß logischerweise versucht werden, diesen Gefährdungsfaktor während des Vollzuges abzubauen. Durch eine bedingte Entlassung wird gewährleistet, daß in bezug auf die Wohnsituation Auflagen gemacht werden können sowie eine Schutzaufsicht angeordnet werden kann. In der Mehrzahl der Fälle wird damit eine größere Stabilität und Sicherheit erreicht, als bei einer Entlassung am Strafende, wo keine Kontrollmöglichkeiten mehr bestehen.[*26]

Die Massenmedien sahen aber die Situation anders:

> „Bei Mehrfachtätern kann die Behauptung des Justizministers, daß jahrelange Freiheitsstrafe den Gefangenen schädige und seine Möglichkeiten ins normale Leben zurückzukehren vermindere, nicht für ernst genommen werden. Rezidivisten haben ihre endgültige Wahl meistens getroffen und die Wahrscheinlichkeit der Umerziehung von ihnen ist sehr gering. Die Isolierung solcher Straftäter aus der Gesellschaft dient mehr dem Zweck, die Gesellschaft zu schützen, als Straftäter umzuerziehen." („Hinkendes Sanktionensystem", PM 07.08.98)

Das zeigt, daß die Kommunikatoren der Massenmedien versuchten, Spannung und Unterhaltung dadurch zu erzielen, daß sie die Kriminalität als etwas Unerhörtes, Unverständliches, Unheimliches, Außergewöhnliches und Rätselhaftes schildern. Die Medien folgen in ihren Kriminalitätsdarstellungen immer noch einer überholten Kriminalitätstheorie, die im Rechtsbrecher einen Psychopathen[*27], einen seelisch abnormen Rezidivisten sieht.

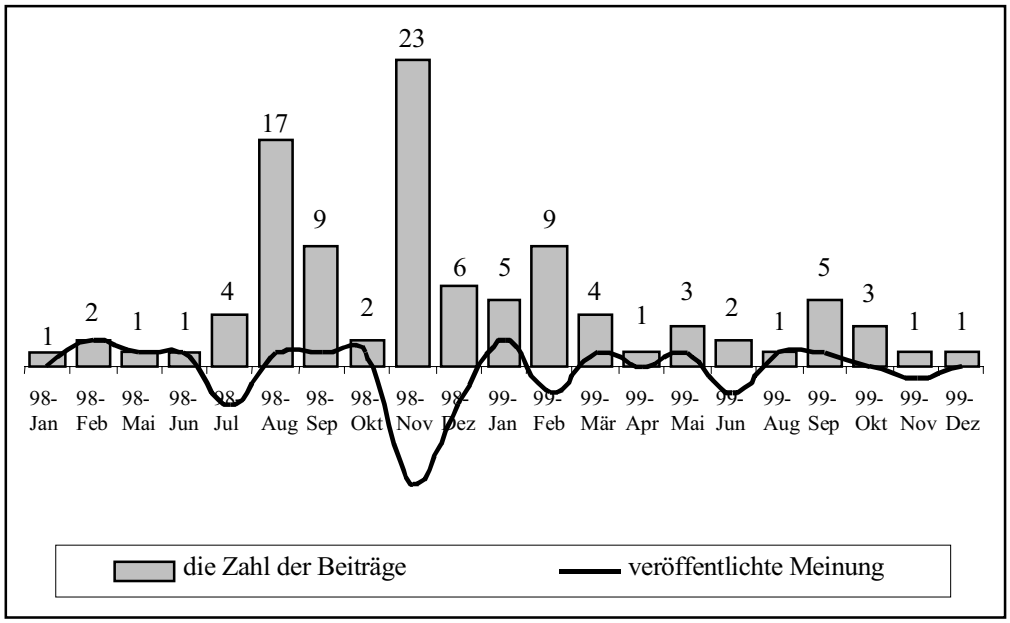
---

[24] Dieser Begriff stammt aus dem sowjetischen Recht, wo es einen besonders gefährlichen Rückfalltäter bezeichnete. Die Massenmedien benutzen z.Zt. diesen Begriff aber fast als das Synonym eines jeden Gefangenen.

[25] Tatsächlich wurden 1998 vorfristig 549 Verurteilten entlassen.

[26] Vgl. H.-U. Meier. Strafvollzug im Spannungsfeld der öffentlichen Meinung. – H. Baumgarten, u. a. (Hrsg.). Recht, Macht und Gesellschaft: Justiz und Politik. Rio Verlag, 1995, S. 99.

[27] Vgl. H. J. Schneider (Fn. 16), S. 326.



Übersicht: Die in EPL und PM (Januar 1998 – Dezember 1999) erschienenen Aufsätze und die veröffentlichte Meinung bezüglich der bedingt-vorfristigen Entlassung.[*28]

In der „Medienwelt der Kriminalität" ist der Täter unfair, unsympathisch, rücksichtslos und egoistisch. Er ist meist vorbestraft und geht bei seinen Straftaten planvoll vor. Seine Motive bleiben im Dunkeln oder sind als bloße Habgier und Rachsucht oberflächlicher Natur. Die tieferen Ursachen der Rechtsbrüche kommen nicht ins Bild. Auf die Persönlichkeitsentwicklung und die kriminelle Karriere des Täters wird nicht differenziert genug eingegangen. Über seine Herkunft, die soziale Schicht seiner Eltern, die Wohnverhältnisse in seinem Elternhaus oder seine Schulleistungen werden keine Angaben gemacht.[*29]

Auch das beispielhafte Verhalten in der Justizvollzugsanstalt beweist nach der Meinung eines Teiles der Massenmedien oft nicht den Besserungswillen und die Resozialisierungsfähigkeit des Täters, vielmehr ist das die heimtückische Vorbereitung für die nächste Straftat:

> „Der Preis der Strafrestaussetzung der Hunderten von Gefangenen sind Tausende von Opfern. Dieser „humanistische" Akt vergrößert nur die Sicherheit der Justizvollzugsanstalten und Vollzugsbeamten, weil die Hoffnung, vorfristig entlassen zu werden, das Verhalten der Verurteilten nur im Gefängnis disziplinieren kann" („Schlechte Zeit für die Wohltat", EPL 26.08.98)

Die massenmediale Kriminalitätsdarstellung ist auch dadurch verzerrend und wirklichkeitsfremd, daß sie für die Verbrechenskontrolle ausschließlich die formelle Sozialkontrolle als zuständig und wirksam erkennt.[*30] Auch die polizeiliche (repressive) Überwachung bezüglich der vorfristig entlassenen Verurteilten sei besser als die Kriminalpflegearbeit mit ihnen, weil …

> „[…] leider ihr (der Kriminalpflegebeamten) Status und ihre Möglichkeiten viel geringer als die der Polizeibeamten sind. Sie sind Sozialbeamte […]" („Gefangene ohne Gefängnis", PM 30.08.98)

3.3. Strafvollzug als die „Manövriermasse" der Tagespolitik

In dieser Situation haben auch die Oppositionspolitiker ihre Möglichkeit gesehen und in der Zeit von August bis November sind 5 Aufsätze von ihnen erschienen. Bemerkenswert ist dabei, daß die Mehrheit von ihnen das Bewährungshilfesystem theoretisch positiv bewerteten, sich aber skeptisch zur Weise erhielten, wie das in Estland durchgeführt wurde:

> „Die Effektivität des neuen Systems kann noch nicht bewertet werden. Dennoch erzeugt es Furcht, daß wir auf die Behörde, die gerade geschaffen wurde, und die erfahrungslosen Angestellten so große Belastung gelegt haben." (PM 14.10.98)

[28] Jeder Aufsatz wurde vom Autor als positiv (1), neutral (0) oder negativ (-1) bewertet. Die Linie „veröffentlichte Meinung" ist die Summe dieser Bewertungen.

[29] Ders., S. 323.

[30] Ders., S. 319.

Die Reform des Sanktionensystems wurde von den Oppositionspolitikern (und von einigen Journalisten) dabei noch als eine vorzeitige Kampagne dargestellt, dessen einziges Ziel es war, dem Europa zu gefallen:

> „Die Politik des Staates ist wegen des Wunsches, zur EU zu gehören, jetzt so, daß wegen des beispielhaften Verhaltens sogar ein mehrfach bestrafter Mann vorfristig entlassen werden kann." (PM 29.07.98)

Dieser den Esten eigenartige Widerstand gegen alle von irgendwo „oben" kommenden Forderungen, seien sie rechtfertigt oder nicht, kann vielleicht dadurch erklärt werden, daß die Esten fast nie selbst haben entscheiden können. Solche Gefühle werden aber gern von manchen Politikern benutzt:

> „Die Hinweise auf das vom EU-Vereinigungsprozeß bedingte Bedürfnis, die Strafpolitik zu mildern, sind genauso inhaltslos wie die planmäßige Pflichthöhe der Baumwollproduktion der Sowjetrepublik Estland in der Sowjetzeit." (PM 25.08.98)

Andererseits wurde die von den Massenmedien verursachte (oder wenigstens von Politikern geglaubte) Kriminalitätsfurcht für die populistischen Gesetzesänderungsvorschläge benutzt, deren Ziel es war, die Strafdrohungen anzuheben:

> „Die Schöpfung einer Rechtsordnung an einer leeren Stelle kann nur durch die Erzeugung der Angst anfangen. Die Angst vor der Strafe wird durch zwei Umstände gewährleistet: mit der unabwendbaren oder mit der strengen Strafe. Die erst kürzlich das Licht der Welt erblickenden Demokratien in Osteuropa, wir unten ihnen, sind wegen verschiedener Gründe nicht in der Lage, die Unabwendbarkeit der Strafe zu gewährleisten. Es bleibt nur eine Möglichkeit übrig – die Strenge der Strafe." (PM 13.09.98)

Solche Vorschläge beweisen, daß die Unklarheit, ob massenmediale Gewalt- bzw. Kriminalitätsdarstellungen tatsächlich die Kriminalitätsangst der Gesellschaft beeinflussen können oder nicht, in einer (jungen) Demokratie überhaupt nicht besonders wichtig ist, weil Politiker daran glauben und ihre Entscheidungen nach der veröffentlichten Meinung richten.

Es zeigt deutlich, daß der Strafvollzug nichts zu gewinnen hat, wenn er sich der Politik der inneren Sicherheit als Manövriermasse andient, außer einem neuen aber äußerst zweifelhaften Image als Eckpfeiler eines starken Staates.[*31] Der Strafvollzug hat aber vieles von dem zu verlieren, was ihn als einen verläßlichen Partner im Kriminaljustizsystem eines freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaats legitimiert.

3.4. Aufklärungsarbeit

Die Berichterstattung über das Kriminalpflegesystem analysierend könnte gesagt werden, daß die Aufklärungsarbeit der Justiz sich verspätete. Der erste aufklärende Beitrag – „Das Gefängnis verbessert niemanden" – vom Justizminister wurde am 13.08.98 in PM veröffentlicht, als die negative Medienkampagne gegen die Strafrestaussetzung schon auf ihrem Höhepunkt war (vgl. Übersicht).

Der erste Eindruck ist immer tiefer als die Folgenden. Darum war die schon ausgestaltete veröffentlichte Meinung schwer zu ändern. Teilweise ist das jedoch gelungen, und im September und Oktober waren die massenmedialen Darstellungen über die Starfrestaussetzung nicht mehr so negativ wie früher. Hier muß man aber beachten, daß für den Herbst die Strafrestaussetzung ihre Bedeutung (wenigstens für die Massenmedien) fast verloren hat. Im Oktober sind z. B. nur zwei Beiträge darüber erschienen (vgl. Übersicht).

Bemerkenswert ist bei diesen negativen Aufsätzen bezüglich der bedingt-vorfristigen Entlassung, daß keine von ihnen auf den konkreten Untersuchungen des Verhaltens der Verurteilten nach der bedingt-vorfristigen Entlassung oder dem tatsächlichen Inhalt der Kriminalpflegearbeit beruht hat. Die Mehrheit von ihnen beruhte sogar auf keinen Selbstbeobachtungen der Journalisten, sie hatten ihre Ursache eher in der abstrakten Angst oder auch in den bloßen Spekulationen. Die veröffentlichte Meinung stimmte dadurch weder mit der kriminellen Wirklichkeit noch mit den Ergebnissen der kriminologischen Forschung überein.

Im Gegenteil kann man sagen, daß die Beiträge bezüglich des Kriminalpflegesystems, die anhand der persönlichen Beobachtungen der Journalisten über die tatsächliche Arbeit der Kriminalpflegebeamten verfaßt waren, meistens positiv sind. Am 14.10.98 wurde z. B. in PM ein sehr eingehender und positiver Artikel – „Die Arbeit der Kriminalpflegebeamten ist neu" – veröffentlicht, in dem der Journalist seine Erfahrungen über einen gemeinsamen Arbeitstag mit einem Kriminalpflegebeamten vermittelte.

Anhand der letzten Beobachtung muß gesagt werden, daß die Gestaltung der veröffentlichten Meinung bezüglich des Kriminalpflegesystems, bzw. auch der gesamten Strafrechtsreform auch von der Justiz selbst beeinflußt werden könnte. Es verlangt einerseits von den Justizbeamten (und auch Rechtswissenschaftlern) beharrliche und aktive Arbeit mit den Massenmedien und anderseits die Bereitschaft, den Journalisten objektive Angaben zu geben.

[31] So H. Pollähne. Justizvollzug – Eckpfeiler der inneren Sicherheit? – Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe, 1994, S. 136.

4. Rückschlag

4.1. Der „schwarze Tag“ der estnischen Kriminalpflege

K.M. (damals 40 Jahre alt), der mehr als die Hälfte seines Lebens wegen Mordes, Körperverletzung, Vergewaltigung u.s.w. in einer Justizvollzugsanstalt gewesen war, wurde wegen beispielhaften Verhaltens ein Jahr und zwei Monate vor dem Strafende vorfristig im Oktober 1998 entlassen. Mit dem Kriminalpflegebeamten traf er sich ein Mal.

Am 31.10.98, drei Wochen nach seiner vorfristigen Entlassung, ermordete K.M. zwei seine altbekannten Mitsäufer und überschüttete sie mit Salz:

> „Die ganze Wohnung war voll von Blut und Salz. Die Leichen waren mehrfach mit Schneidewerkzeugen geschnitten worden und eine Brust der Frau war entfernt worden.“ (EPL 04.11.98)

Am 05.11.98 stoppte der Justizminister wegen des öffentlichen Druckes die bedingt-vorfristige Entlassung zum 20.11.98. Während dieser zwei Wochen wurde das Recht der bedingt-vorfristigen Entlassung nochmals gründlich durchgearbeitet. Die Mitgliedschaft der Anstaltsbeiräte*[32] wurde durch Kriminalpfegebeamte erweitert. Auch ist seit dieser Zeit das Vorleben des Täters und die Umstände seiner Tat bei der Entscheidung über seine vorfristige Entlassung zu berücksichtigen.

4.2. „Die Menschenexperimente der Beamten”

Anhand des unter oben erwähntem Leitsatz erschienenen Beitrags (EPL 04.11.98) kann die nach dem 31.10.1998 folgende sehr negative Berichterstattung illustriert werden:

> „Rezidivist K.M. beging den grausamen Doppelmord weniger als einen Monat nachdem die Beamte ihn wegen des beispielhaften Verhaltens vorfristig aus dem Gefängnis entlassen hatten. […] Der Leiter der Abteilung des Justizministeriums lobte sogar, daß die Beamten alles richtig gemacht hätten und es nicht möglich gewesen sei, das Verhalten des Entlassenen vorauszusehen. […] Aber der Leiter weiß wegen seines Amts sehr gut, daß das Verhalten des aus dem Gefängnis entlassenen Rezidivisten vorausgesehen werden kann. Die Statistik sagt, daß die Mehrheit von ihnen eine neue Straftat begehen wird und häufig tut sie das schon während der ersten paar Jahre nach der vorfristigen Entlassung. Somit ungefähr in dieser Zeit, die sie noch im Knast sitzen sollten. […] je länger Rezidivisten im Knast bleiben, desto weniger Opfer gibt es. […] Kosten die zehnen Menschenleben, die sogar nur manche Monate länger dauern könnten, wenn Beamte den Kriminalpflegern so fleißig die Arbeit nicht finden würden, tatsächlich nichts? […] Die wichtigste, wenn auch nicht einzige Aufgabe des Staates ist es, die Freiheit, das Leben und das Eigentum der gesetzestreuen Bürger zu schützen. Nur deswegen, nicht aber wegen der Schöpfung der Eurobequemlichkeiten für Gefangene und der Organisierung der vorfristigen Morde bezahlen wir den Beamten ihren Lohn. Das Verhängen der erstaunlich kurzen Strafen gegen den gefährlichen Rezidivisten oder seine vorfristige Entlassung aus dem Gefängnis bedeutet in Estland nichts mehr und nichts weniger als die Beihilfe zur Begehung einer Straftat.“

Insgesamt erschienen im November und Dezember 1998 29 Aufsätze über die Strafrestaussetzung, die meistens sehr negativ orientiert waren (vgl. Übersicht).

Deutlich wahrnehmbar ist zuerst, daß die Medien, und damit auch die Öffentlichkeit, auf Delikte nach der Strafverbüßung oder Delikte während der Bewährungszeit höchst unterschiedlich reagieren. Bei Führungen und Vorträgen gelingt es meistens klarzumachen, daß mit der Strafrestaussetzung mehr Sicherheitsprobleme verhindert als verursacht werden. Bei der Berichterstattung über einen spektakulären Einzelfall gehen diese Sachargumente aber sofort in den entstehenden Emotionen unter.

Anhand des Einzelfalls wurde von den Massenmedien, wer …

> „[…] den Zusammenhang zwischen dem Doppelmord und der neuartigen und milderen Kriminalpolitik der Regierung haben sehen können, […]“ (EPL 06.11.98)

… das gesamte System bewertet und als untauglich abgelehnt.

Die Mehrheit von den Massenmedien erzeugten Angst und verbreiteten das Gefühl, es würde etwas Schlimmes passieren, wenn nicht etwas unternommen wird –

> „Dieser Straftäter ist nur einer von den 150 Schwerverbrechern, die wegen gemilderten Gesetzen unlängst vorfristig entlassen sind. Es gibt daher den Anlaß zu der Annahme, daß dieser Doppelmord nicht der einzige bleiben wird.“ (EPL 06.11.98) –

[32] Der Anstaltsbeirat hat seine Meinung bezüglich der bedingt-vorfristigen Entlassung eines Gefangenen zu äußern.

und fanden, daß strengere Gesetze und mehr soziale Kontrolle gebraucht wird, um die abweichende Minderheit zu bekämpfen:

> „[…] dieser Doppelmord zeigte insofern nicht die Untauglichkeit der Idee der vorfristigen Entlassung, als mehr die Schwächen der gesamten bisherigen Kriminalpolitik. […] Die Strafen, die estnische Gerichte über Rezidivisten verhängen, sind zu kurz." („Frage den Preis des Lebens nicht den Mörder", PM 09.11.98)

Die Massenmedien spiegelten nicht nur den sozialen Prozeß wider, über den sie berichteten. Sie griffen vielmehr selbst in den Sozialprozeß ein, indem sie Reaktionen auf ihre Nachrichten erzeugten und darüber berichteten:

> „Die Estnische Tageszeitung hat in dieser Woche ein beachtenswertes Ergebnis erreicht, weil sie mit ihrer Berichterstattung den Justizminister zur Überprüfung des Rechts der vorfristigen Entlassung der wegen schwerer Straftaten verurteilten Gefangenen zwang". („Estnische Tageszeitung stoppt die bedingt-vorfristige Entlassung", EPL 06.11.98)

In dieser spannenden Situation sahen auch manche Oppositionspolitiker ihre Möglichkeiten, die in der Rolle der „moralischen Unternehmer"[*33] mit dem Ziel, Legitimationskrisen hervorzurufen, auftraten:

> „Es scheint, daß das kriminalpolitische Ziel der Regierungspartei und des Justizministers ist, jeden Rezidivisten die Möglichkeit zu geben, den rechtstreuen Bürgern seine „Besserung" zu beweisen." („Die Gesellschaft muß vor Mördern geschützt werden", EPL 05.11.98)

4.3. Massenmediales Verbrechensbild

Die Massenmedien verfremden der Gesellschaft das Phänomen Kriminalität. Die Menschen haben Bilder über Kriminalität und Kriminelle in ihren Köpfen, die der kriminellen Wirklichkeit nicht entsprechen.[*34]

Weder im persönlichen noch im sozialen Bereich gehen die Massenmedien in ausreichendem Maße auf die Verbrechensursachen ein. Sie analysieren weder das Verbrechen im Einzelfall noch die Kriminalität als ein soziales Massenphänomen.[*35] In der Mediendarstellung wird das kriminelle Ereignis aus seinem sozialen und persönlichen Zusammenhang herausgelöst und in konstruierte und der Realität entfremdete Vorstellungsabläufe eingepaßt. Durch dieses „In-die-Ferne-Rücken" wird Kriminalität in gleicher Weise dramatisch, spannend und sensationell wie unrealistisch und unverständlich.[*36]

In der „Medienwelt der Kriminalität" ist das Verbrechensopfer ahnungslos und wird von der Straftat völlig überrascht. Das Delikt entwickelt keinen Wechselwirkungsprozeß zwischen Täter und Opfer, die einander nicht kennen und keine Beziehung zueinander haben. Das Opfer gefährdet sich niemals selbst; es begibt sich in keine viktimogenen Situationen, in denen es leicht Opfer einer Straftat werden kann. Es ist passiv und provoziert den Täter fast nie. Es ist völlig schuldlos, an der Tat unbeteiligt, hilflos und dem Täter vollkommen ausgeliefert.[*37]

Durch selektive Berichterstattung kamen auch in diesem Fall die tieferen Ursachen der Rechtsbrüche nicht ins Bild (nach der Aussage von K.M. wurde der Streit von einem Opfer veranlasst). Sogar die Tatsache, daß mindesten ein Opfer den Täter gut kannte und hätte wissen müssen, wie unvorhergesehen das Verhalten des Täters während des Rausches sein kann, und trotzdem bereit war, sich mit ihm in den Rausch zu versetzen, wurde außer acht gelassen. Das sind natürlich keine Rechtfertigungsgründe, ohne sie ist die Verbrechensdarstellung aber verzerrend und wirklichkeitsfremd. Nach der veröffentlichten Meinung hätte jedermann – jeder rechtstreue und unschuldige Mensch von der Straße – Opfer von K.M. sein können.

Die ganze Verantwortung für diese schlechte Entwicklung der veröffentlichten Meinung nach dem Oktober 1998 auf die Journalisten abzuschieben, wäre aber bestimmt falsch. Man könnte sicher bei einem Teil der Journalisten davon ausgehen, daß sie versuchten, sich bei ihrer Arbeit trotz allem „Verkaufsdruck" einigermaßen auf die Wahrheit zuzubewegen. Einige bemühten sich sogar, der Öffentlichkeit ein ziemlich reales Bild der Vollzugswirklichkeit zu vermitteln.

Selbstverständlich ist es klar, daß keine Gesellschaft Verletzungen von Recht einfach hinnehmen kann.[*38] Die Massenmedien haben dabei in einem demokratischen Rechtsstaat die Aufgabe, über Kriminalität und Kriminaljustiz in objektiver Form zu informieren, die potentiellen Opfer von Verbrechen über ihr Viktimisierungsrisiko zu orientieren, die Strafgesetzgebung und das Kriminaljustizsystem als „Wachhunde der Öffentlichkeit" zu kontrollieren.[*39]

---

[33] Vgl. Abschnitt 1 oben.

[34] H. J. Schneider (Fn. 16), S. 322.

[35] M. Föster, J. Schenk (Fn 10), S. 91.

[36] H. J. Schneider (Fn. 16), S. 324.

[37] Ders., S. 323.

[38] H.-U. Meier (Fn. 26), S. 105.

Die Medien aber sind nicht zuletzt wegen des Anspruchs auf Aktualität oftmals nicht in der Lage, die Summe an Informationen aufzunehmen und zu verarbeiten, die zu einer der Sache angemessenen Darstellung der Kriminalität erforderlich wäre.*[40] Diese Tendenz wird auch eine noch so engagierte Pressearbeit der Justiz nicht umkehren können. Daraus ist nicht zu folgern, daß sich die Justiz aus der Öffentlichkeitsarbeit zurückziehen soll. Ganz im Gegenteil: Gerade um verzerrenden Darstellungen gegenzusteuern und um eine sachliche Berichterstattung zu fördern, sollte sie den ihr bleibenden Gestaltungsrahmen ausschöpfen und sich aktiv in die öffentliche Meinungsbildung einschalten.*[41]

Bezüglich der fehlenden notwendigen Aufklärungsarbeit ist folgendes Zitat zutreffend:

> „Kriminalität ist ein spezifischer Gegenstand. Oberflächliche politische Spekulationen können der Gesellschaft statt des Vorteils auch Schaden zufügen. Keine Entscheidung könnte mit dem Ziel der politischen Popularität gemacht werden. […] Auch die unpopulärste Entscheidung ist von der Bevölkerung leichter zu verstehen, wenn die Bevölkerung weiß, worüber man redet. […] Bisher sind in den Massenmedien das Wesen der Kriminalität und ihre Bekämpfungsmöglichkeiten wenig erklärt worden. […] In den entwickelten Staaten werden die Medienkampagnen gewöhnlich vor den wichtigen Entscheidungen durchgeführt, in Estland ist man erst nachträglich klug. Der Beweis dafür ist die Medienblase bezüglich der bedingt-vorfristigen Entlassung der Gefangenen, die erst nach der Gesetzesänderung geschwollen ist.“ („Diese unverständliche Kriminal- und Strafpolitik“, EPL 04.11.98)

Das verstand auch die Justiz, und im November erschienen von ihr 4 inhaltsreiche Beiträge, die nicht nur das Kriminalpflegesystem erklärten, sondern versuchten, die gesamten Reformbestrebungen zusammenzufassen:

> „Die derzeitige estnische Kriminalität zeigt deutlich, wie schwer der geistige Umbruch ist, dessen Inhalt es ist, einige Werte und Normen durch andere zu ersetzen. Das Verlassen dieser grauen Zone, wo viele Menschen ohne innere Orientierung geblieben sind, scheint schwerer zu sein, als die förmliche Unabhängigkeitserklärung des Staates.“ („Kriminalität in Estland und der Zusammenstoß der Zivilisationen“, EPL 10.11.98)

5. Zusammenfassung

Die Presse ist so, wie sie ist. Auch die Justiz wird sie nicht grundlegend ändern, selbst wenn sie wollte. Was in den Medien über Täter, Kriminalität, Kriminalitätsfurcht, Strafbedürfnisse, Strafwirkungen, Strafvollzug, usw. steht, widerspricht überwiegend dem Erkenntnisstand der damit befaßten Disziplinen, die Verkürzungen sehen manchmal wie Verfälschungen aus. Sie haben eine ganz bestimmte Qualität, die mit dem journalistischen Axiom „only bad news are good news“ charakterisiert werden kann.*[42] Dieses Axiom gilt auch bezüglich der massenmedialen Berichterstattung über die Einsetzung des Kriminalpflegesystems in Estland (vgl. Übersicht – die beiden Linien stellen fast das Spiegelbild dar).

Obwohl die Medienkriminalitätsdarstellung häufig keinerlei Basis in der Wirklichkeit hat, lösen sie trotzdem eine Interaktion zwischen veröffentlichter Meinung und öffentlicher Meinung aus. Durch selektive Berichterstattung lenken die Massenmedien das soziale Bewußtsein; sie richten die soziale Sichtbarkeit des Verbrechens nach ihren massenmedialen Bedürfnissen, indessen nicht nach den Ergebnissen der kriminologischen Forschung und auch nicht nach den Bedürfnissen der informellen Sozialkontrolle.*[43]

Weil die öffentliche Meinung in einer Demokratie die „politische Basiskommunikation“ bildet und so die legale Herrschaft legitimiert*[44], müssen Politiker ihre strafrechtlichen Entscheidungen danach richten. So können die Massenmedien mit der (mindestens von Politikern geglaubten) Lenkung des sozialen Bewußtseins auch selbst die soziale Wirklichkeit, die Kriminaljustiz und sogar die Strafgesetzgebung beeinflussen.

Die Faszination der dunklen Seiten, das offensichtliche Bedürfnis nach sensationellen Informationen machen auch fachlich überlegtes und gut vorbereitetes Handeln schnell zum Politikum.*[45] Anhand des verzerrten Kriminalitätsbildes der Massenmedien gerät das Strafrecht dadurch aber in Gefahr, zur „Manövriermasse“ der Tagespolitik bei rasch wechselnden Randbedingungen zu werden.

---

[39] H. J. Schneider (Fn. 16), S. 331.

[40] H. Jung (Fn. 9), S. 347.

[41] E. Behrschmidt. Justiz und Presse – Anmerkungen aus der Sicht eines Justizpressesprechers. – K. Dölling, u. a. (Hrsg.). Kriminalberichterstattung in der Tagespresse: Rechtliche und kriminologische Probleme. Heidelberg 1998, S. 356–357.

[42] K. Sessar. Über einen (vergeblichen) Versuch, mit den Medien über kriminologische Erkenntnisse ins Gespräch zu kommen. – Kriminologisches Journal, 1996, S. 282.

[43] H. J. Schneider (Fn. 16), S. 320–321.

[44] Vgl. Abschnitt 1 oben.

[45] H.-U. Meier (Fn. 26), S. 105.

Genauso hat sich die Strafrestaussetzungsreform in Estland abgespielt (vgl. Übersicht – die negative Kurve der veröffentlichten Meinung im Februar 1999 könnte durch die im März stattgefundenen Parlamentswahlen erklärt werden), und die – nach meiner Meinung bisher positivste – Änderung im estnischen Sanktionensystem wurde nach dem Verlust bei den Parlamentswahlen im Frühling 1999 von dem bisherigen Ministerpräsidenten wie folgt bewertet:

> „Die Regierung hätte keine Experimente mit der Kriminalpflege vor den Wahlen machen können." (PM 06.05.99)

Die ganze Verantwortung für diese schlechte Entwicklung der veröffentlichten Meinung auf die Massenmedien abzuschieben, wäre aber bestimmt falsch. Eine fundierte Diskussion über Möglichkeiten und Ziele der Strafvollstreckung kann nur stattfinden, wenn genügend Information darüber vermittelt werden kann.

Gerade durch die mangelnde und verspätete Öffentlichkeitsarbeit der Justiz kann diese Periode gekennzeichnet werden, und deren Folgen können mit dem folgenden Zitat zusammengefasst werden:

> „Das um die vorfristige Entlassung der Gefangenen Geschehene ist ein typisches Beispiel dafür, wie die unerfahrene Einsetzung die Bevölkerung gegen den inhaltlich richtigen Gegenstand stimmt. […] Gefangene werden tatsächlich schon länger und in aller Welt vorfristig entlassen. Die estnische öffentliche Meinung verhält sich dazu jetzt aber klar negativ. […] Dieses Verhalten ist sehr schwer zu verändern." (PM 24.11.98)

Es kann keine Rede davon sein, daß die Pressefreiheit aufgrund der dargestellten Ergebnisse in irgendeiner Weise eingeschränkt werden soll. Die Frage ist nur, wie die Justiz auf diese Gegebenheiten reagiert.

Ziel der Öffentlichkeitsarbeit in der und für die Justiz sollte es sein, Verständnis und Vertrauen zu gewinnen. Das ist nicht gleichbedeutend mit Beifall für die Ergebnisse ihrer Arbeit. Gerade deshalb, weil sich ihre Entscheidungen oft mit höchst umstrittenen und brisanten Themen befassen, wird es der Justiz und ihren Mitarbeitern nie gelingen, *everybody's darling* zu werden. Es wäre aber schon viel gewonnen (und ist schwer genug zu erreichen), dem Bürger wenigstens die Gewißheit zu vermitteln, daß sich die Angehörigen der Justiz gewissenhaft und mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln um gerechte Ergebnisse bemühen.

Pressearbeit der Justiz darf sich nicht in der Beantwortung konkreter Anfragen erschöpfen. Sie muß aus eigener Initiative Themen aufgreifen, vor allem solche, die gewöhnlich nicht im Brennpunkt des öffentlichen Interesses stehen und die andernfalls in der Berichterstattung zu kurz kämen. Presseinformationen müssen nicht nur inhaltlich richtig, sie müssen auch präzise und verständlich sein.[*46]

Nach der Erfüllung dieser Bedingungen wird es möglich sein, die öffentliche Meinung auch in Estland zugunsten des spezialpräventivorientierten Strafrechts zu richten, weil ehe eine Gesellschaft ihre Straftäter resozialisieren kann, muß sie sich selbst resozialisieren.

[46] E. Behrschmidt (Fn. 41), S. 356–357.

Jüri Saar

Docent,
Institute of Law, University of Tartu

Later Criminal Careers of Occupants of Juvenile Reformatory and Penal Institutions

1. Introduction

The individual consistency of delinquent conduct and its changes during life are an area of interest for modern criminological studies. Data collected on the progress of criminal careers[*1] greatly complement the general statistics of crime and enable a more exact planning of crime control and prevention measures. For example, committing of criminal offences by an adult usually means that the offending conduct already started in the person's childhood. Paradoxically, a majority of juvenile delinquents do not become criminals in their adulthood, because individual criminal activity usually decreases with age.[*2] An increase in the level of crime may be due to an increased number of criminally active individuals in the population, an increased frequency of criminal offences committed by the criminally active individuals, or an overall lengthening of criminal careers. Such background variations in the general crime characteristics require a differentiated criminal policy approach and different measures.

This article describes some of the results of a longitudinal study carried out in 1985–1999. The aim of the study was to analyse the patterns and influencing factors of the further criminal careers of persons who committed criminal and other offences as minors. The studied group consisted of males who had stayed in Estonian juvenile reformatory and penal institutions at the beginning of 1985 and who were actually avail-

[1] A criminal career has been defined as the longitudinal sequence of delinquent and criminal acts committed by an individual offender, or an individual's movement through criminal practice and experience. See D. P. Farrington. Human development and criminal careers. – M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner (eds.). Oxford Handbook of Criminology. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 511.

[2] T. P. Thornberry. Introduction: Some advantages of developmental and life-course perspectives for the study of crime and delinquency. – T. P. Thornberry (ed.). Developmental Theories of Crime and Delinquency: Advances in Criminological Theory. Vol. 7. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1997, p. 3.

able and complied with the established criteria.[*3] At that time, practically every minor who committed criminal offences or systematically broke the law was placed in a juvenile reformatory or penal institution. The study was a representative cohort study of delinquent minors, in which the criminal activity of the individuals was monitored over a period of fifteen years. The social and personal characteristics of the individuals of the sample and their criminal career patterns therefore characterise all the juvenile delinquents and criminals of Estonia at the time to a significant degree.

Analysis of personal files was the main method used to collect objective primary data on each person. Other methods included a survey of respondents for which a special questionnaire was used. The questionnaire consisted of the following sections: general data (age, residence, *etc*.); family data (age of parents, their education, job, family relations, *etc*.); information about school and studies (completed years of study, repetition of a school year, change of school, *etc*.); information about spending leisure time (how and with whom the person spent their leisure time); information about harmful habits (smoking, drinking alcohol), and assessments of different spheres of life. Some data were collected in parallel from files and questionnaires so as to appraise the objectivity of the responses.

The aim of the **first stage** of the study (January 1985) was to identify the main social and personal characteristics of the contingent of special educational institutions for minors. The sample consisted of 210 minors from reformatories and 107 minors from special vocational schools, aged 14–17. The **second stage** was carried out in April 1990 when an inquiry was made to the Information and Computing Centre of the ESSR (Estonian Soviet Socialist Republic) Ministry of Internal Affairs about the criminal offences committed and punishments incurred by the individuals of the sample during 1984–1990. Criminal offences and punishments were recorded during this and the following stages on the basis of judgments of conviction. Data on the employment status and residence of the same individuals were obtained from the Passport Service of the ESSR Ministry of Internal Affairs. The **third stage** was carried out in April and May 1995, when an inquiry was made to the Address Bureau of the National Citizenship and Migration Board to obtain information about the places of residence and work of the individuals. Information on criminal offences and punishments during 1990–1995 was collected from the criminal files of the Information and Analysis Bureau of the Police Board. In the **fourth stage**, a new inquiry was made about the activities of the individuals during 1995–1999. Data collected in the last three stages were added to the earlier data to form a data bank.

2. Juvenile delinquency of individuals of cohort and sanctions applied to them

In order to determine the differences between the persons on whom criminal sanctions or educational measures were imposed as minors and to assess the effect of these on their later criminal careers, the cohort was divided into three subgroups according to the official sanctions:

1. The delinquents' subgroup consisted of individuals who had committed delinquent acts as minors and were placed in a special vocational school by a decision of the Committee for Minors' Affairs (CMA) or the court.[*4] The individuals of this subgroup did not commit officially recorded criminal offences until the age of 18 or were exempted from criminal liability due to their age. Their formal characteristic is the application of the most severe educational measure to them. The subgroup consisted of **65** individuals and they were referred to as the **S-boys**.[*5]

[3] Some words should be said about the system of juvenile reformatory and penal institutions in the context of this article. There were five such institutions in the Estonian Soviet Socialist Republic in the 1980s: Tapa Special School, Puiatu Special School, Special Vocational School No. 1 (at Kaagvere), Special Vocational School No. 2 (at Paikuse), and the Juvenile Reformatory (in Viljandi). Special schools were subordinated to the ESSR Ministry of Education and were intended for male minors (Russian-speaking minors at Tapa Special School and Estonian-speaking minors at Puiatu Special School) whose behavioural problems could not be solved in an ordinary school. The lower age limit for special schools was 14 years and one could stay at the school up to the age of 16. Special vocational schools were subordinated to the ESSR State Committee for Vocational Education and were intended for minors aged 14 to 17 (included) who had systematically broken the law. Special Vocational School No. 1 was for girls and Special Vocational School No. 2 was for boys, both Estonian-speaking and Russian-speaking. The Juvenile Reformatory was subordinated to the Reformatories Administration of the ESSR Ministry of Internal Affairs and male minors who had committed a criminal offence were placed in the reformatory to serve a sentence imposed by a court judgment. Individuals often went through different institutions — a special school in childhood and a special vocational school and/or reformatory as a minor. All these institutions, administered by different central governmental bodies, acted as a complete system that was collectively referred to as juvenile reformatory and penal institutions.

[4] Committees for Minors' Affairs were public executive bodies that dealt with children's and minors' problems. Among other things, the committees imposed sanctions involving material restriction of liberty, such as placement in a special school or special vocational school. See ENSV Ülemnõukogu ja Valitsuse Teataja (Gazette of the Supreme Council and Government of the Estonian Soviet Socialist Republic) 1977, 32, 359 (in Estonian).

[5] The name derives from the location of the special vocational school in the Pärnu district near the town of Sindi.

2. The subgroup of juvenile criminals consisted of individuals who had committed at least one criminal offence as minors and had served a custodial sentence for it. The formal characteristic was their placement in a reformatory by a court. Individuals of this subgroup did not manifest systematic delinquent conduct as minors before they committed a criminal offence, *i.e.* they were not occupants of a special vocational school before the offence. The subgroup was composed of **178** individuals and was referred to as the **V-boys**.[*6]
3. The third subgroup consisted of individuals who had exhibited delinquent conduct as minors and were placed in a special vocational school. They had also committed at least one recorded criminal offence as minors. Their criminal offences had taken place before, during or after their placement in the special vocational school, but before they became 18 years old. The formal characteristic is the application of educational measures as well as criminal punishment to the individuals of this subgroup. The subgroup consisted of **74** individuals who were collectively referred to as the **Chronic Offenders**.[*7]

The individuals of the subgroups differed by most of the characteristics used, and the characteristics of the S-boys and V-boys were generally better than those of the Chronic Offenders. Early behavioural problems, worse conditions for socialising in childhood, and school problems were most characteristic of the Chronic Offenders subgroup. At the same time, this group accorded the lowest rating to the relations of their parents and their own relations with their parents; they had the most frequent constant quarrels with parents, they had few chores, they seldom spent their leisure time with their parents, and they did not intend to go to another school or learn a new profession after their release (although they denied their intention of working in the profession they were acquiring). It was prognosticated on the basis of the objective conditions and subjective estimates of childhood that the criminal careers of the Chronic Offenders would be the longest compared to the other subgroups and that the Chronic Offenders would commit a greater number of and more severe criminal offences.

The most positive aspect of the S-boys is that they had not incurred official criminal punishments as minors. When comparing the socialising characteristics of this subgroup's individuals to those of the Chronic Offenders, the position of the S-boys was better in most of the cases (except for the beginning of alcohol consumption and the high alcoholism level of their parents). However, when comparing their socialising characteristics with those of the V-boys, the results were not so good. This was evidenced by the behavioural problems that started at a relatively early age (*e.g.* an earlier record with the Committee for Minors' Affairs, a larger percentage of those who were placed in a special school). The S-boys were further characterised by a large number of children in the family, a larger percentage of births in single-parent families, and a lower level of education of fathers. Special vocational schools were chiefly intended for minors with a generally poor behaviour and unfavourable family background. Those minors who were placed in the reformatory were from relatively better social conditions and many of them did not exhibit delinquent conduct. The further life and criminal career prognosis of the S-boys was therefore lower than that of the V-boys because of the socialising characteristics.

3. Changes in sample up to 1999

During the 15 years of the study, changes took place in the composition of the sample, which had to be taken into account in assessing the final results. On the one hand, it was an ordinary occurrence that some of the individuals who belonged to the sample at the beginning of the longitudinal study did not belong to it in the final stages. The reasons for this were: leaving the country (administrative unit), death, or lack of data in registers, collectively understood as "non-availability of an individual". Because of the lack of relevant data on these individuals that would have characterised the time dynamics of their behaviour, most of them they had to be excluded from the final cohort to avoid "noise".

A total of 18 individuals or 5.7% of the sample, including 17 non-Estonians, had left Estonia by 1999. Only one individual left the country in 1986 in relation to ordinary mobility within the country; the others changed their permanent residence in the 1990s, most of them after Estonia regained independence. The intensity of emigration was the highest in 1992 when five persons left Estonia. The last emigration occurred in 1997, when two persons moved away (see Table 1). Of the 36 persons who were born outside Estonia, 14 or 39% had left Estonia by 1999, in most cases for their place of birth.

[6] The name derived from the location of the juvenile reformatory in the city of Viljandi.

[7] The Chronic Offenders' subgroup consisted of 66 individuals who were serving sentences in the reformatory at the beginning of 1985 and 38 occupants of special vocational schools who incurred criminal punishments later before the age of 18.

Table 1. Time of leaving Estonia

Year	1986	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	Total
Number of individuals	1	2	1	5	2	1	2	2	2	18

There was a somewhat larger share of S-boys (8%) and smaller percentages of Chronic Offenders and V-boys (about 5% in each subgroup) among those who emigrated (see Table 2). Although the differences are not large, criminal punishment as a minor seemed to play a certain role, *i.e.* the proportion of those who did not incur criminal punishment as minors was relatively greater among the emigrants. Those who emigrated were also characterised by a relatively low offence rate in adulthood. The average number of punishments per individual among the emigrants was 1.6 (the cohort's average was 2.6), and most of the custodial sentences imposed on these individuals were conditional. The summed custodial sentence of only one person exceeded 15 years.

Table 2. Juvenile delinquency of individuals who left Estonia

Subgroups	Number and percentage of individuals who left Estonia	Percentage of individuals who left Estonia within the subgroup
S-boys	5 (27.8)	7.7
V-boys	9 (50.0)	5.1
Chronic Offenders	4 (22.2)	5.4
Total	18 (100.0)	5.7

Most of the non-Estonians who left Estonia had settled here in a single place and had committed few criminal offences. Apparently, this was a contingent among the non-Estonian former juvenile offenders and criminals whose social adaptation was rather successful and who found that residing outside Estonia would be more suitable for them. Another reason could lie in the consistent citizenship and migration policy of Russia, which has so far limited the immigration of Russian citizens who have committed offences from the former territory of the Soviet Union to Russia. At the end of 2001, Estonian prisons held 155 persons who were citizens of a foreign county (mostly Russia).[*8]

Twenty persons or 6.3% of the cohort had died by 1999. Non-Estonians, who formed less than 40% of the entire cohort, prevailed among those who died (14 or 70%). This is a very high mortality rate for persons aged up to 30, which is why a strong correlation can be suspected to exist between mortality and the specific lifestyle and status of the persons. Indeed, manslaughter was the first among the causes of death: seven events, of which two occurred in prison. Three deaths were caused by illness (epilepsy, tuberculosis, lesion of the cerebral blood vessels), three by suicide (including two in prison), two by lethal car accidents and two by other accidents. No exact data were available on the remaining three deaths (see Table 3).

Table 3. Causes of death

Causes of death	Number and percentage of individuals	Percentage of cohort
Manslaughter	7 (35.0)	2.2
Accident	4 (20.0)	1.3
Illness	3 (15.0)	0.9
Suicide	3 (15.0)	0.9
Unknown cause	3 (15.0)	0.9
Total	20 (100.0)	6.3

[8] J. Saar, A. Markina, A. Ahven, A. Annist, J. Ginter. Kuritegevus Eestis 1991–2001 (Crime in Estonia 1991–2001). TPÜ Rahvusvaheliste ja Sotsiaaluuringute Instituut, EV Justiitsministeerium. Tallinn: Juura, 2002, p. 310 (in Estonian).

Analysis of the distribution of deaths across the subgroups did not reveal any remarkable correlations to juvenile delinquency. The Chronic Offenders were represented to a somewhat higher degree (8%) than the S-boys and V-boys (about 6% each) (see Table 4). The correlation between mortality and later criminal career was also small or even negative. The subgroup of unpunished individuals was represented by three deaths: one suicide, one illness and one traffic accident. Four of them had been punished once and only one person, who died in prison after an accident in 1995, had pursued a lengthy criminal career (five punishments). The average number of punishments in the group of dead individuals was 1.8, remaining below the average of the cohort (2.6).

Table 4. Juvenile delinquency of dead individuals as minors

Subgroups	Number and percentage of dead individuals	Percentage of dead individuals within subgroup
S-boys	4 (20.0)	6.1
V-boys	10 (50.0)	5.6
Chronic Offenders	6 (30.0)	8.1
Total	20 (100.0)	6.3

A surprising fact was the lack of new information on the unlawful conduct, residence, and field of activity of 15 persons (4.7% of the sample). The latest data on nine of these persons date back to the 1980s or the period when registration of residence was mandatory for all inhabitants. One individual was declared to be a fugitive in 1992 (in connection with suspected manslaughter). Although only five persons have been officially declared missing, the registers did not contain newer data on the location of the rest of them. As registration of residence is not currently mandatory, one need not register one's stay in Estonia. Unless a person has contacts with police or is sought by relatives, such an illegal period may last for years.

Most of the unregistered persons were non-Estonians (nine persons), of whom six were last unregistered upon imprisonment and their terms of punishment ended at the end of the 1980s. At that time, sentences were often served outside Estonia and it is possible that these persons did not return to Estonia or came back to their former place of residence illegally. Therefore, it is not impossible that some of the unregistered individuals are staying in Estonia illegally.

Although the percentage of unregistered persons is somewhat higher among the Chronic Offenders and V-boys (5% each) compared to the S-boys (3%), the differences across the subgroups were relatively small (see Table 5). The missing persons had committed relatively few criminal offences; three of them had not committed any registered criminal offences and four had been convicted for criminal offences as minors. The average number of punishments per person in the missing individuals' group was 1.5, which was much lower ($p<0.01$) than the average of the cohort (2.6).[*9]

Table 5. Juvenile delinquency of unregistered individuals

Subgroups	Number and percentage of missing individuals	Percentage within subgroup
S-boys	2 (13.3)	3.1
V-boys	9 (60.0)	5.1
Chronic Offenders	4 (26.7)	5.4
Total	15 (100.0)	4.7

For different reasons, 53 persons or 16.7% of the respondents were withdrawn from the initial cohort up to the year 1999 and the final cohort consisted of 264 individuals (see Table 6). The progress of the criminal careers and lives of only these individuals could be observed from the beginning to the end of the study.

[9] ANOVA analysis was used in this study to determine the significance level of variance of the average data: $p<0.05$ stands for significant variance at a 95% level and $p<0.01$ stands for significant variance at a 99% level.

Table 6. Changes in sample in 1985–1999

Reasons for withdrawal from sample	Number of individuals in cohort in 1985	Number of individuals in cohort in 1990	Number of individuals in cohort in 1995	Number of individuals in cohort in 1999
Individuals who left Estonia	0	3	14	18
Dead individuals	0	3	17	20
Unregistered individuals	0	13	15	15
Total withdrawn	0	19	46	53
Sample size	317	298	271	264

Such a great loss of individuals from the sample is somewhat surprising, considering Estonia's small territory and the compactness of the population. Most of the persons who were withdrawn from the cohort for various reasons were non-Estonians, who formed a majority of the emigrated, dead, and unregistered persons (nearly 90%, 70%, and 60%, respectively). There were 13 Estonians and 40 non-Estonians among those who were withdrawn from the cohort. It is interesting to note that the changes in the cohort by the nationality characteristic were essentially identical to the changes that took place at the same time in the entire population of Estonia. According to the census of 1979, Estonians formed 61.7% of the country's population, while their percentage of the cohort was 60.6% at the beginning of the study.[*10] According to the census of 2000, there were 67.9% Estonians among the country's population, and their percentage of the cohort reached 67.8% by 1999.[*11]

4. Grouping of individuals by criminal careers

The cumulative indicator of participation in criminal activity was 93.2% (246 individuals) in the tidied sample (264 individuals), *i.e.* 18 individuals had not committed any criminal offences. Comparison of the participation of the individuals of the final sample in criminal activities as minors and adults revealed a higher participation rate as minors (79.5% and 71.6%, respectively). The Chronic Offenders committed criminal offences the most frequently in their adulthood (80%), followed by the V-boys (71%) and S-boys (65%). Criminal punishment as a minor increased the likelihood of the person's criminal punishment as an adult.

The individuals who remained in the sample were grouped according to the number of criminal punishments inflicted on them up to the year 1999. The division was as follows.

Group 1 consisted of 18 individuals on whom no criminal punishments had been imposed during the observed period, *i.e.* they had no official record of a criminal career. The main characteristic of this group is juvenile delinquency, but no criminal punishments in childhood or adulthood. These individuals formed **5.7%** of the entire cohort and were referred to as **Desisters**.

Group 2 consisted of 53 individuals on whom one criminal punishment had been inflicted up to 1999. They formed **16.7%** of the cohort and most of them pursued a short criminal career that had ended by 1999. The group was divided into two depending on whether the single criminal offence was committed in childhood (42 individuals) or adulthood (11 individuals). The group was referred to as **Occasionals**. Two of the Occasionals were serving custodial sentences at the time of the last stage of the study. The punishments imposed on this group's individuals (53 punishments) formed 6.4% of the punishments imposed on the entire cohort.

Group 3 consisted of 59 and 51 individuals who had been punished two and three times, respectively, and they collectively formed **34.7%** of the entire cohort. The criminal career of these individuals was medium-length or long depending on what percentage of the crimes were committed as minors and as adults. Four individuals who were punished twice were serving custodial sentences at the time of the last stage of the study. Most of those who had been punished three times had committed their latest criminal offence in the mid-1990s and nine of them were serving custodial sentences at the time of the last stage of the study. Both

[10] Naseleniye rayonov, gorodov i posyolkov gorodskovo tipa Estonskoi SSR: Po dannym vsesoyuznoi perepisi na 17 yanvarya 1979 goda. Tallin: ZSU ESSR, 1980, p. 131.

[11] Rahvaloendus 2000 (Census 2000). Available at: http://gatekeeper.stat.ee:8000/px-web.2001/Dialog/Saveshow.asp (3.01.2003) (in Estonian).

categories are characterised by recidivism and these individuals were referred to as **Persistent Criminals**. The punishments inflicted on the Persistent Criminals (271 punishments in total) formed 32.7% of all the punishments.

Group 4 consisted of 83 individuals who had committed at least four different criminal offences for which they had been punished four times or more. These **Habitual Criminals** formed **26.2%** of the entire cohort. The criminal career of such persons was long and its duration was evidenced by the custodial sentences served by a large part of the group (39 individuals or 45%) during the final stage. The aggregate punishments imposed on Habitual Criminals (417 punishments) formed 50.4% of all the punishments in the cohort (see Table 7).

Table 7. Distribution of individuals of cohort by criminal career and punishments imposed on them by 1999

Groups of individuals	Number of individuals	Percentage of cohort	Number of punishments and their percentage of total punishments
Desisters	18	5.7	–
Occasionals	53	16.7	53 (6.4)
Persistent Criminals	110	34.7	271 (32.7)
Habitual Criminals	83	26.2	417 (50.4)
All groups	264	83.3	741 (89.5)
Withdrawn from cohort	53	16.7	87 (10.5)
Total	317	100.0	828 (100.0)

The fields of activity and places of residence of individuals of different groups were then studied to identify any relations with criminal careers. The percentage of working individuals was the greatest in 1999 in the Desisters' group (61%) and the lowest in the Habitual Criminals' group (13%). Unemployment was the lowest (22%) among the Desisters at the same time. The larger percentage of non-working persons among the Occasionals and Persistent Criminals as compared to the Habitual Criminals was surprising (38%, 50%, and 34%, respectively). This was explained by the next row in the Table, revealing that 47% of the Habitual Criminals were serving custodial sentences in prisons at the time. This means that prisoners dominated the Habitual Criminals group both by numbers and by percentage. Only two Occasionals (3.8% of the group) and 13 Persistent Criminals (12% of the group) were in prison in 1999 (see Table 8). The structure of activities across the groups revealed the best social position of the Desisters and the worst of the Habitual Criminals. Analysis results also showed that according to the characteristics used, the social position of the Occasionals was better than that of the Persistent Criminals. The relatively frequent lack of information on the activities of the Desisters and Occasionals implied their infrequent contact with state institutions amongst other things.

Table 8. Fields of activity of the groups in 1999 (number and percentage of individuals)

Field of activity	Desisters	Occasionals	Persistent Criminals	Habitual Criminals	Total
Working	11 (61.1)	20 (37.7)	34 (30.9)	11 (13.3)	76 (28.8)
Non-working	4 (22.2)	20 (37.7)	55 (50.0)	28 (33.7)	107 (40.5)
In prison	–	2 (3.8)	13 (11.8)	39 (47.0)	54 (20.5)
No data available	3 (16.7)	11 (20.8)	8 (7.3)	5 (6.0)	27 (10.2)
Total	18 (100.0)	53 (100.0)	110 (100.0)	83 (100.0)	264 (100.0)

Analysis of the places of residence of the individuals in 1999 in relation to their criminal careers showed the following patterns. The percentage of individuals who had a place of residence was the smallest among the Habitual Criminals, of whom about 23% had no permanent residence. The proportion of individuals residing in rural areas, villages and rural settlements was the largest among the Occasionals (30%). Towns with more than 15,000 inhabitants were the most common place of residence of the Desisters (39%). Individuals residing in Tallinn were distributed among the criminal career groups relatively equally (see Table 9).

Table 9. Places of residence by group in 1999 (number and percentage of individuals)

Place of residence	Desisters	Occasionals	Persistent Criminals	Habitual Criminals	Total
Rural areas, villages, rural settlements	4 (22.2)	16 (30.2)	24 (21.8)	20 (24.1)	64 (24.2)
Small towns or townships	2 (11.1)	10 (18.9)	24 (21.8)	13 (15.7)	49 (18.6)
Towns with more than 15,000 inhabitants	7 (38.9)	13 (24.5)	34 (30.9)	19 (22.4)	73 (27.7)
Tallinn	3 (16.6)	9 (17.0)	21 (19.1)	12 (14.5)	45 (17.0)
No residence	2 (11.1)	5 (9.4)	7 (6.4)	19 (22.9)	33 (12.5)
Total	18 (100.0)	53 (100.0)	110 (100.0)	83 (100.0)	264 (100.0)

5. Criminal careers and juvenile delinquency of individuals

The following analysis studied the relation between the criminal careers of the individuals and their juvenile delinquency. The Desisters' group consisted exclusively of S-boys because of the rules of preparing the sample and the definition of the Desisters' group. Occasionals included equal proportions of individuals from each subgroup (S-boys, V-boys, Chronic Offenders). There were a slightly smaller number of S-boys and more V-boys and Chronic Offenders among the Persistent Criminals. The Habitual Criminals' group included relatively less S-boys, somewhat more Chronic Offenders and the largest number of V-boys (see Table 10). It was obvious that juvenile delinquency and later criminal careers were not related the way it was predicted earlier. The results of the S-boys were undoubtedly the best. The V-boys and Chronic Offenders had committed a much larger number of criminal offences than the S-boys ($p<0.01$). At the same time, the numbers of criminal offences committed by the Chronic Offenders and V-boys did not differ between themselves. It may be said that the number of criminal offences in a criminal career was largely determined by whether a criminal punishment was inflicted on the individual as a minor or not.

Table 10. Criminal careers and juvenile delinquency (number and percentage of individuals)

Groups	S-boys	V-boys	Chronic Offenders	Total
Desisters	18 (100.0) (33.3)	–	–	18 (100.0) (6.8)
Occasionals	11 (20.8) (20.4)	31 (58.5) (20.7)	11 (20.8) (18.3)	53 (100.0) (20.1)
Persistent Criminals	17 (15.5) (31.5)	66 (60.0) (44.0)	27 (24.5) (45.0)	110 (100.0) (41.7)
Habitual Criminals	8 (9.6) (14.8)	53 (63.9) (35.3)	22 (26.5) (36.7)	83 (100.0) (31.4)
Total	54 (20.5) (100.0)	150 (56.8) (100.0)	60 (22.7) (100.0)	264 (100.0) (100.0)

Analysis of the punishments imposed for the first criminal offences showed that the Habitual Criminals were first punished at the earliest age (16.1 years). The Occasionals were the oldest at the time of their first criminal punishment (17.7 years) (see Table 11). The age when the first criminal offence was committed and punished thus related to the length of the career. The earlier the first criminal punishment was imposed, the longer was the criminal career that followed. And *vice versa:* a later criminal punishment predicted a shorter criminal career.

Table 11. Criminal careers and age at the time of first criminal punishment

Groups	Age at the time of first criminal punishment (years)
Desisters	–
Occasionals	17.7
Persistent Criminals	16.6
Habitual Criminals	16.1
Average	16.7

Placement in a special school as a minor was significantly related to the progress of later criminal careers. While only one of the Desisters was placed in a special school, the share of such individuals among the Habitual Criminals was nearly one-fourth. The respective figures for the Occasionals and Persistent Criminals were practically equal. Placement in a special school as a child or minor thus proved to be a factor that predicted a later long-term criminal career with a large number of criminal offences.

The same tendency was revealed when observing the age of an individual at the time of recording with the Committee for Minors' Affairs and the number of hearings held there over their conduct. The Habitual Criminals had been placed on record at the Committee at the earliest age and they were given the largest number of hearings. Not the Desisters, but the Occasionals were recorded at the Committee for Minors' Affairs at the latest age, and they were given the smallest number of hearings (see Table 12).

Table 12. Criminal careers and first contacts with legal protection bodies

Groups	Age upon recording at Committee for Minors' Affairs (years)	Number of hearings over conduct
Desisters	12.9	4.2
Occasionals	13.2	3.8
Persistent Criminals	12.9	4.1
Habitual Criminals	12.4	4.7
Average of cohort	12.8	4.2

6. Conclusion

The study provided a picture of the past 15 years of the lives of the individuals of the cohort who had committed criminal or other offences as minors. The main conclusion was that in most cases, their lives were not successful. The former occupants of reformatory and penal institutions were characterised by high mortality, lack of working career (not working, unemployed), and lack of a permanent place of residence. There was a strong correlation between criminal careers and the overall course of life. The larger the number of crimes and punishments during the observed period, the worse was the social position of a person. The more serious were the crimes, the less successful was the social adaptation of the individuals. At the same time, placement in a reformatory or penal institution as a minor, discontinuance of the educational path, lack of a regular profession, harmful habits developed at an early age, and social stigmatisation already predetermined the low social position of the entire contingent. Similar results have been obtained in several foreign criminological studies, in which delinquent conduct was associated with substantial problems in other spheres of life.*[12]

During the 15 years, the employment and social position of the individuals of the cohort deteriorated, largely due to their insufficient educational and vocational preparation, and lack of a positive social background. Employment structure in Estonia changed significantly in the 1990s, which caused a need for acquiring new

[12] T. Hirschi, M. R. Gottfredson (eds.). The Generality of Deviance. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1994; M. Junger, I. H. Marshal. The interethnic generalizability of social control theory: An empirical test. – Journal of Reseach in Crime and Delinquency, 1997, vol. 34, pp. 79–112; M. Junger, G.-J. Terlouw, P. G. van der Heijden. Crime, accidents and social control. – Criminal Behaviour and Mental Health, 1995, Vol. 5, pp. 386–410; C. Keane, R. Arnold. Examining the relationship between criminal victimization and accidents: A routine activities approach. – Canadian Review of Sociology and Anthropolgy, 1996, vol. 33, pp. 457–479.

skills and professional knowledge. This has been a task beyond the powers of many former occupants of juvenile reformatory and penal institutions. This social degradation and marginalisation process occurred at a different intensity in the subgroups. After 15 years, the S-boys were in a better and the V-boys and Chronic Offenders were in a worse position. The result did not match the earlier prognoses of the individuals' lives, which predicted the best results for the V-boys and the worst results for the Chronic Offenders. Apparently, the fact of a custodial sentence and criminal punishment as a minor — a characteristic shared by these two subgroups, but not the S-boys — has made a major impact.

The differences between Estonians and non-Estonians have aggravated during the 1990s. The final sample included a relatively numerous contingent of individuals with a positive social engagement, *i.e.* a relatively large percentage of them had a job and a place of residence. Non-working persons prevailed among non-Estonians, and a somewhat larger percentage of non-Estonians were imprisoned. The acclaimed criminologist M. Tonry reached similar conclusions when summing up the results of studies conducted to identify the relations between crime and belonging to an ethnic or racial minority at the end of the 1990s. The crime and imprisonment indicators of minority groups exceed the respective indicators of the main population in all countries, while other social and economic problems are also frequently revealed among minority groups.[*13]

[13] M. Tonry. Introduction. – M. Tonry (ed.). Ethnicity, Crime, and Immigration: Comparative and Cross-National Perspectives. Crime and Justice. A Review of Research. Vol. 21. Chicago: University of Chicago Press, 1997, pp. 1–29.

René Värk

Lecturer of International Law
Institute of Law, University of Tartu

Personal Inviolability and Diplomatic Immunity in Respect of Serious Crimes

Personal inviolability and diplomatic immunity from criminal jurisdiction still remain among the most problematic issues in modern diplomatic law. Such special privileges have for long effectively protected diplomatic representatives and other foreign officials from interference with their freedom, which may be attendant upon penal proceeding, the objective of which is the curtailment of financial or personal liberty in the interests of punishment or deterrence. However, everyday practice indicates that both states and diplomatic agents still have problems with interpreting the relevant provisions of the Vienna Convention on Diplomatic Immunity.[*1] Unfortunately the diplomats are more likely those who occasionally tend to misinterpret the extent of their privileges and thus make use or, to be more precise and correct, abuse their inviolability and immunity. Such abuses may still be tolerable by the receiving state in the name of securing effective performance of diplomatic functions, if these abuses involve merely minor offences or crimes. But do receiving states and the international community have to tolerate personal inviolability and diplomatic immunity in case of serious crimes such as murder and conspiracy as well as war crimes and crimes against humanity? The present article intends to address such issues and examine possible solutions to these problems and possible remedies against abuses of diplomatic status.

1. General observations

Peoples have recognised the special status of foreign representatives already since ancient times and therefore some of the fundamental principles concerning such representatives, for example, personal inviolability, are as old as the first civilisations. Since then, diplomatic law has continuously developed and also changed, but the vital principles have survived that evolution. Nowadays diplomatic law has, in many respects, become a unique part of public international law. A vast majority of states, if not all, apply its rules every single day, as they are in diplomatic relations with one another. But when taking into consideration such wide and extensive application of diplomatic law, it is surprising to learn how exceptionally high the level of law-obedience is among the relevant states.[*2] Why is that? Firstly, the rules of diplomatic law had

[1] United Nations Treaty Series, 1964, vol. 500, p. 95.

[2] See S. Mahmoudi. Some Remarks on Diplomatic Immunity from Criminal Jurisdiction. – J. Ramberg, O. Bring, S. Mahmoudi (eds.). Festskrift till Lars Hjerner: Studies in International Law. Stockholm: Norstedts, 1990, p. 327.

long been stable and established before they were codified into the Vienna Convention.[*3] Secondly, the simple principle of reciprocity represents an effective protection against the breaches of diplomatic law by states. As most states are normally both sending and receiving states, they can respond to any inappropriate actions from another state towards its diplomatic agents with similar measures against the diplomats of the offending state. Therefore, the principle of reciprocity with common interests of states guarantees efficient application of diplomatic law and also general obedience.[*4] But at the same time, this principle can block desirable changes and innovations in connection with diplomatic immunity from criminal jurisdiction — states cannot initiate an emergence of new customary international law to deal with new developments.

As the concept of diplomatic immunity renders it virtually impossible for any local authority to exercise its power over duly appointed diplomatic agents, it has naturally caused many social problems. The general understanding is that diplomatic status does not in any way give diplomatic agents permission to violate the laws and regulations of the receiving state[*5] and the overwhelming majority of diplomats are indeed law-obedient. Thus occasional abuses of their privileged status, for example, drunk-driving or causing a car accident, which are brought to public attention, tend to receive a disproportional amount of publicity compared to other similar cases, where the person concerned is without such special status, and therefore serve to prejudice public attitude toward the practice of personal inviolability and diplomatic immunity. However, regardless of the severity of offences, states have so far refrained from serious retaliatory actions due to several factors. Firstly, states maintain a substantial number of diplomatic agents abroad and they do not want to endanger the situation of their diplomats in different and not always particularly safe countries. Secondly, there may be a mentionable community of expatriates of the receiving state in the sending state and therefore the extent to which receiving states will avail themselves of the opportunities for response to abuse of diplomatic status depends in large measures upon whether that expatriated community is perceived to be at risk. For example, in the serious Libyan People's Bureau incident the United Kingdom restrained itself from more harsh reactions as it was concerned with the security and well-being of some 8,000 Britons resident in Libya.[*6]

Personal inviolability and diplomatic immunity has been extended traditionally also to heads of state and even to members of government. Such people have committed even more serious and heinous crimes as leaders of their countries than diplomatic agents.

2. Personal inviolability

Before going any further with the issue of diplomatic immunity, we should look at the principle of personal inviolability, which is the oldest established rule of diplomatic law and also closely connected with diplomatic immunity. There is no doubt that the principle of inviolability of the person of a diplomatic representative is still the corner stone of diplomatic law. In the course of its historic development, the scope of personal inviolability became absolute, regardless of the severity of concerned offences. Although authors have long maintained that there is a right to self-defence, in the form of arrest or judicial proceeding, against an immediate threat from a diplomat, there does not appear to have been an instance where a state has officially relied on such a right and arrested the diplomat concerned.[*7] However, before the Vienna Conference for Diplomatic Intercourse and Immunities, which adopted the Vienna Convention, the International Law Commission (ILC) still mentioned that personal inviolability does not exclude either self-defence or, in exceptional circumstances, other measures to prevent a diplomat from committing a crime or an offence.[*8]

At the same Vienna Conference there was very little discussion on the draft article concerning personal inviolability and article 29 provides that a "diplomat shall not be liable to any form of arrest or detention" and "the receiving state shall treat him with due respect and shall take all appropriate steps to prevent any attack on his person, freedom or dignity".[*9] As we can see, the article itself makes no effort to define or

3 Hereinafter the Vienna Convention on Diplomatic Relations is referred to as the Vienna Convention.

4 I.L.C. Yearbook, 1958, vol. II, p. 105.

5 See also article 41, paragraph 1 of the Vienna Convention, which states that "without prejudice to their privileges and immunities, it is the duty of all persons enjoying such privileges and immunities to respect the laws and regulations of the receiving State".

6 R. Higgins. The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience. – American Journal of International Law, 1985, vol. 79, p. 645.

7 See C. J. Lewis. State and Diplomatic Immunity. 3th ed. London: Lloyd's of London, 1990, p. 135. For example, the Spanish ambassador Mendoza was expelled in 1584 on suspicion of conspiracy against the English queen. But at the same time, the French ambassador d'Aubéspine, who fell under similar suspicion three years later, continued to act as ambassador to Queen Elizabeth after the French king had ignored a request for his recall and he was not tried for his acts.

8 I.L.C. Yearbook, 1957, vol. I, pp. 209–210; Vol. II, p. 138; I.L.C. Yearbook, 1958, vol. II, p. 97.

9 Hereinafter all references to articles are references to the articles of the Vienna Convention if not noted otherwise.

explain the concept or extent of inviolability. Nevertheless, the article mentions two important aspects of this principle. Firstly, diplomatic agents are free from any sort of arrest or detention by the authorities of the receiving state and secondly, the latter has a duty to protect diplomatic agents.[*10] Personal inviolability is a physical privilege in nature and thus it is distinct from the diplomatic immunity from criminal jurisdiction. As in case of the inviolability of mission premises, there is no express reservation for action in cases of emergency, for example, a drunken diplomat with a loaded gun in a public place.[*11]

Thus due to personal inviolability, a diplomatic agent may not be arrested or detained in any circumstances.[*12] The police can, of course, arrest such a person in good faith, but when they learn that the person is entitled to personal inviolability, the police must release him immediately. Diplomatic history has seen very few situations where states have not respected personal inviolability. Probably the best-known incidence occurred in Teheran, Iran, where on 4 November 1979, the Embassy of the United States was invaded by militant students and all personnel of the embassy were seized as hostages. The purpose of such action was to secure the extraction of the former Shah by the United States into the hands of new Islamic regime. The Iranian authorities subsequently approved the actions of the militant students and therefore took responsibility for such actions and grave breaches of the Vienna Convention. The International Court of Justice (ICJ) stated in the judgement on those events that the Iranian actions were "clear and serious violations" of article 29 and the decision of the Iranian authorities to continue the occupation of the mission premises "gave rise to repeated and multiple breaches of the applicable provisions of the [Vienna] Convention".[*13] The ICJ clearly condemned the Iranian actions, but the Iranian officials still alleged that these actions were warranted under Islamic law although they were indeed prohibited by the convention.[*14]

3. Diplomatic immunity from criminal jurisdiction

3.1. Concept of diplomatic immunity

The immunity of a diplomatic representative from the criminal jurisdiction of the receiving state was, in earlier literature, regarded as indistinguishable from his personal inviolability. At the time when the principle of personal inviolability was first clearly established, it was unusual for criminal proceedings to take place without prior arrest and detention of the accused. But as time passed and the arrest and detention of the accused was not essential for criminal proceeding, diplomatic immunity from criminal jurisdiction emerged as a separate principle of diplomatic law.

However, the need for diplomatic immunities is not so self-evident. Although a majority of authors believe in such a need and do not admit any exceptions, there are also those who oppose these immunities or permit certain exceptions. But when speaking of the legal basis of diplomatic immunity, three theories are usually mentioned.[*15] Firstly, the oldest and also the most outmoded is the "theory of extraterritoriality", which was a legal fiction based on the notion that the territory of the receiving state used by the diplomatic mission or diplomat should be considered as a part of the territory of the sending state instead. Secondly, the latter theory was replaced by the "theory of representative character", which was also partly used in the Vienna Convention.[*16] This theory is based on the idea that the diplomatic mission, and thus also diplomats, personify the sending state and therefore they should be granted the same immunities and independence as those granted to the sending state.

Thirdly, there is now the "theory of functional necessity", which provides a conceptual basis for the Vienna Convention (though there is no direct reference to such basis). According to this theory, the justification for

[10] States are under no obligation to have specially defined crimes if victims are diplomatic agents. Estonia, however, has *expressis verbis* criminalised attacks on internationally protected persons, which include also diplomats. – Subsection 246 (1) of the Estonian Penal Code (*karistusseadustik*). – Riigi Teataja (the State Gazette) I 2001, 61, 364; 2002, 64, 390 (in Estonian).

[11] I. Brownlie. Principles of Public International Law. 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 358.

[12] It is interesting to note that in his statement, when answering to the request of a senator about French policy concerning diplomatic immunity, the French Prime Minister said that a diplomatic agent may not be arrested or detained except in case of *un flagrant délit*, that is a case requiring no further collection of evidence. The value of this kind of a statement is very doubtful and these on-the-spot arrests, under the circumstances whatsoever, clearly violate the inviolability of a diplomatic agent. See Journal Officiel Sénat, 16 December 1999, p. 4137.

[13] United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran. – I.C.J. Reports, 1980, p. 3, respectively paras. 67 and 76.

[14] This Iranian position is, however, faulty, as the only reprisal allowed by the Koran is the prevention of an envoy's departure (basically a violation of personal inviolability), but even that only if the envoy of the receiving state is being treated in the same manner. See C. Bassiouni. Protection of Diplomats under Islamic Law. – American Journal of International Law, 1980, vol. 74, p. 620.

[15] I.L.C. Yearbook, 1958, vol. II, pp. 94–95.

[16] Article 3 points out clearly that the diplomatic agent represents the sending state and the preamble also acknowledges the link between the immunities of diplomats and their function as representing the sending state.

granting immunities to diplomatic agents is based on the need to enable normal functioning of diplomatic missions and diplomats. The legal basis of immunities in the Vienna Conventions can be found in the preamble, which explains that "the purpose of such privileges and immunities is not to benefit individuals but to ensure the efficient performance of the functions of diplomatic missions as representing States". Driven by the functional necessity, this theory confers a certain minimum immunity on the diplomatic agent to perform his functions without hindrance. This obviously makes a link between granting immunities and performing the diplomatic functions and can also provide a certain level of control where such a link is missing (this is further addressed below). Consequently, diplomatic immunity protects diplomats from the receiving state, which may, for various reasons, want to hinder the diplomatic agent in carrying out his functions effectively, for example, by commencing unfounded penal proceeding.

What does the immunity mean? The judge said in the classic case of *Empson v. Smith* that "it is elementary law that diplomatic immunity is not immunity from legal liability, but immunity from suit".*[17] This means that diplomatic agents are not above the law; on the contrary, they are under an obligation "to respect the laws and regulations of the receiving State"*[18], and if they breach the law they are still liable, but they cannot be sued in the receiving state unless they submit to the jurisdiction.*[19] While personal inviolability is a physical privilege, diplomatic immunity is a procedural obstacle.

Diplomatic immunity from criminal jurisdiction is unqualified and absolute*[20], while in the case of civil and administrative jurisdiction there are certain exceptions.*[21] Article 31, paragraph 1 confirms that a diplomatic agent shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving state. This unlimited immunity concerns all possible minor offences as well as grave crimes, starting with breaches of traffic regulations and finishing with conspiracy against the national security of the receiving state or crimes against humanity. It also seems to be so that enjoyment of immunity by a diplomatic agent is not connected with the functions *expressis verbis* enumerated in article 3.

The legal consequence of diplomatic immunity from criminal jurisdiction is procedural in character and does not affect any underlying substantive liability. Therefore, whenever immunity is established and accepted by the court, the latter must discontinue all proceedings against the defendant concerned. The court has to determine the issue of immunity on the facts at the date when this issue comes before it and not on the facts at the time when an event gave rise to the claim of immunity or at the time when proceedings were begun. This means that if a diplomatic agent becomes, in the eyes of the court, entitled to immunity he may raise it as a bar to both proceedings relating to prior events (that occurred before he became a diplomat and entitled to immunity) and proceedings already instituted against him. The diplomatic agent is also immune from any measure of execution and he can raise his immunity from execution to bar any form of enforcement of a conviction or judgement against him.*[22]

Though all proceedings against the diplomat must be suspended during the period of entitlement to diplomatic immunity, it does not mean that these proceedings are "null and void" because of immunity. In the case of *Empson v. Smith* the court made it clear that on termination of diplomatic status for whatever reason, any subsisting action that had to be stayed on the ground of the defendant's immunity could be revived. This can be done even though he was entitled to immunity when the events concerned took place or when process was originally begun. At the same time, the trial of a diplomatic agent after dismissal from his post and loss of his immunity does not violate the prohibition of retroactive application of criminal laws. The reasoning is that the effect of the loss of immunity is to remove the procedural impediment and enable judicial authorities to prosecute a former diplomat for acts, which at the date of their alleged commission constituted crimes according to local law.*[23]

[17] See *Empson v. Smith*, Queen's Bench Division. – 1 Q.B. 426 (1996).

[18] Article 41, paragraph 1 (see also Note 5).

[19] See for example *Dickinson v. Del Solar*, King's Bench Division, – 1 K.B. 376 (1930).

[20] See also Arrest Warrant of 11 April 2000. Available at: http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iCOBE/icobejudgment/icobe_ijudgment_20020214.PDF (30.7.2003). Though this case did not actually concern any diplomatic agents but an incumbent Minister for Foreign Affairs, we can draw parallels to our topic as high officials of a state also enjoy immunity similar to diplomatic immunity.

[21] See article 31, paragraph 1.

[22] Article 31, paragraph 3, though there are still exceptions in case of execution of certain judgments in civil matters from which diplomats do not enjoy immunity.

[23] See for example the case of *Gustavo J. L. and Another before the Supreme Court of Spain*. – International Law Reports, 1991, vol. 86, p. 517.

3.2. Re-evaluation of the concept

3.2.1. Excluding immunity in case of grave crimes

Although the Vienna Convention makes no attempt to distinguish crimes according to their gravity, one may want to draw a line between the crimes of different gravity and also discuss the corresponding degree of immunity. Such people would argue that diplomatic agents should not indeed be disturbed with proceedings in respect of minor or not so important offences compared to the necessity to ensure effective performance of diplomatic functions, but in case of serious or generally dangerous offences the immunity of a diplomat should not become a basis for his impunity. The practical problem is that there is no unified definition of different degrees of crimes, as it is up to national laws of individual states to divide crimes according to their gravity. The simple fact is that certain offences are considered minor in one state and again grave in another or completely legal in one state and criminal acts in another. Therefore, most scholars categorically claim, and the actual state practice follows, that diplomatic agents cannot be tried or punished by local courts for committing a crime under any circumstances whatsoever. The ICJ shared the latter view and strongly emphasised that diplomats are entitled to diplomatic immunity from any form of criminal jurisdiction under general international law.*[24]

Though this may be so in the case of crimes which do not concern the general interest of the whole international community, but only the respective society, one may still want to re-evaluate the applicability of absolute diplomatic immunity from criminal jurisdiction in cases of crimes against humanity, war crimes, or other crimes of such gravity — that is international crimes. Indeed, the theory of functional necessity or, in other words, the very same link between diplomatic immunity and necessity to perform diplomatic functions effectively renders questionable the necessity or legitimacy of diplomatic immunity in such cases. It is very difficult to argue that crimes such as crimes against humanity and war crimes are consistent with the functions of a diplomat. Thus, one can make an argument that when diplomats act in fact, for example, like war criminals, they are not diplomats at all and thus must lose the benefits of those immunities that diplomats are usually entitled to. In addition, one can nowadays refer to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) and its annexes*[25], which everyday gather wider and wider support among states and may be seen even as evidence of customary international law. Differently from the situation where states have different criminal laws and defined crimes, these international instruments contain descriptions of possible serious international crimes that many states have agreed upon. So, now or soon one could say that states have a list of commonly accepted serious crimes from which diplomatic agents should not be immune. Indeed, in that way a receiving state cannot be accused of being biased and imposing its criminal law (also national criminal law tradition) upon foreign representatives and it is also more difficult to simply frame a diplomat for international crimes. States, however, seem to maintain so far the position that a person remains an appointed diplomat, and also entitled to diplomatic immunity, until his functions are duly terminated. Nevertheless, there has been an occasion where a diplomat was sentenced as a war criminal. Namely, in 1948 the Japanese ambassador to Belgium, General Oshima, was sentenced by a military tribunal for his war crimes during the Second World War despite his diplomatic status.*[26]

But on the other hand, can, for example, manslaughter, murder or conspiracy, be considered as consistent with diplomatic functions? The majority take a view that we still should, in order to keep clarity and to avoid individual interpretation of the Vienna Convention by states, maintain the position that diplomatic immunity from criminal jurisdiction is unqualified and absolute. After all, the sending state retains its full jurisdiction over its diplomatic agents*[27] and it would be under international pressure to prosecute diplomats who have committed serious crimes affecting the interests of all states. Sending states, however, have shown little enthusiasm in convicting their own diplomats for crimes committed abroad. An additional problem is that many states do not have jurisdiction over crimes committed abroad. There are also many other procedural problems such as securing the appearance of witnesses in the sending state, which make the continuing jurisdiction of the sending state still an ineffective measure. But this does not mean that sending states have never brought their diplomats to trial when they have returned to their own country. For example, a French diplomat was tried for killing his colleague in the course of a violent quarrel in Angola when he returned to France*[28]; the United States took criminal proceedings against a *chargé d'affaires* in regard to the homicide of a colleague in Equatorial Guinea.*[29]

---

[24] United Sates Diplomatic and Consular Staff in Teheran (Note 13), para. 79.

[25] Text of the Rome Statute of the International Criminal Court is available at: http://www.icc-cpi.int/docs/basicdocs/rome_statute(e).pdf (30.7.2003).

[26] C. Rousseau. Droit international public. Vol. IV. Paris: Sirey, 1980, p. 202.

[27] Article 31, paragraph 4 states that "the immunity of a diplomatic agent from the jurisdiction of the receiving State does not exempt him from the jurisdiction of the sending State".

[28] Revue Général de Droit International Public, 1984, p. 674.

[29] See *United States v. Erdos*, United States Court of Appeals (4th Circuit). – 474 F.2d 157 (1973).

3.2.2. Limiting immunity to official acts

Occasionally it has been suggested that diplomatic agents should enjoy their diplomatic immunity only in connection with actions forming part of their official functions.[*30] Therefore, any illegal acts, which are private acts in character or committed in connection with private activities, are under the jurisdiction of the receiving state and the latter can adjudicate over the offending diplomat. On the one hand, this can cause serious problems when deciding whether this or that action falls under acts performed in a private capacity or as part of official functions as numerated in article 3. Indeed, a Portuguese court once held that article 3 sets out the general framework for diplomatic functions and must be interpreted as also covering all other incidental actions, which are indispensable for the performance of those general functions listed in that article.[*31] The ICJ also takes a similar stand and holds that no distinction can be drawn between acts performed in an official capacity and those claimed to have been performed in a private capacity.[*32] Even though one could *prima facie* conclude that certain actions can be considered to be outside his official duties, such actions may still be of official character if the diplomat was instructed by his sending state to undertake that activity. On the other hand, can diplomatic agents and their sending state ever reasonably and credibly argue that committing serious offences can be considered as performing official functions (unless such offences were accidentally committed while carrying out diplomatic functions)? Such serious offences could include all violence against the person, for example, murder, rape, assault and battery, but not self-defence.

The scope of official functions becomes relevant also in another context. In fact, not all acts performed by a diplomatic agent remain forever immune from the jurisdiction of the receiving state.[*33] After the function of a diplomatic agent comes to an end, he loses his diplomatic immunity and he may be sued for all his actions except for those performed in the exercise of his official functions. The diplomat concerned of course has reasonable time to leave the receiving state before he loses his immunity, but whenever he chooses to return to that country, he may find himself faced with criminal procedure. One can reasonably argue that such offences as murder, rape, causing serious bodily injuries, kidnapping, war crimes and crimes against humanity do not form a part of official functions and can be tried by the receiving state. The latter can also seek for extraction of the former diplomat concerned from the sending state or other states which exercise territorial jurisdiction over him. However, the usability of such a possibility is again somewhat doubtful, as the sending state is unlikely to extradite its own diplomat, and if it was ready to see the diplomat prosecuted, it could have waived his immunity or tried him itself.

3.2.3. Hierarchy of norms

One way of excluding diplomatic immunity in case of serious crimes is to establish a hierarchy between norms granting such immunity and norms protecting certain fundamental values such as human life and then show that the latter norms have priority over the former norms. We can follow this line of argument most likely in the case of human rights and international humanitarian law, which may not be derogated from at all or in very limited occasions. Both diplomatic law and norms protecting human beings in peacetime and in wartime have been described as general and fundamental. The crucial question is now whether one or both of such sets of norms constitute *ius cogens* or otherwise higher norms.

As the principles of personal inviolability and of diplomatic immunity are functionallity-based principles, it is very difficult to consider such principles as *ius cogens*. Indeed, these two principles are strongly based on reciprocal compromise rather than on a necessarily desirable rule deriving from some higher source. Therefore, it is difficult to show that personal inviolability and diplomatic immunity are connected to natural law thinking associated with the concept of *ius cogens* — how can natural law justify a law destined to prevent justice because of utility-based status?[*34] Moreover, the breaches of *ius cogens* norms should concern the whole international community, but diplomatic immunity creates obligations and results in possible responsibility only between the sending and receiving states. But at least some violations of basic human rights, for example, slavery, crimes against humanity, genocide, may result in a breach of international obligations *erga omnes*, which indeed concerns all states.[*35] Differently from diplomatic law, human rights have frequently and expressly been regarded as *ius cogens* and there is one very powerful factor to support such an

[30] See S. L. Wright. Diplomatic Immunity: A Proposal for Amending the Vienna Convention to Deter Violent Criminal Acts. – Boston University International Law Journal, 1987, vol. 5, pp. 177–211.

[31] See *Portugal v. Goncalves*. – International Law Reports, 1990, vol. 82, p. 115.

[32] Arrest Warrant of 11 April 2000 (Note 20), para. 55.

[33] See J. E. Donoughue. Perpetual Immunity for Former Diplomats? A Response to "The Abisinito Affairs: A Restrictive Theory of Diplomatic Immunity?" – Columbian Journal of Transnational Law, 1988–1989, vol. 27, pp. 615–630.

[34] See D. Ben-Asher. Human Rights Meet Diplomatic Immunities: Problems and Possible Solutions. Available at: http://www.law.harvard.edu/Admissions/Graduate_Programs/publications/papers/benasher.pdf (30.7.2003).

[35] See Barcelona Traction, Light and Power Company Case (Second Phase). – I.C.J. Reports, 1970, p. 3, para. 32.

assumption – fundamental human rights rules may not be derogated from. Norms of *ius cogens* cannot be set aside by treaty or acquiescence, but only by the formation of a subsequent customary law of contrary effect.*[36]

Even though it may be difficult to establish in absolute certainty that human rights are *ius cogens* norms, one has to agree that norms granting or protecting fundamental human rights are important and should have priority compared to diplomatic immunity.

3.3. Position of Estonian legislation on diplomatic immunity

Estonia is a party to the Vienna Convention and according to the Estonian Constitution the latter is directly applicable and has priority before other legal acts in the national legal system.*[37] Even if Estonia were not a party to the Vienna Convention, it would be bound by the principles of personal inviolability and diplomatic immunity because they represent well-recognised general principles of international law and such principles form an inseparable part of the Estonian legal system.*[38] However, the Estonian Code of Criminal Procedure*[39] also addresses the issue of diplomatic immunity and states in § 4 (2) that the code is not applicable to a person who has diplomatic immunity, unless the foreign state specifically requests to apply the code to that person. Such wording is somewhat strange, as the foreign state does not have to request the application, but merely waive the immunity and therefore give permission to application.

The Estonian Penal Code, on the other hand, refrains from addressing the issue of diplomatic immunity from criminal jurisdiction. Professor Jaan Sootak and Judge Priit Pikamäe note in their commentaries on the Penal Code that as diplomatic immunity derives directly from international law, it is not necessary to include a relevant provision in the Penal Code.*[40] The authors of the Penal Code obviously relied on the previously mentioned direct applicability and status of general principles of international law.

The Penal Code takes advantage of many principles of criminal jurisdiction recognised under international law. Besides the principles of territoriality, passive personality and "vicarious administration of justice", § 7 (3) of the Penal Code also enacts the principle of nationality or active personality. According to the latter, the Penal Code is valid for crimes committed outside the territory of Estonia if the person who committed those crimes was a national of Estonia or became one after committing those crimes. This provision should guarantee the effectiveness of article 31, paragraph 4 of the Vienna Convention and extend Estonian criminal jurisdiction to those diplomatic agents who represent Estonia abroad and are Estonian nationals.*[41] Though there are no legislative or procedural obstacles for trial of Estonian criminal diplomats, in practice we do not know if such diplomats would indeed be tried on their return to Estonia.

4. Possible remedies against abuses of diplomatic status

Most remedies discussed previously are still theoretical and most likely require amendment to the Vienna Convention in order to become effective and applicable. This development is, however, unlikely, as states are not anxious to change the Vienna Convention and put at risk a stable and more or less satisfactory and operable system.*[42] But now we will examine certain remedies that customary international law, the Vienna Convention, and other international instruments provide and receiving states can make use of to deal with cases where a person enjoying diplomatic immunity has seriously breached local or international law.

[36] I. Brownlie (Note 11), p. 515.

[37] Section 123 (2) of the Estonian Constitution. – Riigi Teataja (the State Gazette) 1992, 26, 349 (in Estonian).

[38] Section 3 of the Estonian Constitution.

[39] Kriminaalmenetluse seadustik (Code of Criminal Procedure). – Riigi Teataja (the State Gazette) I 2003, 27, 166 (in Estonian).

[40] J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik: kommenteeritud väljaanne (Penal Code: Commented Edition). Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 2002, p. 34 (in Estonian).

[41] According to article 8, paragraphs 2 and 3, the sending state may appoint non-nationals as its diplomatic representatives with the consent of the receiving state.

[42] For example, after the Libyan People's Bureau incident the House of Commons Foreign Affairs Committee considered amendments to the Vienna Convention, but found them not only virtually impossible to achieve, but also of doubtful desirability. See House of Commons Foreign Affairs Committee. First Report. The Abuse of Diplomatic Immunities and Privileges. Commons Paper No. 127 (1985), para. 42.

4.1. Self-defence

Scholars who tend to challenge the absolute nature of diplomatic immunity from criminal jurisdiction often argue that the receiving state may invoke self-defence as the basis for trial and punishment of offending diplomats. This was a popular view among writers in the 15th to 17th centuries, when conspiracy became quite a common crime committed by ambassadors. The main argument was that diplomatic immunity cannot be more important than the security of the receiving state, but nevertheless the sovereigns did not follow this line of argument and used other means to deal with the diplomats in question.

However, one has to make a distinction between self-defence as a basis for trial and punishment and as an immediate and proportionate reaction to a crime which can endanger the lives of other people. The latter concept is definitely more acceptable and reasonable and it is likely to be correct to argue that the offending diplomat could even be killed in self-defence.[*43] Therefore the receiving state may, without breaching its obligations under the principle of personal inviolability, detain a diplomatic agent if he commits a crime, which is a flagrant breach of law, in order to ensure both the security of the diplomat himself and the public. This kind of detention should not be interpreted as punishment or subjecting the diplomat to the criminal jurisdiction of the receiving state. Consequently, self-defence could be used as an immediate measure of prevention in the case of threat of irreparable damage to person or property regardless of whether the threat is directed against the state, its agents, or its nationals.

Support for the principle of self-defence as a remedy against the crimes committed by diplomats can also be found in the commentary of the ILC on the article on personal inviolability. It states that being inviolable, the diplomatic agent is exempted from certain measures that would amount to direct coercion, but this, however, does not exclude self-defence.[*44] The ILC considered self-defence as a measure of immediate reaction and not as a ground for trial and punishment (the latter has actually never left the realm of the doctrine). The ICJ, referring to the principles of personal inviolability and diplomatic immunity from jurisdiction, also said that naturally it does not mean that a diplomatic agent caught in the act of committing an assault or other offence may not, on occasion, be briefly arrested by the police of the receiving state in order to prevent the committing of the particular crime.[*45]

It is very rare, but states have still availed themselves to the principle of self-defence. One of such incidents happened in Paris on 31 July 1978 following a hostage-taking operation by a Palestinian inside the Embassy of Iraq. The ambassador, who acted as a mediator, managed to reach an agreement with the Palestinian and the latter finally left the mission premises escorted by two French policemen. But at the moment when the Palestinian was going to get into the police car waiting for him at the gate of the embassy, the diplomats started to fire at them from the mission premises, killing two (including a policeman) and injuring others. The police returned fire immediately in self-defence and consequently killed one of the Iraqis. They also arrested three others for participation in the shooting and they were soon expelled from France.[*46] The response of the police was surely justified and proportional and constituted an immediate measure to eliminate danger of injuries to person.

When commenting on this case, the government of France refrained from any official reference to the principle of self-defence. This is understandable, because there are no clear rules when and under what circumstances this principle may be applied as a response to serious crimes committed by diplomats, and any use of self-defence entails the risk of arbitrary application. Self-defence should be used with due regard to the requirement prescribed in this respect in the classic *Caroline* case, namely a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, no moment for deliberation and proportionality.[*47]

4.2. Waiver of immunity

The reaction of the receiving state to criminal offences committed by diplomatic agents depends largely on the gravity of the alleged offence. But when more serious crimes are concerned and admonition is not considered as a satisfactory punishment, it is more likely that the receiving state will request the sending state to waive the immunity of the offending diplomat so that the latter could be tried in court.

As diplomatic immunity belongs to the sending state and not to the diplomatic agent, it is only the sending state that has the right to waive the immunity.[*48] The waiver must always be expressed[*49] and once given the

[43] See S. Mahmoudi (Note 3), pp. 345–346.

[44] I.L.C. Yearbook, 1957, Vol. II, p. 138.

[45] United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (Note 13), para. 86.

[46] See C. Rousseau (Note 26), pp. 201–202.

[47] See *Caroline case*. – British and Foreign State Papers, 1857, vol. 29, pp. 1137–1139; British and Foreign State Papers, 1958, vol. 30, pp. 195–196; see also D. J. Harris. Cases and Materials on International Law. 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 1998, pp. 894–896.

[48] Article 32, paragraph 1.

waiver is irrevocable. The requirement of the *expressis verbis* waiver reduces the possibility that the receiving state mistakenly considers, for example, an oral statement from the sending state as a valid waiver of immunity. It has to be borne in mind that proceedings in the same case, but on different stages, are to be regarded as a whole and thus one waiver is enough. The ILC also stated that it goes without saying that proceedings, in whatever court or courts, are regarded as an indivisible whole and that immunity cannot be invoked on appeal if an express waiver was given in the court of first instance.*[50]

History knows of very few cases when sending states have agreed to waive the immunity of their diplomatic agents. The sending state more likely prefers to recall the diplomat or dismiss him from its service in such cases.*[51] The request for waiver of immunity usually means that the criminal offence in question is of such a degree that if the sending state does not waive the immunity, the receiving state is no longer prepared to accept the diplomat in issue as a diplomatic agent. States, however, have waived the immunity of their diplomatic agents and one of such instances concerns a Georgian diplomat. The second-highest ranking diplomat for the Republic of Georgia in the United States, Gueorgui Makharadze, was involved in a tragic automobile accident that resulted in the death of a sixteen-year-old girl, a Brazilian national, on 3 January 1997 in Washington D.C. He was alleged to have been driving at a speed of eighty miles per hour and under the influence of alcohol, but due to his diplomatic status he was not given a breathalyser or blood test. This incident was followed by public uproar, particularly when Georgia prepared to recall the diplomat. Finally, due to intense public pressure, the Georgian president agreed, as a moral gesture, to voluntarily waive Makhardze's immunity. The diplomat consequently pled guilty and currently serves his sentence in the United States.*[52]

The waiver of immunity does not prevent committing of serious crimes, but can allow justice to take its course where such crimes have been committed. Even then there is no guarantee that states will waive the immunity of their diplomats and as a traditional rule, an undertaking by the state or its agent that immunity will be waived if dispute arises is of no legal effect.*[53] This question is more likely to be relevant in case of civil matters, for example, when a landlord is reluctant to rent accommodation to diplomats and asks for such prior statement. The Vienna Convention and its *travaux préparatoires*, however, do not say anything about the effect of a prior agreement on waiving of diplomatic immunity. But as in the field of sovereign immunity it is now accepted that a state may agree in advance to submit a class of dispute to the jurisdiction of the court of another state and such agreement may constitute a valid waiver of immunity — there seems to be no reason why the state, which has the sovereign power to waive diplomatic immunity, could not do so in advance.*[54] Though prior waiver of immunity in respect of criminal offences is still very unlikely, receiving states should consider such steps in regard to such other states whose diplomats tend to gravely misbehave.

4.3. International criminal procedure

The principles of personal inviolability and of diplomatic immunity only restrict the jurisdiction of the receiving state and possible transit states, thus not having an *erga omnes* effect.*[55] Therefore, offending diplomatic agents can be prosecuted in certain circumstances as discussed above. But in addition to those there is one more possibility, namely where such diplomats are subject to criminal proceedings before certain international criminal courts.*[56]

History has witnessed the creation of several international criminal tribunals. The first and probably the most notorious one was the International Military Tribunal of Nuremberg, which was created by the victors of the Second World War to try the war criminals of Nazi Germany. Since then, international tribunals have rejected any claim to official position as a defence.*[57] For example, article 7 of the Charter of the Interna-

[49] Article 32, paragraph 2.

[50] I.L.C. Yearbook, 1958, Vol. II, p. 99.

[51] See J. Brown. Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations. – International and Comparative Law Quarterly, vol. 37, 1988, p. 78.

[52] See M. S. Zaid. Diplomatic Immunity: to Have or not to Have, that is the Question. – ILSA Journal of International and Comparative Law: International Practitioner's Notebook, 1998, vol. 4, No. 2.

[53] C. J. Lewis (Note 7), p. 154.

[54] See E. Denza. Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1988, pp. 279–281.

[55] See for example Former Syrian Ambassador to the GDR case. – International Law Reports, 1999, vol. 115, p. 597.

[56] Arrest Warrant of 11 April 2000 (Note 20), para. 61.

[57] See for example Charter of the International Military Tribunal of Nuremberg, article 7; Charter of the International Military Tribunal of Tokyo, article 6; Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, article 7, paragraph 2; Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, article 6, paragraph 2; Rome Statute of the International Criminal Court, article 27, paragraph 1.

tional Military Tribunal of Nuremberg reads: "the position of defendants, whether as Heads of States or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment". It is clear that any claim to official status is not directed against the jurisdiction of the relevant tribunal, but against potential liability in respect of alleged crimes.

The same issue is also addressed in the Rome Statute[*58], but in addition to the question of liability, the statute considers also the question of jurisdiction. Firstly, the Rome Statute applies equally to all persons without any distinction based on official capacity, and the latter in no case exempts a person from criminal responsibility.[*59] But secondly, article 27, paragraph 2 of the Rome Statute clarifies that "immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the [International Criminal] Court from exercising its jurisdiction over such a person".[*60] Therefore, a person cannot hide behind his diplomatic immunity in order to escape criminal proceedings before the ICC as long as the crime occurred on the territory of a state party to the Rome Statute or the person accused of the crime is a national of a state party to the Rome Statute.[*61] The latter possibility means that if the sending state of the criminal diplomat is party to the Rome Statute and the sending state has failed to initiate criminal proceedings or conduct such proceeding independently or impartially, the ICC can initiate its own criminal proceedings. However, the initiation of criminal proceedings is hindered by one factor — if the diplomat concerned is still in the receiving state and the sending state has refused to waive its immunity. Article 98, paragraph 1 of the Rome Statute states that the ICC may not proceed with a request for surrender which would require the requested state to act inconsistently with its obligations under international law with respect to the diplomatic immunity of a person, unless the ICC can first obtain the cooperation of the respective third state for the waiver of immunity. In other words, the Rome Statute does not permit the receiving or transit state to violate personal inviolability or diplomatic immunity in order to extradite the criminal diplomat to the ICC.[*62] Therefore, such immunity can still be an obstacle to criminal proceedings, but at least retired or former diplomats can no longer hide behind continuing immunity in respect of official acts. Nevertheless, the ICC is an important step ahead in securing the prosecution of people who otherwise would escape legal proceeding due to their privileged status.

Such exceptions to diplomatic immunity in different international instruments do not, however, enable us to conclude that any of those exceptions exist in customary international law in regard to national courts.[*63]

5. Conclusions

Presently, we have to conclude that the possibilities to prosecute diplomats or other state officials who have committed serious crimes but enjoy personal inviolability and diplomatic immunity are very much limited, both in number and effectiveness. As amendments to the Vienna Convention are unlikely to be achieved either through treaties or custom, so far we have to hope for greater readiness of sending states, in cooperation with receiving states, to ensure prosecution of serious criminals. Hopefully, we can in the future also rely on proceedings before the ICC, which should be the least biased and restricted. The problem is that the principle of reciprocity prevents states from introducing, through practice, perhaps desirable changes to diplomatic law by establishing a hierarchy between diplomatic law on the one hand and human rights and international humanitarian law on the other. But besides ensuring prosecution, receiving states should also attribute more importance to the prevention of such crimes by asking sending states to provide general and possible criminal background information on the diplomat and explanations about why the person left prior postings (if not because of normal termination of functions) and also by contacting those countries where the diplomat in question has served prior terms and inquire as to whether any problems arose involving that person.

[58] Hereinafter the Rome Statute of the International Criminal Court is referred to as the Rome Statute.

[59] Article 27, paragraph 1 of the Rome Statute.

[60] This is a superfluous provision since if official status cannot constitute a defence to criminal liability, it necessarily follows that immunity regarding jurisdictional competence will have already been denied.

[61] Article 12 of the Rome Statute.

[62] See W. A. Schabas. An Introduction to the International Criminal Court. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 64.

[63] Arrest Warrant of 11 April 2000 (Note 20), para. 58.

Raul Narits

Professor of Comparative Jurisprudence,
University of Tartu

Space and Time as Central Issues of Society's Perception of Law.

Integral Link Between Law and Time and Space

A tendency towards monistic thought is always noticeable in scientific thinking. Every discipline endeavours certain unity, expressed by an attempt to explain the phenomena in its area of research through a basic principle or principles. Representatives of many other disciplines always wonder why legal science deals with national law only. And national law is often treated as merely a collection of legal provisions. Even supranational legal provisions (such as European law) are often explained in the context of a national legal order. We may see that legal provisions and legal principles, and legal provisions and values are treated separately in legal literature. At the same time, the monistic tendency is not unfamiliar to legal science. It is evident in the reception of Roman law and its meaning in the formation of the Continental European legal paradigm. "Europanisation of legal science" has been a recent subject of discussion.[*1] On the other hand, the applicability of law (objective law) is always limited by space and time, and this largely differentiates legal science from other social sciences and particularly from natural sciences.

Those who have had the consistency to seek legal literature for answers to the question of space and time[*2], have certainly noticed that such a posing of the question invariably leads to the close connection between law and a certain territory. Otherwise said, it is a certain stable hermeneutic conditionality of law and the state, the relations of which can be studied systematically.[*3] On the other hand is the fact that science has,

---

[1] Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, 2002.

[2] Special works that seek answers to the issues of time and space as the main categories related to law are not published very often. One of the latest and most interesting ones was the compilation published for the 600th anniversary of Würzburg: Raum und Recht. Festschrift 600 Jahre Juristenfakultät. H. Dreier (ed.). Berlin, 2002, which discusses the following main subjects: historic dimensions, European legal area, global legal area, border crossings, space as a category of national legal order. Reading this compilation, but also the jubilee collection by M. Lend: Das Recht im Raum und Zeit. A. Ruch (ed.). Zürich, 1998, inspired the author to write an article about the developments of Estonian legal order in the latest period not from the aspect of changes in areas of law, but through a prism of time and space, set around the axis of the birth story of the Republic of Estonia.

[3] There is hardly anybody today who doubts that when law or the provisions recognised as law are spoken of, the recognition has been achieved through the state's legislative activities and it originates in the "constitutional order". H. Hoffmann. Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie. 2000, p. 5 *ff*., 53 *ff*., 69 *ff*.; K. Seelmann. Rechtsphilosophie. 2nd ed. 2001, p. 102 *ff*.

rather independently, delimited certain spaces in law that allow themselves to be identified with certain conditionality via political borders.[*4] One of the merits of the historical school in the perception of law, as demonstrated by studies in the 20th century, was the perception of not only the spirit of a specific nation, but the attempt to understand law supranationally, at least within Europe. Comparison of law still contains not only a comparison of the respective institutions and regulations, but always an element of systematic comparison as well.[*5] In this connection, we have the opportunity to handle and see law not just as the product of the legislative activities of the state, but an expression of culture that extends beyond nations and groups of nations. "Regions of law", which are distinguishable in space, are usually spoken about in this context. It is certain that in the "universal historical" context, observations about law must be able to describe law as an originally social phenomenon. This aspect is related to the dimension of time. Naturally, the spatial dimension of law has to be taken into account as well.[*6]

1. New socio-political situation in Estonia and Constitution of 1992

In the 1990s, Estonia went through major changes in state affairs and social affairs as a whole. The collapse of communism was a process that concerned the entire Eastern Europe. The new reality brought about both changes and losses, things that were qualitatively new and those that were seemingly new. There was no area of social affairs that the events of this period did not touch upon. After Estonia regained independence, the most important document for the Estonian state, the Constitution, was passed in 1992.[*7] In fact, the new socio-political situation in Estonia started to form already in the mid-1980s. The act that declared the historic blue, black and white colour combination as Estonian national colours and the cornflower and the chimney swallow as the national symbols may be regarded as the first constitutional act of the period.[*8] The Supreme Council's declaration of the sovereignty of the Estonian Soviet Socialist Republic on 16 November 1988 was also a highly important act. In 1989, giving a legal opinion on the Molotov-Ribbentrop Pact became a central issue. The Supreme Council's resolution of 12 November 1989 "On the historic and legal assessment of the events of 1940 in Estonia" qualified what happened in Estonia in 1940 as aggression, military occupation, and annexation of the Republic of Estonia by the Soviet Union. Estonia defined itself as a state which endeavours the restoration of independence and termination of occupation. The Supreme Council's resolution on Estonia's status, dated 30 March 1990, affirmed that although Estonia was in the status of an occupied state, its legal consistency continued *de jure*. There were other legal programme documents. When the referendum on independence was held on 3 March 1991, it was attended by 82.86% of the population with voting rights, and 77.83% of them answered the question "Do you wish that the independence and sovereignty of the Republic of Estonia be restored?" in the affirmative. It was thus natural that when the referendum for passing the Constitution was held in 1992, it was attended by 446,708 persons of the 669,080 who were entered in the lists of the voting population, and 407,867 voted for and 36,147 voted against the Constitution and the Constitution Implementation Act.

---

4 *E.g. droit écrit* and *droit coutumier* in France; general and Saxon law areas in the Holy Roman Empire; codified law and common law areas in Europe.

5 K. Zweigert, K. Kötz. Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. 3rd ed. 1996, p. 31 *ff*.

6 The first Baltic Sea Area Legal Historians Day was held on 8–12 March 2000; it did not yield anything new in terms of methodology, but made a contribution to the perception of the legal history of a relatively uniform space, not a certain political unit. – J. Eckert, K. A. Modéer (ed.). Geschichte und Perspektiven des Rechts im Ostseeraum, 2002 (Rechtshistorische Reihe, Vol. 251). Consideration of political units as space is in the foreground in terms of jurisdiction. The principle of territoriality is generally accepted in domestic as well as international law. See R. B. Lillich, U. S. Naval. War College International Law Studies: Readings in International Law. – Newport, 1980, vol. 62, p. 639.

7 The Constitutional Assembly was set up to draft the Constitution. The Assembly was formed of representatives of the Estonian Congress and the Supreme Council on parity bases. By the end of its activities, the Constitutional Assembly prepared an address to the Estonian nation. The address stated that the Constitutional Assembly had completed its work and the draft Constitution of the Republic of Estonia and the Constitution Implementation Act were ready. The draft Constitution that was submitted to referendum is based on the former Constitutions of the Republic of Estonia and is their natural successor. The referendum for passing the Constitution was held on 28 June 1992. The official text of the Constitution was published in Riigi Teataja (the State Gazette) 1992, 26, 349 (in Estonian). The English text of the Constitution is available in the publication of the Estonian Legal Language Centre: Legal Acts of Estonia. 1996, 1; also: Estonia. Text of Constitution. – R. Narits, K. Merusk (eds.). Constitutional Law. – Kluwer Law International, Suppl. 23, April 1997. H. J. Uibopuu has translated the text of the Constitution into German and it has been published by Brunner (ed.). VSO, Estland, 1.1. a; also Die Verfassung der Republik Estland. – Verfassungen Mittel- und Osteuropas. Berlin, 1999, pp. 1–40.

8 It was a constitutional and not a pre-constitutional act. The fact is that despite the occupation, the Estonian state existed *de jure* and its Constitution passed in 1937 was still in force, with the government-in-exile acting under it. – Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne (Constitution of the Republic of Estonia. Commented Edition). Tallinn, 2002, p. 23 (in Estonian).

2. New era and related questions

Despite the aforementioned formal acts and events, answers should be sought in the legal context to those questions or circles of questions that such a time and space places in the foreground. It is no exaggeration to say that these were revolutionary times and three circles of questions have always been in the foreground in terms of revolution law: sources of law, interpretation of law, and gaps in law. Revolutionary periods have shown and are showing that finding law, perceiving it, creating it, and understanding it do not boil down to simple subsuming. Social shocks show that any legitimatisation issues are the closest related to and affected by, in the broad sense, the culture (traditions) of that society. Literature stresses that this is why it is particularly important to know that culture, traditions, and historical social experience provide relatively fixed frames for discussions with a legal focus[*9], as well as legal decisions. However, opportunities for discussion are not very broad in revolutionary times, as the parties that are fighting are the old and the new, *summa summarum*. When viewing the 1990s in Estonia, it should be said that the aforementioned constitutional acts did not only imply assessment of the actual facts of history, but served as a curious protective shield to the freedoms and greater decisive power attained in the struggle for independence.[*10] The existence of this peculiar protective shield does not (and did not then) solve the question of on which premises and within which limits a discourse in law and on law is possible at all. In view of time and space as the attributes of law, we may speak about the legitimacy of law when it is based on the historical, including cultural, legitimacy of law. Developments in legal science are only a fragmentation of the concept of legitimation. Systematic observations from other areas of knowledge, such as sociology, political science, theory of systems, *etc*., can naturally be helpful in such activities. However, I find it particularly important to stress that practice plays the primary role in the balance between theory and practice in legal science.[*11]

Such an understanding has long-term and very serious consequences and effects. If we were to believe that upon revolutionary changes in the time dimension and no changes in the spatial dimension, the state as such would remain the same, there would be no reason to speak about a change in rights and obligations in the meaning of the rights and obligations that were in force so far and will remain in force. It is simply a fact that a new era always brings about something new. But if we proceed from the premise that in a new sociopolitical situation, state power is not, at least not formally, related to the formerly applicable law, an entirely new picture is constructed. We can also speak about a third option which also applies to the Estonian example. The third approach is based on the fact that Estonia has not always been an independent state. Or rather, the period of independence was fairly short for Estonia in relative terms of time scale.[*12] Estonian independence was born on 24 February 1918, when the Governors Council published the "Manifest for all peoples of Estonia". The manifest declared Estonia to be an independent democratic republic and set out the general principles on which basis the state was to govern in the future. The democratic republic was seen in its historical and demographic boundaries — these were the parts of Estonia within the state border. The first independence period lasted until 1940. But it is this historic fact that indicated that at least historically, there is a link between the Republic of Estonia declared in 1918 and the Republic of Estonia that regained independence in 1991. The situation forces us to think about the important facet of legitimation with the help of legal provisions. We are speaking about the social and legal validity of law as a collection of provisions. The problem is that the legal validity of a provision does not necessarily guarantee the provision's force in the social sense. Or *vice versa*: the legitimacy of legal provisions cannot be automatically derived from their social validity. Thus, the social validity of provisions and their legitimacy have always represented two different qualities.[*13]

[9] T. Würtenberger. Zur Legitimität des Grundgesetzes in historischer Perspektive. – Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie. 1st ed. 1996, pp. 21–22.

[10] A. Rüütel. Mõned tagasivaated põhiseaduse tulekule (Retrospect of the Coming of the Constitution). – Põhiseaduse tulek. Kogumik. Tallinn, 2002, p. 10 (in Estonian).

[11] W. Krawietz. Aus Differenzierung von Praxis und Theorie in juristischer systemtheoretischer Perspektive. – Rechtstheorie, 2001, No. 32, p. 346.

[12] Estonia's history has plenty of proof that Estonia was a legally autonomous unit long before declaration of national independence in 1918, meaning that Estonian society was ready for the creation of a new quality of an organisational form, the state, even at the end of the ancient times already.

[13] Special literature draws attention to the fact that in a certain historical context, a situation forms in a certain time and space where some perceive and accept the *restitutio* principle, while others resist it. – H. Herrfardt. Revolution und Rechtswissenschaft. Untersuchungen über die juristische Erfassbarkeit von Revolutionsvorgängen und ihre Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre. Aachen, 1970, p. 92.

3. Formation of legal policy communication

The Estonian example offers a lesson about how the 1992 Constitution of the Republic of Estonia came into being. At first glance, it is not difficult to differentiate between what is important and what is not. The new is always the new. However, the situation is more complicated when we notice that the birth of constitutions is very often related to certain revolutionary events as opposed to ordinary social life, even crises and shocks. In this new situation, when the implementer of law who has been implementing law already before such a social breakpoint, receives an "order" from the new power to solve the legal problem in a different way than he has done before, the implementer of law faces the inevitable question of what legitimacy to use as the basis for entry into the legal decision process.*[14] The Estonian socio-legal reality served as good grounds for characterising the entire Constitution of 1992 as a carrier of legal continuity.*[15]

In this context, the events that occurred in Estonia may be characterised as the historic process of supranational formation of law.*[16] If we bring the supranational formation of law down to two conditions only — economic*[17] and socio-ethical — these conditions may prove insufficient when taking regional peculiarities into account. References are made to the political activity of those in power.*[18] In his aforementioned work on the creation of the Constitution, the member of the Constitutional Assembly J. Adams states with reference to his memorandum to the management of the Estonian Committee*[19], "There will probably be no great objections when I say that on the road to making independence reality, we need a transitional Constitution or otherwise said, an interim government procedure. On the one hand, the latest [1938 — R.N.] Constitution of the Republic of Estonia cannot be enforced again in full […]. On the other hand, we cannot use the Soviet Estonian Constitution [1968 — R.N.] […]. Legal philosophers particularly have discussed that there is always 'something else' behind a law. These are the principles and values on which the law was built — quite often they cannot be clearly formulated, or if they can, it is wiser not to attempt to word them as legal provisions."*[20] Adams illustrates his idea with § 4 of the Constitution of the Republic of Estonia, which sets out the principle of separation and balance of powers, "The sentence that suits well into any constitutional law textbook and is a trivial truth of today's democratic structure of the state has caused many problems as a part of the text of the Constitution, as it has become a weapon in the mutual fight of state agencies for prestige and power and a larger share in the state budget."*[21] Adams recalls J. Kross, an expert in the Constitutional Assembly, "I have an especially good memory of Jaan Kross who participated as an expert; the writer's sense of language was combined with the conceptual clarity and terminological precision of his pre-war [World War 2 — R.N.] lawyer's education, topped by the impartiality and calmness that sprouted from a lack of personal interests."*[22] The role of experts was especially powerful in drafting the constitutional bases of the Republic of Estonia, since these were the people who were thought to become the teach-

[14] For example, § 2 of the Constitution of the Republic of Estonia Implementation Act provides that legislation currently in force in the Republic of Estonia shall be valid after the entry into force of the Constitution in so far as it is not in conflict with the Constitution or the Constitution Implementation Act and until it is either repealed or brought into complete conformity with the Constitution. The aim of such a provision was probably to ensure the functioning of society and the state upon entry into force of the new Constitution. It is also evident that the legal situation that was valid before the occupation was not restored. It should be kept in mind that the legislation applicable at the time of entry into force of the Constitution which was not in conflict with the Constitution and its Implementation Act remained in force; the legislation that was in conflict with these was repealed if its conflicting nature was obvious. The competent authority to settle disputable issues was the Supreme Court according to the procedure for constitutional review.

[15] The President of the Republic of Estonia, who was a member of the Constitutional Assembly, has characterised legal continuity in the context of the Constitution as follows: "This principle was a guiding companion that organised thought in restoring independence, drafting the legislation that preceded the passing of the Constitution, and in the drafts submitted to the Constitutional Assembly. Legal continuity does not merely imply the handling of two separated legal systems as a single whole [meaning the legal systems in different times and spaces: the one applicable in 1918–1940 and the one created since 1991 — R.N.], but also the lawful development of the current legal order. This is why it is important to stress that the Constitutional Assembly did not have to start drafting the Constitution from an empty spot […]. Legal continuity also requires theoretical consistency. This conclusion is particularly relevant in the period when we start to provide legal content to the state organisation model as a future member state of the European Union." – A. Rüütel (Note 10), p. 9.

[16] The opinion has been stated in special literature that supranational formation of law can be described on two grounds: economically justified formation of law, and socio-ethically justified formation of law. – D. Willoweit. Historische Prozesse staatenübergreifender Rechtsbildung. – H. Dreier (ed.). Raum und Recht. Berlin, 2002, pp. 8–18.

[17] H. Dreier. Wirtschaftsraum – Grossraum – Lebensraum. Facetten eines belasteten Begriffs. – H. Dreier (Note 16), pp. 47–84.

[18] D. Willoweit (Note 16), p. 19.

[19] The Constitutional Assembly consisted of members of the Supreme Council and the Estonian Committee.

[20] J. Adams. Eelnõu sünd ja saatus (Birth and Fate of Legislative Proposal). – Põhiseaduse tulek. Kogumik (Note 10), pp. 131, 143 (in Estonian).

[21] *Ibid*., p. 143.

[22] *Ibid*., p. 149.

ers of the idea and aim of the Constitution.*[23] Adams describes the situation as "a major communication problem".*[24] History has shown that all pre-modern societies have been characterised from the legal policy aspect by their limited ability and readiness to adopt something that is foreign (not bad) and new in legal thinking. K. Stern makes an interesting observation in this respect. When analysing the human and fundamental rights situation in the East–West dimension, he writes: "It could be said: fundamental rights are in force only in the framework of the socialist order, but socialist lawfulness is not within the framework of fundamental rights. This is no problem for the state and for those in power. In the end, fundamental rights cannot be protected in court."*[25] In the final decades of the 20th century, Estonia had a historic chance to essentially participate in open legal policy communication. Since 1989, almost every day, week, and month meant changes and dynamics in Europe. Two hundred years after the French Revolution, a large part of Europe stood at a constitutional turning point. Major changes took place in the socio-political systems of Poland, Hungary, Czechoslovakia, Yugoslavia, the Baltic States, Bulgaria, Romania; the German Democratic Republic moved under the constitution of the German Federal Republic as if sliding under an umbrella, and received a constitution that contains a model of a state based on the rule of law. The monopoly of absolute truth and doctrines of pure theory as guidelines for political behaviour were discarded. They were replaced by the concept of a democratic state based on the rule of law, which places human and fundamental rights in the foreground. But free legal policy communication was not born without labour. For example, the member of the Constitutional Assembly V. Andrejev answers the question of what the Russian-speaking representatives felt when they worked in the Assembly, "Frankly speaking, we, the Russian-speaking representatives, had rather conflicting feelings at the time. On the one hand, we acknowledged that we were drafting the constitution for our OWN state and tried to do our best. On the other hand, we were often unsuccessful, because "Russians" were not readily heard at the time."*[26] L. Hänni, head of the working group for the wording of the constitution in the Assembly writes, "Sometimes, especially in the early years when the new Constitution was in force and the neonate was still strange and sometimes even fended off, you could read these words here and there: what do you expect of this constitution of stokers and astronomers. I believe that the people who wrote these words meant the former dissident Jüri Adams, who was the main author of the draft on which the work of the Constitutional Assembly was based, and also me, having made a living as an astronomer earlier […]. Society slowly started to realise that the new Constitution was not merely an abstract legal model of future Estonia, but a crowbar for demolishing the power relations that still originated from the Soviet period."*[27] K. Kama as a member of the Constitutional Assembly opines, "The best results were achieved when debates were carried out to the end and the approaches that took a balanced account of the opinions of both politicians and lawyers were incorporated into the text of the Constitution. The lawyers would not let politicians play games with daily policy issues, while politicians did not let lawyers wander off onto the paths of overly theoretical, crystal clear law, which would have alienated from the needs of real life."*[28] The work of the Constitutional Assembly has been assessed perhaps most critically from the political communication viewpoint by its member A. Sirendi, "When starting to work in the Assembly, I believed in good faith that all its members tried to make their best efforts for unity and solidarity and for reaching *consensus omnium*. After some sessions, it became clear that a majority did not wish that, and the spirit of winning and political pressure were what determined the results of debates."*[29] Yet another observation was, "The Constitutional Assembly united the power of Estonian constitutional thought via its members and their satellites, including the experts amongst others. It is very regrettable that no minutes were taken of the sessions of the wording committee […]. Minutes of the full Assem-

[23] A number of foreign experts helped to draft the Constitution alongside Estonian experts. The Constitutional Assembly set up seven working groups, each of which could invite up to three foreign experts to participate in their work. There were 11 foreign experts: C. Bernholdt, legal adviser for human rights and constitutional law to the Austrian Chancellor; G. Carcassonne, professor of the University of Paris; P. Garmer, professor of constitutional law at Aarhus University; E. Harremoes, Director of Legal Affairs of the Council of Europe; R. Herzog, presiding judge of the German Constitutional Court; T. MacPherson, Dean of the Faculty of Law of the University of York; H. Ragnemalm, *ombudsman* of the Swedish Parliament, professor; M. Russell, senior assistant for legal affairs to the Government of Ireland; M. Shugart, assistant professor, University of California; A. Suviranta, presiding judge of the Higher Administrative of Court of Finland, and Zierlein. However, the member of the Constitutional Assembly R. Taagepera notes, "They were all introduced as legal experts to the Assembly; there were few political scientists. The Assembly seemed to believe that excellent legal counsel was available from abroad, but that Estonia had the necessary political wisdom itself. It is more likely that, as political science was not permitted in the Soviet Union, the members of the Assembly had not realised that political science is separate from legal knowledge. R. Taagepera. Eesti Põhiseaduse Assamblee 1991–1992 (Estonian Constitutional Assembly 1991–1992). – Põhiseaduse tulek. Kogumik (Note 10), p. 96 (in Estonian); English text: R. Taagepera. Estonian's Constitutional Assembly, 1991–1992. – Journal of Baltic Studies, Fall 1994, vol. XXV, No. 3, pp. 211–231.

[24] J. Adams (Note 20).

[25] K. Stern. Menschen- und Grundrechte in West und Ost – Idee, Rechtsgrundlagen und Durchsetzung. – International Conference on Comparative Constitutional Law. Tokyo, 1990, p. 26.

[26] V. Andreyev. Intervjuu Inge Rumessenile (Interview to Inge Rumessen). – Põhiseaduse tulek. Kogumik (Note 10), p. 154 (in Estonian).

[27] L. Hänni. Põhiseaduse sünd redaktsioonitoimkonnast nähtuna (Birth of Constitution: Viewpoint of Redaction Team). – Põhiseaduse tulek. Kogumik (Note 10), pp. 160, 161–162 (in Estonian).

[28] K. Kama. Intervjuu Inge Rumessenile (Interview to Inge Rumessen). – Põhiseaduse tulek. Kogumik (Note 10), p. 177 (in Estonian).

[29] Põhiseaduse tulek. Kogumik (Note 10), p. 206 (in Estonian).

bly do not give a fraction of the information of what the discussion was all about, and of the views of our society's elite on the state and society in the first years of freedom. For today's youth you have already studied law in Europe's best universities, including Tartu, many of the opinions voiced at the time can seem unintelligible, tragicomic or simply funny, but this was out of life and spirit in 1991–1992. We cannot hide from our history."[*30]

4. Continuity of Constitution of the Republic of Estonia in the new Europe

The Estonian Constitution has remained almost unchanged for 11 years.[*31] During the same 11 years, many developments have taken place in Estonia and elsewhere in the world. One of the key themes is the European Union. The author of this article believes that regardless of the social and political reality that has formed and is forming, the consistency and continuity of the Constitution is important for us. We are not speaking about the unchangeable nature of the Constitution. A referendum on accession to the European Union will be held in Estonia on 14 September 2003.[*32] It is quite clear that the current Constitution was drafted in view of European law in the broad meaning. The European Union did not yet exist at the time when the Constitutional Assembly was working. The European Union does not pose requirements for the candidate states as to whether and how they should set out membership in their constitutions. The Estonian parliament chose to hold a referendum on the draft "Constitution of the Republic of Estonia Addition Act".[*33] All four sections of the draft will be printed on the ballot and they constitute the question on which the referendum will be held.

Section 1 "Estonia may be a member of the European Union, based on the fundamental principles of the Constitution of the Republic of Estonia."

Section 2 "Upon Estonia's membership in the European Union, the Constitution of the Republic of Estonia shall be applied, having regard to the rights and obligations arising from the accession agreement."

Section 3 "This Act may be amended only by referendum."

Section 4 "This Act enters into force three months after its proclamation."

The question itself is: "Are you in favour of accession to the European Union and passing of the Constitution of the Republic of Estonia Addition Act?" But why should the Estonian Constitution be amended? It is because the decision on the amendment was based on the provisions of § 3 of the Constitution: "The state authority shall be exercised solely pursuant to the Constitution and laws which are in conformity therewith." The Estonian Constitution does not mention the legislative acts of the EU, such as the directives. And as § 3 belongs to Chapter 1, "General Provisions", then according to the Constitution itself (§ 162) an addition that substantively concerns § 3 must be decided by referendum.[*34] From the legal theoretical aspect, Estonia is again in a situation where it must consider supranational legislative conditions. The steps to be taken in the process of accession to the EU, including amendment of the Constitution, do not pose a danger to the choice for independent statehood made on 28 June 1992, nor to the values contained in the Constitution. It seems that legal policy communication must be much more intensive in the objective formation process of Europe. We cannot imagine the present day without its geographical or spatial dimension. Indeed, in the Middle Ages, legal thought was as limited as was knowledge of the adjacent or more distant geographical spaces. At least in Europe, legal policy discourse covered a large part of the continent already in the 19th century; in the 20th century, a powerful step was made for communication that covers the whole world.[*35] Legal historians have made an interesting observation: during the period when independent statehood is

[30] R. Lang. Mõned mõtted seoses põhiseadusega (Some Thoughts about Constitution). – Põhiseaduse tulek. Kogumik (Note 10), p. 220 (in Estonian).

[31] Except for amendment of the Constitution concerning the election of local government councils for a term of four years, which will enter into force on 17 October 2005 – Riigi Teataja (the State Gazette) I 2003, 29, 174 (in Estonian).

[32] On 18 December 2002, the *Riigikogu* passed the resolution "Holding of referendum on accession to the European Union and adding to the Constitution of the Republic of Estonia". – Riigi Teataja (the State Gazette) I 2002, 107, 637 (in Estonian).

[33] On the "third act" theory, read J. Laffranque, Ü. Madise, K. Merusk, J. Põld, M. Rask. Põhiseaduse täiendamise seaduse eelnõust (On Draft Constitution Supplementation Act). – Juridica, 2002, No. 8, p. 563 *ff.* (in Estonian).

[34] A problem may arise if the Constitution Addition Act is supported by the referendum, but the *Riigikogu* does not ratify the agreement with the EU. Section 1 of the Addition Act only states that Estonia may be a member of the European Union. If the *Riigikogu* finds that the signed agreement is not favourable for Estonia, *etc*., it might not ratify it. In such a case, the agreement would have to be amended so as to make its ratification by the *Riigikogu* possible.

[35] On this, see W. Fikentscher (ed.). Begegnung und Konflikt – eine kulturantropologische Bestandsaufnahme. – Bayer, Ak. d. Wiss., Phil.-hist Kl., Abh. N.F. Heft (Edition) 120, 2001.

established, it does not greatly resist the public perception of compliance with law or law as such. On the contrary, authority accepts that law is something that every generation adopts from the previous one and develops further.[*36] All major political parties in Estonia support accession to the European Union. This is support to broad-based legal communication; this is support to the idea that Estonia must be able to open up not only inwards, but also outwards.[*37] When we speak of a state's willingness and ability to open outwards, we are speaking of the process of accession to the European Union. Besides, we are speaking of an increasing share of international law and a continuing legalisation of human rights.[*38] Transition to the European Union can be structured as entry into the EU structures, efficient economy, formation and development of a European identity. The opening process certainly has its legal dimension. If the referendum succeeds, passing of the additions to the Constitution will be an example of this. And this is not all. The importance of practice in making legal theoretical conclusions and generalisations was already referred to. The thesis can be illustrated by an example of the use of European law by the Supreme Court of Estonia already. Namely, the Supreme Court of the Republic of Estonia uses the legislation of the European Council, and to some extent, the EU law itself, as a means (argument) of interpretation of Estonian law. Judicial practice of the Supreme Court clearly indicates that the general principles of EU law have been adopted among the generally accepted principles in Estonian law.[*39] This practice leads to at least one important conclusion. Perception of and consideration for "globalisation of law"[*40] as an objective process is apparent within the national legal order. Individual states are the primary subjects of integration of global law. International organisations are striving for legal integration simultaneously with individual states. It seems that Estonia has sensed the challenges that time and space have posed in the understanding of law.

5. About the legitimacy of current Estonian law

The above was a discussion of the time and space dimensions in the context of drafting the Constitution of the Republic of Estonia, where the commentaries on the birth of the Constitution were essentially a glimpse of the events that occurred 10 or 11 years ago and indicated that the constitutional order was not created without problems, but took account of the challenge posed by time and space. On the one hand, the drafters relied on the traditional approach, according to which, "The Constitution is a basic set of rules that determines the way public authority has to act. It has to express the form of treating the nation as a political community, how people are governed and who does it, and what the rights and duties of the governors are. The Constitution is nothing else but a determination of the procedure for attaining the common goals of society and using the advantages of political society". These words, uttered by E. de Vattel, who acted in Geneva in the year 1758, were cited by the acclaimed German constitutional researcher K. Stern in his presentation in Montreux in 2001.[*41] All this still holds true today. However, legitimacy can no longer — like traditional law — be justified by merely relying on conventional concepts of compliance with law, justice, and morality. The conditions for the validity of legal provisions that have to be considered — and this is stressed not only by lawyers — include the formal applicability, efficiency, and acceptance of the

[36] D. Willoweit (Note 16), p. 21.

[37] R. Narits. Comprehension of the Constitution (from the Communitarian Point of View). – Juridica International, 1999, pp. 7–8.

[38] Constitutional legal science has paid attention to these aspects a relatively long time ago already. Staatswissenschaft im Grundrisse. Stuttgart-Bad Cannstatt, 1984, pp. 50–87.

[39] Already in 1994, *i.e.* in the third year of independence, the Supreme Court stated in a matter of constitutional review that democratic states base their legislative drafting and application of law, including administration of justice, on laws and historically formed general principles of law. The general principles shaped by agencies of the European Union have to be taken into account alongside the general principles of Estonian law […]. The validity of the principles of a democratic and social state based on the rule of law means that the general principles of law recognised in the European legal area are valid in Estonia […]. A law that is contrary to the general principles is also contrary to the Constitution. – Riigikohtu lahendid 1993/1994. Tallinn, 1995, p. 34 (in Estonian). A dissenting opinion of the presiding judge of the Supreme Court at the time, R. Maruste, contains a reference to the Europe Agreement and a statement that the principle of equal treatment is one of the general principles of European law. – Decision of the Constitutional Review Chamber of the Supreme Court, 27 May 1998, 3-4-1-4-98. – Riigi Teataja (the State Gazette) I 1998, 49, 752 (in Estonian). In a dissenting opinion, presiding judge of the Supreme Court U. Lõhmus refers to the resolution of the EU Council of 1993 concerning legislative drafting in the EU and the requirements for EU legislation, and the judicial practice of the European Court. See Decision of the Constitutional Review Chamber of the Supreme Court, 5 October 2000, 3-4-1-8-2000. – Riigi Teataja (the State Gazette) III 2002, 21, 232 (in Estonian). The Supreme Court has based its decisions even on the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which is only a politically binding document. – Decision of the Supreme Court *en banc*, 17 March 2003, 3-1-3-10-02 (in Estonian).

[40] K. Kreuzer. Entnationalisierung des Privatrechts. – H. Dreier (Note 16), pp. 250–251.

[41] K. Stern. Der Staat der Gegenwart – Aufgaben, Grenzen und Reformgedanken. – Im Dienste von Recht, Staat und Wissenschaft. Köln, 2002, p. 742.

provisions by society.[*42] Efficiency corresponds to J. Habermas's social validity, and acceptability corresponds to validity as such.[*43] General principles of law are added to legal provisions. The formal side of general principles is less relevant than that of legal provisions. Principles affect the way provisions are created and implemented. The central basis of legal principles is their recognition in a certain time and space. From this aspect, legal principles are peculiar provisions or a part of the set of provisions that legal culture has adopted and that live on in the axiological basis that supports legal order. Validity of legal principles is certainly a part of the legitimacy of Estonian legal order besides the formal validity, efficiency, and public acceptance of legal provisions. Reality shows that Estonian legal order was and is being created supranationally since the country regained independence, and is related to international legal policy communication.

[42] J. Wróblewski. Verification and Justification in the Legal Sciences. – Rechtstheorie, 1978, Beiheft (Supplement) 1, pp. 195–217; A. Aarnio. The Rational as Reasonable. Dordrecht. 1987, pp. 33–40; K. Tuori. Legitimität des modernen Recht. – Rechtstheorie, 1989, vol. 20, p. 224 *ff*.

[43] J. Habermas. Moralbewusstsein und Kommunikatives Handel. Frankfurt am Main, 1983, pp. 69–72.

Joachim Sanden

Dr. iur.
Visiting Professor at the University of Tartu

Methods of Interpreting the Constitution:

Estonia's Way in an Increasingly Integrated Europe

1. Introduction[*1]

In Estonia, the post-communist establishment of a liberal democratic regime has been accompanied by the gradual emergence of new constitutional developments. Of course, it is not clear yet what precise model of constitutionalism the final form of these settlements should represent.[*2] In § 3 of the Estonian Constitution, adopted in a referendum on 28 June 1992, the principle of legality is declared and compliance with the rule of law is accepted and guaranteed. Furthermore, the Constitution instated a system of judicial review[*3] especially by a Supreme Court (see §§ 15, 149, 152 of the Estonian Constitution). Its Constitutional Review Chamber[*4] has supervised the application of the Constitution for ten years now. It is therefore an appropriate moment to reflect on the methods for interpreting the Constitution.

This essay is born of an attempt to find out what methods of interpretation are still in use[*5] and what trends could arise in the future. In relation to the two main legal reference points concerning Estonian constitutional law, the influence of continental and common law must be taken into consideration.

Last, but by no means least, it addresses the question of how Estonian jurisprudence will react to the forthcoming European integration, which is influencing developments in Estonian constitutional law and will certainly do so after accession to the EU on 1 May 2004.

---

[1] The author wants to thank Peeter Roosma (Adviser to the Estonian Supreme Court Constitutional Review Chamber) for constructive comments and Peeter Pällin (Judge, Master student at Faculty of Law, Tartu University) for his useful assistance with Estonian texts.

[2] J. M. Ostrow. Comparing Post-Soviet Legislatures. A Theory of Institutional Design and Political Conflict. Ohio, 2000, pp. 195 *ff.*

[3] See in general R. Maruste, H. Schneider. Constitutional review of legislation in Estonia – its principal scheme, practice and evaluation. Constitution as a legal base for system and functions of organs of the state. Tallinn, 1996, pp. 84–104; R. Maruste, H. Schneider. Constitutional Review in Estonia – its Principal Scheme. Practice and Evaluation. – R. Müllerson, M. Fitzmaurice, M. Andenas (eds.). Constitutional Reform and International Law in Central and Eastern Europe. The Hague, 1998, pp. 91–104; R. R. Ludwikowski. Constitution-making in the Region of Former Soviet Dominance. Durham, 1996, pp. 210–227.

[4] T. Marauhn. Supreme Court or separate Constitutional Court: the Case of Estonia. – European Public Law, 1999, vol. 5, No. 2, pp. 301–314.

The essay is focused on the methods of interpretation and employs the methods of comparative constitutional law, which have not yet been fully refined. Jaakko Husa[*6] states that confusion is more evident than a clear approach: "The question of the appropriate method of comparison […] seems rather unsolved, as does the more general question of the methods of all legal sciences". Friedrich Venter[*7] comes to the same conclusion: "A consideration of the status of comparative law, and more particularly of comparative activity in the field of constitutional law, soon shows a lack of consistency of method". But to take the view of Martti Koskenniemi[*8], it is not a catastrophe. For purposes of this essay, it is enough to note clearly that comparative law is not descriptive only. It also deals with the similarities and differences of legal systems. Last but not least, applied comparative law searches for answers to the question of further developments.

From the starting point of a systematic description of the compatible traditional ways of interpreting the constitution according to the Romano-Germanic and common law traditions, the essay attempts to analyse the Estonian methods of interpretation. Beginning with the jurisdiction of the Estonian Supreme Court and continuing with scientific analysis and underlining of the specific influence of the forthcoming European integration, an attempt is made to categorise the Estonian approach. The Conclusions sum up the results and implications of the examination.

2. Different traditional ways of interpreting the constitution

Traditionally, legal scientists differentiate between different so-called law families. The best benefits can be attained by confining oneself to closely linked legal systems, maybe even within one 'family' (a 'micro' perspective). The choice of which material to compare may be called the selection of *tertium comparationis*. This is the conceptual apparatus, the context in which the comparison can take place. Focused "on the similarities, researchers attempted to identify a set of ideas or practices common to all developed legal orders. The differences among the systems have been examined chiefly in terms of proper taxonomic classification, an approach that analyses the differences among a small number of legal families rather than the particularities of the numerous individual legal systems themselves", in the words of Richard Hyland.[*9] According to René David, three principal groups of law may be distinguished[*10]: the Romano-Germanic family, the socialist legal systems, and common law. The criteria involve the compatibility of educated lawyers and philosophical, political, and economic principles.

Although Estonia is, because of its history, categorised as being in the Romano-Germanic family of legal systems[*11], there could be — with the exception of a few remaining elements of socialist legal tradition — some legal transplants[*12], especially from the Anglo-American legal system (common law). Therefore, their contribution necessitates first showing some basic outlines of the Anglo-American way of interpreting the constitution. Then, the Romano-Germanic approach is addressed.

To explain the relevance of this question, it lies in the fact that judges who are educated in the case-law system are more willing and obliged by the doctrine of *res judicata*[*13] to solve a legal problem by paying attention to precedent-setting decisions of the court, while judges from the Romano-Germanic tradition see this as a secondary approach. The second question should be whether the court is allowed to correct the legislative, representing the will of the sovereign. While judges in the case-law system see barriers here, other courts seize the chance to correct legislation.

---

5 Therefore this essay is in a line with the analysis of P. Roosma. Methods of Constitutional Interpretation in the System of Checks and Balances: Development and Practice of Constitutional Review in Estonia. Master of Laws Thesis. Central European University, Budapest, 1997.

6 J. Husa. Nordic Reflections on Constitutional Law. Frankfurt am Main. 2002, p. 33.

7 F. Venter. Teaching comparative Constitutional Law. IACL Rotterdam, July 1999, p. 5, http://www.eur.nl/frg/iacl/papers/venter.html.

8 M. Koskenniemi. Letter to the editors of the Symposium on method. – The American Journal of International, Law, 1999, 93, pp. 351–361.

9 R. Hyland. Comparative law. – D. Patterson (ed.). A companion to philosophy of law and legal theory. Oxford paperback, 1999, p. 185.

10 R. David, J. E. C. Brierley. Major legal systems in the world today: an introduction to the comparative study of law. 1985.

11 See for the details R. Narits, K. Merusk. Estonia – International Encyclopedia of Laws. Constitutional Law. The Hague, 1998, pp. 17–42.

12 See for the term D. Nelken. Legal Transplants and Beyond: of Discipline and Metaphors. – A. Harding, E. Örücü (eds.). Comparative Law in the 21st Century. London, 2002, p. 27.

13 See for the details P. Hay. Law of the United States. Munich, 2002, Chapter I No. 21.

2.1. Common law approach of interpreting the constitution

Firstly, this essay sets forth a primary, preliminary thesis. Given that most of the justices of the Estonian Supreme Court use English and not German[*14] as a working language[*15], it seems to be possible that this has an extensive influence on their practice of jurisprudence.

What is it that has led common law to solve interpretative problems? As David M. Beatty[*16] says after an analysis of the role of religious liberty in the decisions of the German *Bundesverfassungsgericht* (Federal Constitutional Court — FCC) and the U.S. Supreme Court, the American question is one of how judges have exercised their powers of review. Beatty[*17] underlines 'the process of review as an exercise in semantics in which judges are asked to elaborate and extend the meaning of the constitution'. The self-consciousness of the judges influences the choices they make. Kent Greenawalt[18] describes this relation as follows: 'In their actual decisions, judges will often implicitly side with one theory against another, but at least for many problems of theory, judges need not try to resolve them self-consciously'.

Or, in the famous words of Chief Justice Hughes on the constitution of the United States[*19], "The constitution is what the judge say it is!".

The U.S. Supreme Court in the Nixon decision of 1974[*20] described the phenomenon of the responsibility of the judiciary as ultimate interpreter.[*21]

As Jaakko Husa[*22] remarks critically from a Scandinavian perspective, the American way seems to focus on judicial review as the most important requirement of constitutionalism. One of the consequences is the fundamental question of political legitimacy.[*23] One of the reasons for the power of the judges should be that it is rather complicated to amend the U.S. Constitution (see article 5).[*24] Therefore, judicial review has a long-standing special function in U.S. constitutional law.

That leads to the stressing of the *stare dicisis* principle, better known as the principle of precedence[*25]: prior decisions are the basis for the development of (new) legal rules and perhaps legal principles; the experience of judges therefore has immense importance in common law systems.[*26] This restraint 'by the holdings and principle of prior decisions'[*27] binds judges to develop constitutional law as part of common law, too.

Furthermore, one must go on to ask which role 'canons' play in the modern interpretation of common law. It is clear in analysing the highly entrenched constitution of the U.S.[*28] that there is a broad consensus that one should "interpret them closely in terms of the constitution of the written document' and that 'such an interpretation also can undermine a meaningful appreciation of the broad underlying values that this source of all public law provides to its society".[*29]

---

[14] W. Drechsler, T. Annus. Die Verfassungsentwicklung in Estland von 1992 bis 2001. – Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 2002, 50, p. 489.

[15] See by the way the homepage of the Supreme Court (http://www.nc.ee/), which is available in an English and a Russian version, but not in German.

[16] D. M. Beatty. The Forms and Limits of Constitutional Interpretation. – American Journal of Comparative Law, 2001, 49, p. 79.

[17] *Ibid*., p. 82.

[18] K. Greenawalt. Constitutional and Statutory Interpretation. – J. Coleman, S. Shapiro (eds.). Jurisprudence and Philosophy of Law. Oxford, 2002, p. 270.

[19] See for the citation D. M. Beatty (Note 16), p. 87.

[20] U.S. Supreme Court, *United States v. Nixon*, No. 73–1766, 418 U.S. 683; 94 S. Ct. 3090; 1974 U.S. LEXIS 93; 41 L. Ed. 2d 1039 (July 24th 1974).

[21] D. S. Reed (Popular Constitutionalism – Towards a Theory of State Constitutional Meanings, Rutgers Law Journal, 1999, 30 1999, p. 874) sees a consensus, "that state judges are the final interpreters of state constitutions."

[22] J. Husa (Note 6), pp. 54–55.

[23] K. Greenawalt (Note 18), pp. 292–295.

[24] This is underlined by K. Greenawalt (Note 18), pp. 290–291.

[25] See the detailed description by J. T. McHughe. Comparative Constitutional Traditions. New York, 2002, p. 16; P. Hay (Note 13), Chapter I No. 20.

[26] See the detailed discussion regarding Richard Rortys pragmatism at D. Litowitz. Postmodern Philosophy & Law. Lawrence, Kansas, 1997, pp. 145–149.

[27] K. Greenawalt (Note 18), p. 309.

[28] On the contrary, in Great Britain there is no written constitution.

[29] J. T. McHughe (Note 25), p. 34; W. B. Fisch. Constitutional Law. – D. S. Clark, T. Ansay (eds.). Introduction to the Law of the United States. pp. 63–64.

Beside the textual approach and the way of using ethical arguments in official interpretation of the constitution[*30], other modes of interpretation, with respect to history, structure, prudence, and doctrines, are accepted — particularly by the academic commentaries — although to a different extent.[*31] Other keywords related to the methods of constitutional interpretation are 'original intent'[*32] and 'dynamic interpretation'[*33], 'neutral principles'[*34], and 'balancing'[*35].

Canons, or, more precisely, 'modalities', are to be seen, to use the terminology of Jack M. Balkin and Sanford Levinson[*36] in the context of discussion of common law as a result of constituting materials. These are the process of reproduction, related to the tools of understanding, mainly taught in law school. This includes 'those cases and materials (historical examples, legislative history, speeches by legislators and presidents, *etc*.) that are regularly taught and read'. As a result of the general court-centredness of legal thinking, the constitutional canon is predominated by the thinking of the U.S. Supreme Court.[*37]

2.2. Romano-Germanic method of interpretation

In the context of the legal history of Estonian jurisprudence, it would not be surprising if the Estonian Supreme Court were to use Romano-Germanic and in particular German methods to interpret the Estonian Constitution. Another consideration might be that the Estonian Constitution of 1992[*38] is named as a *Põhiseadus* (Basic Law). The German term *Grundgesetz* has the same meaning.

But first one must make clear what the German method of interpreting statutes is and which special approaches are used in this country to interpret the constitution.

The choice of method for interpretation of the constitution thus has a tremendous impact, and which methods are to be used for the interpretation of the constitution is among the most disputed areas of public law.

In addition to legal teaching in Germany, which largely concerns the conventional[*39] 'canon of methods', the decisions of the FCC[*40] follow Roman legal tradition by installing a *pandectist* system[*41] of civil law. This involves a concept of canon different from that in common law. Employing grammatical, systematic, historical, and teleological interpretation, the FCC tries to interpret the constitution like normal statutory law.[*42] The FCC still follows the approach traditionally used in legal education, according to which the objective will of the legislative body is decisive and is grammatically, systematically, teleologically, and historically dependent. That this traditional approach is evidenced in reluctance to set up methodological rules as standards poses one problem in particular: that yardsticks are missing when it comes to the question of rank precedence among the single aspects. The FCC committed itself only insofar as it addressed the possible senses of the notion of the word forming the boundary for an interpretation in conformance with the constitution.[*43]

---

[30] For the construing of the text see P. Bobbitt. Constitutional Law and Interpretation. – D. Patterson (ed.). A companion to Philosophy of Law and Legal Theory. Oxford, 1996 (Reprint 2000), pp. 130–131 and 135–137.

[31] *Ibid.*, pp. 131 *ff*.

[32] See P. Brest. The misconceived Quest for the Original Understanding. – B.U.L.Rev. 1980, 60, pp. 204–209, 214–224, 214–224, 231–234, printed in: J. H. Garvey, T. A. Aleinikoff (eds.). Modern Constitutional Theory. 2nd ed. St. Paul., 1991, pp. 28–40; W. B. Fisch (Note 29), p. 63; see for the details of "originalism" R. N. Graham. A Unified Theory of Statutory Interpretation. – Statute Law Review, 2002, 23, pp. 92–104 and K. Greenawalt (Note 18), pp. 300–308.

[33] For an overview about the dynamic approach see R. N. Graham (Note 32), pp. 104–115.

[34] See H. Bork. Neutral Principles and some First Amendment Problems. – Ind. Law Journal, 1971, 47, pp. 1–11, printed in: J. H. Garvey, T. A. Aleinikoff (Note 32), pp. 40–47; H. Wechsler. Toward neutral principles of constitutional law. – Harvard Law Review, 1959, 73, pp. 9, 11–20, 31–35, printed in: J. H. Garvey, T. A. Aleinikoff (Note 32), pp. 84–92; M. V. Tushnet. Following the Rules laid down: A Critique of Interpretivism and neutral Principles. – Harvard Law Review, 1983, 96, pp. 781, 805–824; printed in: J. H. Garvey, T. A. Aleinikoff (Note 32), pp. 92–102; K. Greenawalt (note 18), p. 299.

[35] T. A. Aleinikoff. Constitutional Law in the Age of Balancing. – Yale L.J., 1987, 96, pp. 943, 945–946, 972–992, printed in: J. H. Garvey, T. A. Aleinikoff (Note 32), pp. 102–111.

[36] J. M. Balkin, S. Levinson. Canons of Constitutional Law. – Harvard Law Review 1998, 111, pp. 1001.

[37] *Ibid.*, p. 1002.

[38] It is to be mentioned that the 1920 adopted Estonian Constitution was named in this way.

[39] H.-J. Koch. Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen. – EuGRZ, 1984, p. 347 calls it "old hermeneutics".

[40] See *e.g*. BVerfGE 51, pp. 97 *ff*.

[41] See *e.g*. J. T. McHughe (Note 25), p. 19.

[42] See for the details A. Katz. Staatsrecht. 14th ed. Heidelberg, 1999, § 5 No. 110–117.

[43] See several decisions of the FCC, e.g. BVerfGE 25, p. 305; 38, p. 49; see R. Zippelius. Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft. 2nd ed. 1996, pp. 428–429.

Besides the traditional 'canons', other approaches to interpretation have been developed by legal scholars, but not definitely adopted by the FCC.

- First, one must mention the so-called topic (*Topik*[*44]). It is characterised by placing the problem and its solution in the foreground. Simply said, the approach sets the primary problem purchase to the place of the primary standard text purchase. Herein also lies the main criticism of the approach. Following such an approach would remove the obligation to the rule of law, by explaining the constitution (thus the standard text) as only one item among many.
- Under the terms of the new hermeneutic (*Neue Hermeneutik*[*45]), a third view is set forth, one that sees the existing understanding on the part of the legal decision-maker as the determinant of the result of the decision on interpretation of the constitution. From this results the circularity of understanding that is said to characterise this approach (*i.e.*, the danger of a hermeneutic circle[*46]). Taken as a whole, subjective conceptions of value are relevant or even inevitable for interpretation based even partially on constitution standards. Quite quickly a diametric balance of facts and legal provision is attained, one which is significant to the view described. Hermeneutics plays a key role in interpreting the constitution in Germany.[*47]
- Friedrich Müller[*48] developed the so-called after-positivistic structure theory (*Nachpositivistische Strukturtheorie*) of legal rules. With its assistance, he hopes to attain the inclusion of the social reality in the interpretation. With this view, a certain range of facts is to be included as a cutout from the social reality that informs the considerations made in the interpretation of the written constitution.[*49] Mueller demands that one deal with the special fact contents of legal rules as a component of the interpretation.[*50] That is, according to Mueller, necessary if one is to interpret and concretise these rules of positive (constitutional) right. This connection to the text of the legal norm is then positivistic no longer: the permissible legal argumentation does not presuppose that it must be derivable from the wording.[*51]
- Analytical legal teachings must also be mentioned; these resist offering a generally binding solution in opposition to the beginning steps introduced so far. This opinion (*Analytische Begründungslehre*[*52]) is developed with a view to regarding the results of analytical philosophy after the fashion of Hans-Joachim Koch.[*53] Aimed at solutions to such problems that are among the subjects of methods used in legal teachings, the essence is that legal semantics are to play a large role with respect to discussion of legal method.[*54] The focus of the analytic legal theory should be the law in its linguistic sense, 'how it comes in legal sets to the expression' (Hans-Joachim Koch[*55]). The linguistic style of the law plays an important role.[*56] It implies turning off primarily to the positivist right.
- Last but not least, there can now be seen the first attempts to adopt the postmodern methodical approach to German constitutional law. Karl-Heinz Ladeur[*57] has attempted to place basic rights in a postmodern perspective, underlining, *e.g.*, the 'diminishing value of the distinction of the public and private spheres'[*58] and the meaning of the 'society of organization'[*59]; the federal struc-

[44] See the description *e.g.* at C. Starck. Die Verfassungsauslegung. – W. Isensee, P. Kirchhof (eds.). Handbuch des Staatsrechts. Heidelberg, 1992, § 164 No. 24.

[45] See K. Hesse. Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland. 20th ed. Heidelberg, 1995, No. 56, and the overview at H.-J. Koch (Note 40), pp. 345 and 349.

[46] See G. Radbruch. Grundzüge der Rechtsphilosophie. – A. Kaufmann (ed.). Collection. Vol. 2. 1987 *et sequi*, pp. 58–59; A. Kaufmann. Problemgeschichte der Rechtsphilosophie. – A. Kaufmann, W. Hassemer (eds.). Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie. 6th ed. 1994, pp. 114–115, 160–161; see W. Hassemer. Tatbestand und Typus. Saarbrücken, 1968, p. 102.

[47] U. Karpen. Teaching Constitutional Law. Paper submitted to the IACL Fifth World Congress, 12–16 July 1999 in Rotterdam, p. 1, http://www.eur.nö/frg/iacl/papers/karpen.html, pp. 4–5; see further A. Katz (Note 42), No. 118: "hermeneutic as starting point".

[48] F. Müller. Juristische Methodik. 7th ed. (ed. by R. Christensen), Berlin, 1997.

[49] *Ibid.*, p. 109 (222.345).

[50] *Ibid.*, p. 110.

[51] *Ibid.*, p. 104.

[52] See *e.g.* P. Mazurek. Analytische Rechtstheorie. – Kaufmann, Hassemer (eds.). Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie. 6th ed. 1994, p. 331.

[53] H.-J. Koch. Vorbemerkung: Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie. – H.-J. Koch (ed.). Methodenlehre. Kronberg, 1976, pp. 4–5.

[54] *Ibid.*, p. 5 and Kunz. Die analytische Rechtstheorie. 1977.

[55] H.-J. Koch (Note 53), p. 17.

[56] *Ibid.*, p. 18.

[57] K.-H. Ladeur. Post-Modern Constitutional Theory. The Modern Law Review, 1997, 60, pp. 617–629.

[58] *Ibid.*, p. 620 *ff.*

[59] *Ibid*., pp. 623–624.

ture of the Federal Republic of Germany, and for the first time a structural principle of the state, is another target for this new approach[*60], partly using the approach of Jacques Derrida to deconstruction[*61] for interpreting constitutions.

So far, the approaches of the legal scholars have been addressed. But what about those of the FCC, not taking these methods into consideration? With regard to the specific problems of a constitution as a legal and political framework, the FCC has worked out seven specific principles for interpretation of a 'Basic Law'.

- To take a first example, the FCC has to develop a way to combine two competing state goals, principles and basic rights. The FCC asks for 'practical concordance' to solve the conflict between two applicable constitutional provisions regarding the 'unit of the constitution'.[*62]
- A second example is the FCC's 'consumption of conformity'. Instead of declaring a provision for nullification and voiding, the Court prefers 'in interpretation that meaning […] by which a particular state measure, be it a statute, be it a court's decision, would be constitutional'.[*63] This interpretation in a constitutional manner is applicable under the condition that the provision be open to different interpretations, which lead in part to an unconstitutional result but also in part to a constitutional result.[*64] The FCC can, indeed, combine the result of a 'still' constitutional provision with the appeal to the legislator to amend this statute.[*65]
- To take a third example, the FCC has developed the concept of integrative effect and the normative power of the constitution.[*66] This involves, *e.g.*, the task of optimisation, especially to guarantee basic rights.[*67] If different interpretations exist that are constitutional, the FCC will choose the alternative that leads to the greatest efficiency.

Pure interpretation of the constitution in a country in which this framework has applied for over fifty years may not commit the mistake of understanding the conditions for practical further development of the state in a longer term than is reasonable. It must keep instead a functional development in mind, one that corresponds to existing constitutional standards as far as possible, for these will lead again to new interpretations. The 'living constitution'[*68] is therefore, as Dieter Suhr[*69] correctly pointed out, a constitutionalised process.

Accepting constitutional change[*70] amid ongoing concretising work should involve so-called teleological and, still more, so-called systematic interpretation. Thus, teleologically oriented interpretation gives the option of considering new legal developments also. Accordingly, the FCC[*71] always rejected an isolated view of an individual constitution standard and in its stead demanded that each standard be regarded in a sense connected to the remaining regulations.

The crucial point is the internal unit of the constitution.[*72] From this point, constitutional principles and basic decisions can be developed; the single constitutional provision is subordinated to them.[*73] The constitution is, and the FCC[*74] too, a 'unificary order of the political and social life of the national community'. Overall, this represents existing approaches of the court[*75], which — being confronted with several results after application of the above-mentioned methods of interpretation — is to take the alternative that yields the strongest legal efficiency for the provision.

---

[60] See for the principle of federalism J. Sanden. Die Weiterentwicklung der föderalen Strukturen in der Bundesrepublik Deutschland, Ein postmoderner Ansatz einer Bundesstaatsreform (forthcoming).

[61] See the description e.g. of B. Belay. Justice: The Law of the Law. – J. Brannigan, R. Robbins, J. Wolfreys (eds.). Applying: To Derrida. Houndmills, 1996, pp. 124–135.

[62] BVerfGE 30, 1 (19); 34, 269 (287); A. Katz (Note 42), No. 121 *ff.*; C. Starck (Note 44), § 164 No. 19.

[63] BVerfGE 2, 266 (282); U. Karpen (Note 47), p. 4; A. Katz (Note 42), No. 124.

[64] See 1983 BVerfGE 64, 229 (242).

[65] See *e.g.* 1975 BVerfGE 39, 169; S. Michalowski, L. Woods. German Constitutional Law. Aldershot, 1999, p. 44.

[66] See *e.g.* H. Maurer. Staatsrecht. Munich, 1999, § 1 No. 60 ff.; C. Starck (Note 44), § 164 No. 1–3, 27–29.

[67] A. Katz (Note 42), No. 122.

[68] BVerfGE 342 (351).

[69] D. Suhr. Freiheit durch Geselligkeit. – EuGRZ, 1984, p. 531.

[70] For the term see *e.g.* A. Katz (Note 42), No. 107.

[71] BVerfGE 19, p. 206 (209); 30, p. 1 (19); 33, p. 23 (29); 39, p. 334 (368); 55, p. 274 (300).

[72] BVerfGE 1, p. 32; 1, p. 227; 15, p. 194; 19, pp. 206 *ff.*

[73] W. Geiger (Missverständnisse um den Föderalismus. Berlin, 1962, p. 2), who underlines structural principles to guarantee the inner unit of the state; F. Klein, B. Schmidt-Bleibtreu, Kommentar zum Grundgezets, 9th ed., Neuwied 1999. Introduction, No. 53 with further cit.

[74] BVerfGE 19, p. 220.

[75] BVerfGE 6, p. 72; 39, p. 38.

Now, the focus must remain on whether interpretation of the constitution should consider, and if so to what extent, not only the legal interpretation principles mentioned but also political and economic evaluations. This is partly answered in the negative.*[76] Such a limited perspective favours formal-legal constructions of a legal-positivist nature without purchase on the political and economic reality. Therefore, it is necessary to grant the purely constitutional interpretation space also to different interpretation approaches. This applies to the provinces of both politico-scientific research and aspects of political economics. It is only thus that phenomena can be sought out and be legally explained according to the categories employed in constitutional law. Such an approach does not lead however to the adaptation of such an extended notion of the constitution as represented in the policy and/or social science*[77] as would place the entire political order or structure over the supply of the legal framework. The correct approach must consist of recognising with Hermann Heller constitutional change in connection with changing social norms and allowing this to influence the interpretation.*[78]

On the basis of the relatively open notion of the constitution represented here, the interpretation of the provisions of the constitution too must take place relatively openly. This is because the interpretation and its methodology must be derived from constitutional theory. Who positively elevates legal rule in rank over everything else is he who quickly loses hold of the social reality as a condition for the law, including constitutional law. Also, what is nationally normative must be aligned to what is accepted and usual of the state. The integration of such legal maxims into rules concerning interpretation met with its approval also in the jurisdiction of the FCC.*[79] The remarks made there, which concern civil law, apply without restriction to constitutional law, too.*[80] If it depends for the interpretation of the constitution in part on social normality also, legal interests alone cannot be the evaluation horizon for constitutionality. Therefore, it is clear that the province of the constitution must be broad in its interpretation — as described above — for purposes other than legal ones as well.

To summarise the German approach, in the words of David M. Beatty*[81], it "looks to the courts to judge whether the justifications state authorities offer for the laws they enact meet basic texts of legitimacy that are immanent in all constitutional texts".

Looking at the different ways of treating religious clauses in the constitution, Beatty*[82] states: "Not only does the text of the constitution figure less prominently in the judgments of the German Court, its method of interpretation is quite different as well. More emphasis is put on the words and structure of the document and especially on the purposes and values they express. Rather looking to history and case law to give meaning to the text, the German Court proceeds in a more purposeful and logical way." In its words, the meaning of religious liberty follows from putting "human dignity … [forth as] … the highest value and [recognising] … the free self-determination of the individual … as an important community value".

2.3. Incompatibility of the two approaches?

On the basis of this differentiation, the next step could be the thesis that there is an incompatibility and therefore an urgent need to decide as to which side the Estonian Supreme Court sees as its place.

But a closer look shows that, on one hand, the two methods are different but that, on the other, the thesis of incompatibility would be an error. In spite of this, I agree with Ulrich Karpen*[83], who shows some nascent convergence in interpretation of constitutional law in the two law families. On the basis of a 'reciprocal

[76] W. Geiger (Note 73), p. 3; see the critics by H. Heller. Staatslehre. – H. Heller. Gesammelte Schriften. M. Drath, O. Stammer, G. Niemeyer, F. Borinski (eds.). Vol. 3. 1971, p. 294 (first published 1934).

[77] See *e.g*. H. Kilper, R. Lhotta. Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland. Opladen, 1996, p. 26; H. Boldt. Einführung in die Verfassungsgeschichte. Düsseldorf, 1984, pp. 18, 20 *ff*.

[78] H. Heller (Note 76, p. 282) calls it a "product, a "kind of activity". See for this way I. Maus. Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik. – Müller, Staff (ed.). Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891–1933. Baden-Baden, 1984, 113 p. (134); see for the Heller-interpretation in general: C. Müller, I. Staff. Hermann Heller und die Auseinandersetzung um die Interpretation des Grundgesetzes. – W. Brugger (ed.). Legitimation des Grundgesetzes. Baden-Baden, 1996, pp. 133 *ff*.

[79] BVerfGE 34, p. 269 (288, 287): "[...] the rule constantly stands in the context of social conditions and the social-political opinions, which it is to affect; sometimes their contents can and must change themselves"; "the law is not identical to the whole of the written legal provisions [...] The task of the iurisdiction can require it [...] to realize value conceptions, which are expressed in the constitutional legal order immanently, but in the texts of the written laws not or only imperfectly [...] in decisions".

[80] Same opinion in I. Maus (Note 78), p. 134.

[81] *Ibid.*, p. 82.

[82] *Ibid*., p. 89.

[83] U. Karpen (Note 47), p. 1.

influence'[*84], there are no real cleavages between the two approaches of common law and German Continental law. As Karpen[*85] says, putting the focus on constitutional law, 'It is true that German legal interpretation nowadays can't be understood without being familiar with the case law method. This is prevailingly true for constitutional law'. Looking at the more than 100 volumes comprising the official collection of decisions of the FCC, this thesis seems to be correct. To give further evidence to this thesis, it must be stated with James T. McHughe[*86] that several countries in the world indeed have 'mixed' systems involving both common and civil law institutions.

But the influence of the common law approach to German constitutional law is not a one-sided phenomenon: British public law is increasingly influenced by continental principles[*87], too. In the U.S., parties in a procedure have the right to invoke foreign law, but it is handled still as a 'fact' and not introduced as law *ex officio*.[*88] Finally, the statement of Esin Örücü[*89] seems to be true that there is a 'blurring of the demarcation lines between the generally accepted classification of legal families'.

Further evidence for this thesis can be found by taking a deeper look at the similarities of some **modalities** for interpretation of constitutional law in common law on the one hand and different **canons** of Romano-Germanic law on the other. Historical interpretation is comparable with the manner of bringing history into the interpretation. Emphasising the structural context of the constitutional provision means quite the same thing as systemic interpretation. Finally, the ethical view and the teleological interpretation are based on the same main idea. To summarise, the details of the described approaches are in fact different, but they can lead to similar or even the same results.

Although it was shown that there is no real need for a sharp distinction between the approaches to constitutional interpretation developed by the various families of law, it will be interesting to see which Estonia as a transition country follows. Therefore, the focus of the following section is on Estonia.

3. The Estonian approach

3.1. Analysis of the jurisdiction of the Estonian Supreme Court

According to the constitution, the Supreme Court Constitutional Review Chamber of checks if legislation is in conflict with the provisions and (!) the spirit of the constitution (see the second paragraph of § 152 of the constitution).[*90]

The following review of the decisions made by the Supreme Court Constitutional Review Chamber contains only a few hints as to methods of interpretation used by the judges.

In 1994, the Estonian Supreme Court[*91] underlined for the first time some basic principles for interpreting the constitution (here article 63, para 1). Furthermore, Chief Justice of the Supreme Court of the Republic of Estonia (December 1992–August 1998) Rait Maruste expressed in a 1996 essay[*92] his view of the methods for interpretation of the Estonian Constitution. The summary[*93] in the English language reads as follows:

> "The interpretation of the constitution requires, in addition to usual methods and techniques of interpretation, a specific approach. The purpose of the constitution should be the point of departure in its interpretation. The second important issue is that the constitution should be interpreted in good faith. In the interpretation of the constitution, the function of a constitutional court is not to assess the political will in legislation but only the conformity of legislation with the constitution. The principle of separation of

[84] E. Örücü. Unde Venit. Quo Tendit Comparative Law? – A. Harding, E. Örücü (eds.). Comparative Law in the 21st Century. London, 2002, pp. 6–7.

[85] U. Karpen (Note 47), p. 5.

[86] J. T. McHughe (Note 25), p. 20.

[87] See the details at R. Thomas. Continental Principles in English Public Law. – A. Harding, E. Örücü (Note 84), pp. 121 *ff*.

[88] See P. Hay (Note 13), chapter 3 No. 199.

[89] E. Örücü (Note 84), p. 7.

[90] Decision of the Constitutional Review Chamber of the Supreme Court of 5 March 2001 (3-4-1-2-01), concerning the Aliens Act; see the comment of R. Narits. The Republic of Estonia Constitution on the Concept and Value of Law. – Juridica International, 2002, No. 7, p. 14.

[91] Decision of the Supreme Court Constitutional Review Chamber of 2 November 1994, III-4/A-6/94, Review of the petition of the Legal Chancellor seeking to declare Article 7 (1) of the Law on the *Riigikogu* Procedure to be null and void.

[92] R. Maruste. Põhiseaduse tõlgendamise meetodid (Methods for Interpretation of the Constitution). – Juridica, 1996, No. 2, pp. 75–81 (in Estonian).

[93] See http://www.juridica.ee/juridica_en.php?document=en/articles/1996/2/23338.SUM.php.

> powers and an interest to ensure basic rights and freedoms are essential. The constitution should be interpreted as a whole since its purpose is to establish an integral order of social and political life of people. Other laws should be reviewed for their conformity with the constitution. In analysing the constitution, the generally recognised rules of international law and international agreements binding on Estonia should be taken as a basis. Apart from formal methods and techniques of interpretation, there are unwritten practices and principles adopted by constitutional courts in their everyday work."

In its decision of 17 March 2000 (3-4-1-1-2000), the Estonian Supreme Court (*en banc*)[*94], Review of the Petition of the Legal Chancellor Seeking to Declare the 'Supplementary Budget for 1999' Act Partially Null and Void, the Court uses the systematic approach as well as the grammar-oriented approach for interpretation of the constitution (emphasis given by the author).

> "**3.** It proceeds from the **systematic interpretation of the constitution** [emphasis added — J.S.] that under legislation of general application we should understand a general act or a normative act as a legal act containing legal rules — universally obligatory rules of conduct, the fulfilment of which is guaranteed by the possibility of state coercion. In Estonian legal theory, the prevailing viewpoint is that legislation of general application means a general act (normative act). […]
>
> **6.** The next question is: does the Legal Chancellor dispute a law, a provision thereof, or a legal rule?
>
> **Grammatical interpretation of the text of the constitution** [emphasis added — J.S.] could produce the impression that the Legal Chancellor disputes legislation or a provision thereof. […] The expression 'disputes legislation' is on the same level with the phrases 'observes a law' or 'violates a law', or a provision thereof, that are found in laws and in common usage. […]"

The systematic approach is used also in the decision[*95]

> "Article 156 of the constitution has to be interpreted so that its scope of application is not confined to ensuring the formal equality established within the framework of electoral law. The Chamber is of the opinion that Article 156 does not exist in isolation from all other provisions and principles of the constitution. Upon interpreting Article 156 one must also proceed from the nature of local government and the principles of democracy."

It can be seen more under a teleological and less under a systematic approach that in 2000, as seen in the dissenting vote of a judge[*96], can be found a hint on securing the function of the Supreme Court:

> "It is very welcome that the Supreme Court gives a wider interpretation to § 4 (3) of the CRCPA, which regulates the extent of review of petitions, because this is the only way for the Supreme Court to efficiently fulfil the function of a guardian of the constitution."

In 2002, the Estonian Supreme Court[*97] mentioned the rule of interpretation that there should remain a reasonable scope of application (emphasis given by the author):

> "In the case of such an interpretation, there would be no right of deduction regardless of how small a portion of the total amount was paid in cash. **Such an interpretation is manifestly unreasonable** [emphasis added — J.S.]."

To sum up, the first remarks of the Estonian Supreme Court make clear that the main methodological basis for its decisions is (continental) Romano-Germanic, and not common law.[*98]

But, additionally, this is the same as in Germany, as mentioned above. The 1993-initiated jurisdiction of the Supreme Court is receiving more and more importance for forthcoming decisions. It was in a way wise that Chief Justice Rait Maruste had in 1994, one year after the first decisions of the Supreme Court, already emphasised in an essay[*99] the so-called 'leading case' and its relevance as a source for legal cognition. The English summary[*100] of the essay reads as follows:

> "The expression 'legal judicial decision' in Estonian and the regulation provided by procedural laws refer to the necessity and possibility of the leading case in the Estonian legal system. The experience and development trends of the world jurisprudence also direct us to it. Therefore, it would be quite natural to

[94] See http://www.nc.ee/english/.

[95] Decision of the Supreme Court Constitutional Review Chamber, 15 July 2002, 3-4-1-7-02, Petition of the Legal Chancellor to declare subsections 31 (1), 32 (1) and clause 33 (2) 1) of Local Government Council Election Act partly invalid, para 19.

[96] Decision of the Supreme Court Constitutional Review Chamber, 5 October 5 2000, 3-4-1-8-00, Review of the petition of Tallinn Circuit Court to review the constitutionality of subsection 1 (3) of section 18 of Competition Act. Dissenting vote of justice U. Lõhmus, part II.

[97] Decision of the Supreme Court Constitutional Review Chamber, 6 March 2002, 3-4-1-1-02, Petition of Tallinn Circuit Court to declare the second sentence of subsection 18 (8) of Value Added Tax Act invalid.

[98] See beside the clear statement of R. Narits (Note 90), p. 10, regarding the constitutional principle in § 3 of the Estonian Constitution.

[99] R. Maruste. Kohtupretsedendist (On the Leading Case). – Juridica, 1994, No. 5, pp. 116–117 (in Estonian).

[100] http://www.juridica.ee/juridica_en.php?document=en/articles/1994/5/28766.SUM.php.

make the essence of the leading case clear to ourselves, include the fact that a [earlier] motivated judicial decision is also a source of justice explicitly into law and begin immediately to create a data base of motivated judicial decisions, publish judicial decisions and refer to them in the motivation of decisions."

This stresses the importance of the jurisdiction in the light of common law traditions. As the German law illustrates, this is not a clash between the two legal approaches.

3.2. Academic commentary and training

In the first years after the promulgation of the Estonian constitution, there was, as is hardly surprising, no special attention paid to the need for interpreting the constitution. To the contrary, emphasis was given to the function of lawmaking in filling the gaps arising from a constitution not being able to cover all matters in full detail.*[101]

Wolfgang Drechsler and Taavi Annus*[102], presenting a political science perspective, have described the strong influence of German jurisprudence on the Estonian interpretation of the constitution, especially in the area of human rights. Furthermore, the Estonian theory of legal methods takes German scientific essays more into consideration than others.*[103]

Considering method of interpretation, Drechsler and Annus say in summary that judges are preferring the grammatical method more these days but ignoring the historical elements of interpretation.*[104] Neither the systematic nor the teleological approaches are used, according to these authors, nor are the economic analysis of law or integration of sociological elements used in interpretation.

As far as the systematic approach is concerned, this thesis is from a legal point of view not valid: As shown above, the Constitution Review Chamber has quite clearly adopted in its decision of 17 March 2000 (3-4-1-1-2000) a systematic approach to interpretation. This is confirmed by Raul Narits*[105], who stated that the systematic approach 'had been one of the most extensively used'.

Recognising that the usage of approaches is broader than this, Raul Narits, Heinrich Schneider, and Ülle Madise*[106] declare in the commentary on the Estonian Constitution, published in 2002 and edited by the Estonian Ministry of Justice, the canons in their entirety as an appropriate methodological approach to interpreting the constitution from a jumping-off point of objective law. This work underscores the importance of the Romano-Germanic tradition*[107], referred to as the continental-European legal culture*[108] and cites such influences as Friedrich C. von Savigny, probably the leading figure of the Historical School of legal scholarship and codification. This commentary, which addresses the challenge of developing the constitution*[109], describes the grammatical, the historical*[110], the teleological, and the systematical approach to interpretation of the law. The authors also accept taking social and economic aspects into consideration and, finally, give emphasis to the systematical approach to interpretation. This is done by way of underlining the relevance of conceptual thinking related to the idea of the law as a unit to find the answers to constitutional problems.*[111]

But it is also the case that the thesis that the teleological interpretation of the Estonian Constitution is underestimated cannot be verified when one takes the most recent years of Estonian jurisdiction into account. As Raul Narits*[112] has stressed the spirit of the constitution, so has Peeter Roosma*[113] emphasised the

[101] See K. Merusk. Das Verhältnis von Parlament, Staatspräsident und Regierung in Estland. – B. Meissner, D. Loeber, C. Hasselblatt (eds.). Der Aufbau einer freiheitlich-demokratischen Ordnung in den baltischen Staaten. Hamburg, 1995, p. 104.

[102] W. Drechsler, T. Annus (Note 14), p. 489.

[103] See *e.g.* the encyclopedia of legal methodology at the Institute of Baltic Studies, Kasutatud kirjandus, http://www.ibs.ee/ibs/juura/entsyklop/kasutkirj.html, which is clearly dominated by recommendations in the German language. The same phenomenon is to be seen in R. Narits. Õigussteaduse metodoloogia. Tallinn, 1997 (in Estonian).

[104] W. Drechsler, T. Annus (Note 14).

[105] R. Narits. About the Meaning of the Legal Aspect of Practical Semantics in Estonian Legal Order. – Juridica International, 2000, No. 5, p. 10 (13), who remarks by the way that "the legal historical approach had been practically unexploited."

[106] R. Narits, H. Schneider, Ü. Madise. – Justiitsminiteerium (ed.). Eesti Vabariigi Põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne (The Republic of Estonia Constitution. Commented Edition). Tallinn, 2002, Sissejuhatus (Introduction), p. 31 (in Estonian).

[107] See further R. Narits (Note 105), p. 10.

[108] In Estonian *mandrieuroopalik õiguskultuur*.

[109] See the signposting thoughts of Narits (Note 105), p. 10 (16).

[110] R. Narits, H. Schneider, Ü. Maruste (Note 106), p. 34 warn not to overestimate historical interpretation, which could lead to violations.

[111] R. Narits, H. Schneider, Ü. Madise (Note 106), p. 31.

[112] R. Narits (Note 105), p. 10.

[113] P. Roosma. Constitutional Review under 1992 Constitution. – Juridica International, 1998, No. 3, p. 36 concerning the second paragraph of § 107 of the Estonian Constitution.

need for an interpretation with a meaningful result and Marika Linntam[*114] underlined the need for jurisprudence considering contemporary values. Also, it is accepted, that legal hermeneutics can play an important role in this.[*115] That leads to the thesis that a strict positivism has definitely been overruled in Estonian legal discourse. Matter of scientific interest and practice is much more than the *ius scriptum*. Pluralism of values, emphasised by Marika Linntam, guarantees an open and free discussion of the further development of the constitution and its interpretation. And the low number of lawyers in comparison to other European countries cannot lend credence to a thesis that there are no discussions on constitutional problems.[*116] To the contrary, in particular the older generation of constitutional lawyers, who gained their experiences during the Soviet era knows the enormous importance of a free discussion and of discourse[*117] on the constitution and of methods for dealing with it.

Last but not least, the commentary of Narits, Schneider, and Madise names[*118] some newly-added maxims (principles) of constitutional interpretation in Estonia, drawing particular attention to the 'integration principle', the 'functionality principle', and the 'principle of optimal application of constitution'. This provides evidence that the recent Continental development of specific methods for constitutional interpretation (*op. cit.*) is regarded actively in Estonia, too.

4. Upcoming trends for interpretation: European integration

The same commentary mentioned above introduces[*119] — in the strict context of systematic interpretation and the coming of a common European legal culture — the vision for interpreting the Estonian Constitution with respect to European law. Citing the *Internationale Handelsgesellschaft* decision[*120] of the European Court of Justice (ECJ), the authors emphasised the supremacy of European law over national (constitutional) law. And it is right that the (co-existing[*121]) Estonian Constitution will be interpreted more and more in light of the recent development of a joint European constitutional law. And this despite the fact that Estonia is not yet a member of the European Community/Union.[*122] This is not strict denial of the thesis of Esin Örücü[*123] of a 'collective colonization by the EU' but is the result of an open-minded national state[*124] and an ever-closer-integrating Europe. Last but not least, the draft of the new European constitution, now being discussed in the European Convention with contributing Estonian experts, will influence the constitutional debate in Estonia, too. This includes the debate on the methods for interpreting the national constitution.

This European approach, influencing the content and development of national jurisprudence, was first used — as far as I can tell — in 1997 on the principle of legality in a dissenting vote of Rait Maruste, who had previously worked for five years as a judge in ECHR at Strasbourg.[*125] The increasing[*126] influence of Euro-

---

[114] M. Linntam. Building a Just Society: the Role of the Constitutional Judge. – Juridica International, 2002, No. 7, pp. 49–57.

[115] R. Narits, H. Schneider, Ü. Madise (Note 106), p. 31 stated that the standpoint that legal hermeneutics can offer only value-neutral prepositions, should be overcome.

[116] See only the institution of Juridica and Juridica International, edited by the Faculty of Law of the Tartu University (available at http://www.juridica.ee/juridica_en.php?submit_year=1&selected_year=default and http://www.juridica.ee/international_en.php?submit_year=1&selected_year=default with controverse essays of practitioners and legal scholars on legal matters. The critics of W. Drechsler, T. Annus (Note 14), p. 474 footnote 6, 489) that there is only one single law journal oversees, that there is only one relevant law school in Estonia, which has only 1.4 million inhabitants. And by the way, the existence of Juridica International gives evidence to the thesis that there is no fear to join in international (pluralistic) discussion.

[117] See mentioning the need of a discourse R. Narits, H. Schneider, Ü. Madise (Note 106), p. 30.

[118] R. Narits, H. Schneider, Ü. Madise (Note 106), pp. 31–32.

[119] *Ibid.*, p. 32.

[120] ECJ, C-14/81, *Alpha-Steel*, Collection 1982, p. 749 (764).

[121] See J. Laffranque. Co-existence of the Estonian Constitution and European Law. – Juridica International, 2002, No 7, pp. 17 *ff*.

[122] See for the details J. Laffranque (Note 121), p. 19; J. Laffranque. Constitution of the Republic of Estonia, in the light of the Accession to the EU. – Juridica International, 2001, No. 6, pp. 207–221.

[123] E. Örücü. Unde Venit, Quo Tendit Comparative Law? – A. Harding, E. Örücü (eds.). Comparative Law in the 21st Century. London, 2002, p. 1 (7).

[124] See R. Narits, H. Schneider, Ü. Madise (Note 106), p.32.

[125] See Decision of the Supreme Court Constitutional Review Chamber of 6 October 1997 (3-4-1-3-97), Review of the petition of the Valga County Court, dated 9 June 1997, to declare paragraph 3.19 of Part I of the Valga City Rules, approved by the regulation of Valga City Council, dated 10 January 1996, partially null andvoid, http://www.nc.ee/english/const/97/4a9703i.html.

[126] See A. Albi, R. Maruste. Eesti Vabariigi põhiseadus Euroopa Liidu õiguskorras (The Constitution of the Republic of Estonia in the Legal System of the European Union). – Juridica, 2003, No. 1, pp. 3–7 (in Estonian).

pean integration on constitutional interpretation in general is mainly based on the acceptance of European law's supremacy*[127]. In this context, the principle of '*effet utile'* (see article 10 EC Treaty), which demands an interpretation of the law that is in conformity with the law of the Union, is of high relevance.*[128] On this basis, it can be foreseen that the Estonian approach to interpreting the constitution will see further development in the near future, taking the aspects of European law more and more into consideration.

But what will happen with the interpretative methods of the ECJ, which stands in the centre of the development? The ECJ did not found a standard method of interpretation in the beginning. To the contrary, it had to develop its methods on its own.*[129] The grammatical method as well as consideration of the historical will of the sovereign did not give the clarity needed to interpret the primary law of the EC. This is caused by the fact that there are regularly different versions of the treaty there is no single authentic text.*[130] Besides, it is rather complicate to define 'the' will of the sovereign in such a complicated system as the EC. Therefore, it is not surprising that contextual interpretation, systematic thoughts on such matters as the framework of Community law, always played a special role in the decisions of the ECJ.*[131] That means that the *teleos* of the treaties' provisions — *i.e*., their object and purpose — was of high relevance, too*[132]. There is, in the words of Jaap E. Doek*[133], 'more emphasis on the teleological approach to interpretation than on the literal and/or historical approach'. This is because the goal of an ever-closed community asks for a functioning primary law that guarantees more and more intensive integration. With regard to the different approaches of the legal systems of the member states, the ECJ developed in article 288 para. 2 of the EC Treaty a method of comparing constitutions.*[134]

5. Conclusions and outlook

The Estonian way of interpreting the national constitution is based on Romano-Germanic traditions, and a close parallel to the German approach cannot be ignored. Both systems of jurisprudence accept the 'leading case' as a source of interpretation and therefore come closer to the common law system, by which they are reciprocally influenced. But the Estonian legal science is prepared to adopt the European principle of integration more readily than the German scholars have been. While the German Constitutional Court uses the 'approach of interpretation in conformity with the Community law (*gemeinschaftskonforme Auslegung*)'*[135], the Estonian legal educators seem to be more willing to accept a European influence on their constitution. This can be identified as a result of the 'normative power of the facts' — meaning the accession on 1 May 2004, *ante portas*.

[127] See for the details, using the German Judicial Acceptance as example K. Alter. Establishing the Supremacy of European Law. Oxford, 2001, pp. 64–123; M. Maduro. We, The Court. Oxford, 1998, p. 175.

[128] T. Kennedy. Learning European Law. London, 1998, pp. 267–269.

[129] One of the main starting points is the often cited Van Gend en Loos decision (Case 26/62 (1963) ECR 1 at. 12, where the judges paid attention to article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties: "To ascertain whether the provisions of an international treaty extend so far in their effects it is necessary to consider the spirit, the general scheme and the wording of those provisions".

[130] For the textual approach in international law see the articles 31 and 32 of the Vienna Convention: The subject of interpretation is the intention as expressed in the text, which ", shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty" (article 31), unless this "results in a meaning incompatible with the spirit, purpose, context or the clause or instrument in which the words are contained." (South West Africa Cases, ICJ Rep (1962), pp. 335–336).

[131] T. Kennedy (Note 128), pp. 260–262.

[132] *Ibid*., pp. 263–267.

[133] J. E. Doek. Legal education in a unifying Europe: Where are we going? European Law Faculty Association (ELFA)-Conference, Amsterdam, 24–25 February 2000, p. 8, http://elfa.bham.ac.uk/ELFA/Newsletters/Newsletter2000_2.pdf.

[134] See R. Christensen, T. Kuhn. Methodik des EuGH – Rechtsvergleichende Auslegung zum Nachweis von Gemeinschaftsgrundrechten, das Urteil „Jégo Quéré". Available at: http://www.hemmer.de/repetitorium/systempdf/bonn/Europarecht01.pdf, pp. 3 *ff*.

[135] See for the national level K. A. Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren. Heidelberg 1986; but see also Decision of the Supreme Court Constitutional Review Chamber, 22 February 2001, 3-4-1-4-01, Review of the petition of Tallinn Administrative Court to review the constitutionality of subsection 231 (6) of the Code of Administrative Offences, No. 17, see http://www.nc.ee/english/.

Airi Andresson

Master student,
Riga Graduate School of Law

Tim Kolk

Lawyer,
Estonian Fund for Nature

The Role of Basic Rights in Environmental Protection.

Basic Right to Environment *de lege ferenda* in the Estonian Constitution

1. Introduction

The existing human rights catalogue was drafted in a time when environmental concerns were not yet an issue and hence fail to adequately address all environmental needs. However in a degrading environment no other human right can be secured. Recent decades have witnessed a debate on whether there is a need for an additional human right to a clean environment. As a consequence, environmental rights have been inserted in several international agreements and constitutions of various states.

The first aim of this article is to analyse the nature of the right to the environment and to come to an understanding of whether it is able to guarantee a higher level of environmental protection. The second aim is to analyse how efficiently the sections of the Estonian Constitution can be invoked for the protection of the environment and whether there is a need for amendments.

The development and current status of the right to the environment is analysed on the basis of international documents and the decisions of international tribunals. We face a question of whether there is any need for an additional formulation of environmental right if the existing catalogue of human rights is sufficient to address environmental concerns. Does the success in invoking existing human rights in environmental cases support this position?

The authors of this article are of the view that the environment is an independent value and needs as strict protection as other commonly agreed values such as the right to property or the right to life and health. Enlisting the right to the environment as a basic right in the Constitution would help to protect this value from the detrimental activities of private entities and also states.

The Estonian Constitution addresses environmental concerns explicitly in § 5 and § 53. In the lack of court practice the possible uses of these provisions remain unclear. However a proper interpretation of § 5 and § 53 would allow coherence with the legal system and at the same time maximum environmental protection.

The final question remains — do we have the appropriate legal basis to meet the needs of society in light of emerging environmental degradation or should and could we enact an additional guarantee, the basic right of an individual to a clean environment? The last chapter of this article proposes amendments to the word-

ings of § 5 and § 53 of the Estonian Constitution, taking into account the concepts of sustainable development and environmental space.

2. Environmental protection through human rights *de lege lata*

Except for the two regional human rights instruments[*1] there is no express statement of the right to the environment on an international level.[*2] The closest link to the right to a healthy environment is in the Convention on the Rights of the Child[*3] linking environmental pollution with health risks. However environmental rights can and have been derived from civil and political as well as social and economic rights[*4] — *e.g.,* the right to life, to property, respect for one's private life, right to health, self-determination, right to safe and healthy working conditions.[*5]

The European Court of Human Rights (hereinafter: the Court) held in the case *LCB v. United Kingdom*[*6] that article 2 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms obliges states to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction. The wide interpretation of the right to life would allow extending it to the right to the environment.[*7] Also article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is often invoked in environmental cases, usually to stop some action of a state that causes interference.[*8]

Nevertheless the abovementioned provisions have become futile as soon as there is no actual harm, but only a need for preventive action or where there is no direct link between the state of the environment and the enjoyment of the right in question. In the situation of scientific uncertainty, the Court found no causal link between a person's exposure to radiation during nuclear testing and his daughter's leukaemia.[*9] In *Tauira and others*[*10] the Commission rejected the applicants claim based on the risk of exposure to radiation by stating that mere risks cannot be invoked since "many human activities generate risks". The decision was upheld in *L, M & R v. Switzerland*[*11] by the statement that direct harm must be suffered or the possibility of its occurrence to the applicant should be imminent.[*12]

---

1 African Charter on Human Rights and Peoples' Rights, Organization of African Unity (OAU) Doc. CAB/LEG/67/3/Rev. 5 (1982) and Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (1989).

2 One of the reasons for this could be the fear of additional numerous claims that would devalue or debase the human rights currency. See D. Shelton. The right to environment. – A. Eide, J. Helgesen (eds.). The future of human rights protection in a changing world. Oslo: Norwegian University Press, 1991. p. 198.

3 United Nations Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, UN General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, A/RES/44/25

4 Norms that indirectly allow environmental protection can be referred to as "derivative environmental rights". R. Churchill. Environmental rights in existing human rights treaties. – A. Boyle, M. R. Anderson (eds.). Human Rights Approaches to Environmental Protection. Oxford: Clarendon, 1997, p. 100.

5 P. Sands. Human rights, environment and the Lopez-Ostra case: context and consequences. – European Human Rights Law Review, 1996, No. 6, pp. 597–618.

6 The decision of the European Court of Human Rights, 9 June 1998, App. No. 23413/94. – European Human Rights Reports (hereinafter: EHRR) 1998, 27, 212.

7 A. A. Cancado Trindade. Human rights and the environment. – J. Symonides (ed.). Human rights: new dimensions and challenges. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1998, p. 117.

8 The court has invoked the proportionality test when deciding over the proper balance between the individual and society interests. Very often such cases concern noise pollution. See the decisions of European Commission of Human Rights (ECommHR) in Arrondelle v. UK, 15 July 1980, App. No. 7889/77. – Decisions and Reports of the Commission of Human Rights (DR) 1980, 19, 186; 13 May 1982. – DR 1982, 26, 5; Baggs v. United Kingdom, 16 October 1985, App. No. 9310/81. – DR 1985, 44, 13 and ECHR, Powell and Rayner v. United Kingdom, 21 February 1990, App. No. 172. – EHRR 1990, 12, 355; most recent judgment is ECHR, Hatton and others v. United Kingdom, 2 October 2001, App. No. 36022/97. – EHRR 2002, 34, 1.

9 *LCB v. United Kingdom* (Note 6); see also the judgment of UK High Court in *Reay and Hope v British Nuclear Fuels*, Queen's Bench Division, 22 November 1993. – Medical Reports 1994, 5, 1.

10 *Noel Narvii Tauira and Eighteen others v. France* , 4 December 1995, App. No. 28204/95. – DR 1995, 83, 112. The applicants claimed that nuclear testing on Mururoa atoll could generate a risk of pollution.

11 The decision of European Commission of Human Rights 1 July 1996, App. No. 30003/96. – EHRR 1996, 3, 801. The applicants claimed that their right to private and family life has been infringed by the existence of a nearby railway station, which fostered the transport of nuclear waste.

12 Same was stated by the United Nations Human Rights Committee (UN HRC) while defining the victims within the meaning of article 1 of the First Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights in *EW et al v. Netherlands*, 8 April 1993, Communication No. 429/1990. – Human Rights Committee Annual Report 1993, Vol. II, Annex XIII, sec. G; for a statement that the Protocol does not admit rights to future generations see *UN HRC EHP v. Canada*, 27 October 1982, Communication No. 67/1980. Available at: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/fd1dce90b1957160c1256abe003484d9?Opendocument (10.06.2003)

The potential of article 6 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms can be derived from *Zander v. Sweden*[*13] where the Swedish government expressed fears that the application of this provision may result in "an obligation for states to introduce a multitude of comprehensive court remedies covering a wide range of environmental matters and to deal with complaints about exposure to potential not just actual risk of damage". However the Court maintained the view that there needs to be actual harm and article 6 will not apply to risks of harm.[*14]

Environmental grounds have been invoked with more success where the harm is obvious or where other concerns such as availability of information or balancing of different interests are at stake. In *Lopez Ostra*[*15] the Court acknowledged that severe environmental pollution may affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without however seriously endangering their health.[*16] The case is also important because the Court did not require the applicant to exhaust administrative remedies to challenge operation of the plant under the environmental laws, but only to exhaust remedies applicable to enforcement of basic rights. In *Guerra v. Italy*[*17] the question was raised about the obligation of the Italian state to provide relevant information on the emissions emanating from a high-risk chemical factory. The Court found that article 8 entails a positive obligation to collect and disseminate information because the lack of information would bar applicants from being able to assess the risks they might encounter. In *Fredin v. Sweden*[*18] the Court acknowledged the possibility to challenge measures taken in the public interest where they would "manifestly run counter to the interests of environmental protection". In cases of property rights the Court has stressed the importance of striking a fair balance.[*19]

To conclude, even though existing human rights allow pursuit of environmental aims to a certain extent, the requirements for direct causation, level of harm to the claimant and the inability to represent future generations limit their efficiency greatly. In an anthropocentric framework environmental protection remains instrumental and thus unable to achieve its preventive and precautionary aims. As long as groups having direct interest in the state of the environment are prevented from effective remedies, it remains up to individuals to contest environmentally harmful activities. However with a view of the limited resources they possess, this option remains rather weak. Also the few successful cases are unlikely to have any impact within national frameworks and thus are unable to guide states towards allowing higher protection of the environment. Therefore it is submitted that specific environmental rights are necessary in order to fully realise protective aims and through them also sustainable development.

3. The scope of the basic right to clean environment

A fair number of states in Europe and the rest of the world have introduced environmental provisions to their constitutions since the 1970s.[*20] However, such a right is mostly not directly enforceable and serves only as a state aim. The following chapter analyses the components that make up a clear and enforceable basic right to the environment.

[13] The decision of European Commission of Human Rights 25 November 1993, App. No. 14282/88. – EHRR 1993, 18, 175.

[14] See also the decision of European Commission of Human Rights *Balmer-Schafroth and Others v. Switzerland* 26 August 1997, App. No. 22110/93. – EHRR 1997, 25, 598, where applicants living within 5 kilometers of a nuclear power station claimed that in view of their right to bodily integrity and their property rights, an operation permit should not have been granted to the plant. Court found article 6 inapplicable, because there was not a sufficient link between the decision to give the permit and the possible harm to physical integrity and because no serious, specific or imminent danger was proven. In his dissenting opinion, Judge Pettiti pointed to the fact that the decision clearly undermined the precautionary principle.

[15] The decision of European Commission of Human Rights 9 December 1994, App. No. 16798/90. – EHRR 1995, 20, 277. Lopez-Ostra submitted that the fumes and smells from a badly managed waste treatment plant had caused health problems to her family members.

[16] The success of Lopez-Ostra gave rise to many cases, especially by gypsies claiming their right to natural surroundings. See M. Demerieux. Deriving environmental rights from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. – Oxford Journal of Legal Studies, 2001, vol. 21, No. 3, p. 530.

[17] The decision of European Commission of Human Rights 19 February 1998, App. No. 14967/89. – EHRR 1998, 26, 357.

[18] The decision of European Commission of Human Rights 18 February 1991, App. No. 12033/86. – EHRR 1991, 13, 784. The case concerned the interpretation of Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Protocol No. 1 article 1(2) that allows states to enforce property laws in view of the general interest.

[19] In *Oerlemans v. The Netherlands*, ECtHR, 27 November 1991, App. No. 12565/86. – Reports on Judgments and Decisions Series A-219. The Court stated that it "[…] recognizes that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question".

[20] Of approximately 191 nations in the world, there are 109 national constitutions that mention protection of the environment or natural resources. Human Rights and the Environment. Earthjustice, 2003, p. 23

3.1. The right to environment as a moral/political argument, as a state goal or as a principle?

It is indisputable that due to growing degradation of natural conditions and the unforeseeable problems that might accompany this, we need to address environmental concerns in law; the moral grounds of environmental protection are obvious and so also is the political will to regulate it. Indeed the mere moral justification does not automatically mean that there is already a corresponding right.[*21] But the argument for stating a clean environment as a basic right is not standing on moral arguments only.[*22]

We may argue that instead of a binding rule, the right to a clean environment should be a policy principle with an assignment to guide the decision-makers.[*23] However it would be difficult for an individual to seek environmental protection from the state where there is only an overall non-binding principle.[*24]

Most of the provisions in European constitutions can be regarded as imposing duties on the state to take regulatory action for the protection and improvement of the environment.[*25] They can be viewed either as a legal basis for environmental regulation or as declarations of state goal.

An example of a state goal is article 20a of the German Constitution. Article 20a was added to the *Grundgesetz* in 1994. All *Länder* constitutions contain similar declarations of state goal and some also contain special rules.[*26]

Article 20a reads: "The State, with its responsibility for future generations, protects the natural foundations of life within the framework of the Constitution, by legislation and, in the administration of law and justice, by the executive and the judiciary."

The article does not grant an actionable right to the citizen. Thus it is not a fundamental environmental right. It is mainly the responsibility of the state to protect the natural basis of existence.[*27]

The normative contents of basic right to the environment should allow balancing of different interests. In the situation where the right to the environment is interdependent and indivisible from other basic rights' norms and finds itself often in collision with them, too strict a rule is not an option. Stating a principle on the other hand, enables to include the aspect of proportionality and therefore to weigh different social, economic and environmental needs; also its necessity and appropriateness in a specific situation.[*28] This kind of principle should nevertheless entail a binding nature in that it would be considered as "optimization order"[*29] to find the best possible solution in a given factual as well as legal framework.

3.2. Substantive right to environment

3.2.1. Object of the right

On an international level the definition of the right to the environment is often tackled by different priorities of States and different environmental conditions. This can be overcome by a national legal framework. National constitutions allow the consideration of local particularities and a more detailed scope.[*30]

---

[21] J. G. Merrills. Environmental protection and human rights: Conceptual aspects. – A. Boyle, M. R. Anderson (Note 4), p. 38.

[22] See the statement that "Often, the real value of a human right is that it is available as a moral trump card precisely when legal arrangements fail." M. R. Anderson. Human Rights Approaches to Environmental Protection: an overview. – A. Boyle, M. R. Anderson (Note 4), p. 12.

[23] M. Ernits sees § 53 of the Estonian Constitution to be only a guiding principle for the legislator. Põhiõiguste mõiste ja tähtsus õigussüsteemis (The Concept and Importance of Fundamental Rights in the Legal System). – Juridica, 1996, No. 9, pp. 463–471 (in Estonian).

[24] See C. Fabre. Social Rights under the Constitution: government and the decent life, chapter 3.2.3. "From moral rights to Constitutional Rights". Oxford: Clarendon, 2000, pp. 98–105.

[25] R. Seerden, M. Heldeweg (eds.). Comparative Environmental Law in Europe. An Introduction to Public Environmental Law in EU Member States. Antwerpen: Maklu, 1996. p. 427.

[26] M. Rodi. Public Environmental Law in Germany. – R. Seerden, M. Heldeweg (Note 25), p. 151.

[27] *Ibid*., p. 157.

[28] R. Alexy. Kollisioon ja kaalumine kui põhiõiguste dogmaatika põhiprobleemid (Conflict and Weighing in the Doctrine of Fundamental Rights). – Juridica, 2001, No. 1, pp. 5–13 (in Estonian); see also R. Dworkin. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977, pp. 22–39.

[29] R. Alexy (Note 28), p. 5.

[30] The idea is supported by P. W. Birnie and A. Boyle in that even though they argue against the necessity to construe a right to the environment on an international level, they nevertheless acknowledge, that the same arguments may not hold sway in national frameworks. See P. W. Birnie, A. Boyle. International law and the environment. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 266; also in A. Boyle. The Role of International Human Rights Law in the Protection of the Environment. – A. Boyle, M. R. Anderson (Note 4), p. 64.

About 60 national constitutions enacting the right to the environment do it with a great variety of formulations. References are made *e.g.* to "clean", "healthy", "decent", "viable", "satisfactory", "sustainable".[*31] Defining specific focus (such as "healthy environment") is one option to solve the problem with excessively vague adjectives.[*32] However international documents containing this kind of right have in most cases proven to be too narrow and therefore inappropriate to achieve environmental protection.

A second possibility is to amplify the general right with more specific formulations and parameters. This is done in the draft articles annexed to the Ksentini Report.[*33] However that option could become too long and cumbersome for the text of the constitution.

The third approach is not to try to define the exact substance in the constitution at all, but to leave it open for the courts to formulate the final scope via case law.[*34] Given the fact that there is quite a clear view in the public mind of an environment which should be conserved, the right can be applied with a reference to the economic and social context of the time.[*35]

3.2.2. Subjects of the right

The second inevitable question is who can rely on the right to the environment. In the case where the right to the environment is formulated as a basic right in a constitution, then certainly the state is the one obligated to supply means of protection in the form of specific legislation and policies as well as to refrain from activities detrimental to the environment.

However the right to the environment, resting on the notion of "common objective – common concern", includes a much wider scope of subjects. As a solidarity right it must encompass as its holders individuals as well as groups and in addition to allow considerations for future generations.[*36] Only then is it possible to set sustainability and intra- and inter-generational equity as the final goal. Thus there should be no distinction between addressees and beneficiaries of the right, because in order to effectively implement the right the holders also bear a duty to participate in the enhancement of the environment.[*37]

Some European constitutions contain a duty of care provision[*38] and some have added to the rights-based wording a general responsibility of all persons towards nature and the environment.[*39] Such provisions relate to the ethics of responsibility, which implies that instead of rights we should speak about duties towards nature — because nature is not able to defend itself against harmful activities. But what if someone fails to fulfil this duty?

It becomes thus inevitable to vest the basic right to the environment with third-party applicability (*Drittwirkung* in German legal literature[*40]), meaning, that the norm should be applicable against the state as well as against third persons (groups, enterprises or individuals) causing environmental degradation.

3.2.3. Overcoming the enforcement difficulties

The key to a successful enforcement process is found in clear definition, explicit and accessible procedures and effective remedies.

---

[31] Final Report of the UN Special Rapporteur F. Z. Ksentini, Human Rights and Environment (hereinafter referred to as the Ksentini Report), Annex III Developments in national legislation and practices, UN Economic and Social Council Commission on Human Rights Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 46th session, 17 August 1994, E/CN.4/Sub.2/1994/9. Available at: http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/eeab2b6937bccaa18025675c005779c3?Opendocument (10.06.2003). See also K. Bosselmann. Human Rights and the Environment: Redefining Fundamental Principles. Available at: http://www.arbld.unimelb.edu.au/envjust/papers/allpapers/bosselmann/home.htm (15.04.2003).

[32] P. W. Birnie, A. Boyle (Note 30), p. 256.

[33] Ksentini Report (Note 31).

[34] A. Kiss, D. Shelton. International Environmental Law. New York: Transnational Publications, 1991, p. 24.

[35] A. Kiss. Définition et nature juridique d'un droit de l'homme à l'environnement in Environnement et droits de l'homme, UNESCO, 1987, as cited in S. Prakash. The right to the Environment. Emerging Implications in Theory and Praxis. – Netherlands Quarterly of Human Rights, 1995, vol. 13, No. 4, p. 425.

[36] See Perusoikeuskomitean mietintö 1992:3. Helsinki, 1992, pp. 358–359. For a reasoning of whether we should also accord rights to natural objects, see also S. Douglas-Scott. Environmental Rights: Taking the Environment Seriously? – L. Gearty, A. Tomkins (eds.). Understanding Human Rights. London, New York: Pinter, 1999, pp. 440–446.

[37] P. Cullet. Definition of an Environmental Right in a Human Rights Context. – Netherlands Quarterly of Human Rights, 1995, vol. 13, No. 1, p. 32.

[38] *E.g.* article 20 of the Finnish Constitution. – Official Journal, 731/1999. Available at http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E9990731.PDF (17.07.2003).

[39] *E.g.* article 66 of the Portuguese Constitution, http://www.parlamento.pt/ingles/cons_leg/crp_ing/

[40] See C. Starck. Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court. – D. Friedman, D. Barak-Erez (eds.). Human Rights in Private Law, Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 97.

Although the wording of many environmental provisions in European constitutions contains a right to a certain environment[*41], general opinion is that these rights are not justiciable and do not create direct rights and obligations due to their vagueness. There seems to be no opportunity for individuals or groups of citizens to start judicial action against the state and to force it to take regulatory action to benefit the environment.[*42] It can be concluded that a justiciable and ecologically comprehensible right to the environment has not developed in any of the European countries.[*43]

The opinions on judicial applicability and clarity of these provisions may not be correct *ad infinitum* as they have not taken into account that many of these provisions have not been grounds for court cases and that the vague wording may acquire substance case-by-case.

The procedural side of enforcing the right to the environment is crucial and should include the right to information, to free and meaningful participation in planning and decision-making and access to effective remedies and redress in administrative and judicial proceedings for environmental harm or the threat of such harm.[*44]

Even though the procedural aspect is decisive in enforcing the right by democratic means, it does not substitute the substantive content of the norm, but acts more like an instrumental right by giving the structural framework necessary for the realisation of the substantive right to the environment as well as other basic rights.[*45] The procedure itself does not guarantee that when balanced against other rights, the environment is afforded proper weight and thus increasing availability of information, participation in decision-making and access to justice do not, on their own, lead to environmentally sustainable regulation, decisions or conditions.

Individuals and groups[*46] should be able to actively seize the right to the environment and also less-privileged groups should be able to participate in the decision-making process.[*47] It would be possible to define or delimit the number of groups by the requirement of special interest in the case. Interest could be shown in the professional aims and purposes of a non-governmental organisation.

No matter how well a norm is formulated, it becomes dormant if the people are unwilling to rely on it.[*48] Since environmental quality is a value judgment varying across cultures and geographic contexts, then participation rather than a substantive legal definition can provide the most realistic, flexible and context-sensitive approach to a right to the environment.[*49]

In the enforcement of the right to the environment the notion of express damage to be shown by the applicant should be abandoned. In the need for proactive protection it is vital not only to penalise, but also to prevent degrading activities. The basic right to the environment ought to allow standing also in cases where there is no actual harm, but only a risk of its occurrence.[*50] Applying the precautionary principle, we should allow court-proceeding in cases where there is no proof of future harm, but only scientific data implicating the possibility of such harm.[*51]

---

[41] *E.g.* article 110b of the Norwegian Constitution. Available at http://www.odin.dep.no/odin/engelsk/norway/system/032005-990424/ (17.07.2003); article 45 of the Spanish Constitution. Available at http://www.senado.es/constitu_i/index.html (17.7.2003), article 66 of the Portuguese Constitution. Available at http://www.portugal.gov.pt/en/Political+System/Constitution/default.htm (17.7.2003).

[42] Only in cases where the government has drastically lowered the level of environmental protection Austrian and Dutch citizens may have a justiciable claim. (R. Seerden, M. Heldeweg (Note 25), p. 427).

43 C. Calliess. Umweltgrundrechte im Recht der Europäischen Union. – K. Bosselmann (ed.). Ökologische Grundrechte. Zum Verhältnis zwischen individueller Freiheit und Natur. Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 212.

[44] On an international level such rights are afforded by the UN Convention on the Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice. – Environmental Matters, at http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43e.pdf (27.04.2003); also European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, article 10.

[45] P. Cullet (Note 37), p. 37. It has frequently been argued that procedural rights, contrary to a substantial environmental right, are a powerful tool in environmental protection. See *e.g.*. K.-H. Ladeur. Environmental Constitutional Law. – G. Winter (ed.). European Environmental Law. A Comparative Perspective. Ashgate: Dartmouth/Aldershot, 1996, p. 24; G. Handl. Human rights and protection of the environment. – A. Eide, C. Krause, A. Rosas (eds.). Economic, social and cultural rights. Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 327.

[46] For the discussion on the role of NGOs in environmental protection see J. Cameron, R. Mackenzie. Access to Environmental Justice and Procedural Rights in International Institutions. – A. Boyle, M. R. Anderson (Note 4), pp. 137–151.

[47] Shelton notes, that "High short-term costs involved in many environmental protection measures often make environmental decisions unpopular with economically affected communities. The recognition that environmental protection is a core value and right can be particularly valuable in countering this disapproval and ensuring that the long-term needs of humanity are not sacrificed to short-term interests." D. Shelton (Note 2), p. 191.

[48] This was the case in Hungary, see G. Bandi. The Right to Environment in Theory and Practice: The Hungarian Experience. – Connecticut Journal of International Law, 1993, No. 2, pp. 439–467.

[49] S. Prakash (Note 35), p. 423.

[50] For a list of effective preventive measures see B. van Dyke. Proposal to introduce the right to a healthy environment into the European Convention regime. – Virginia Environmental Law Journal, 1994, No. 2, p. 338.

[51] For analysis of the precautionary principle see J. Morris (ed.). Rethinking Risk and the Precautionary Principle. Oxford: Butterworth, 2000; T. O'Riordan, J. Cameron (eds.). Interpreting the precautionary principle. London: Earthscan Publications Ltd., 1994.

4. Environmental provisions in Estonian Constitution

4.1. The Preamble, § 5 and § 53 of the Constitution

The Preamble of the Estonian Constitution says that the Estonian state is, *inter alia*, a pledge to present and future generations for their social progress and general welfare.

Section 5 of the General Provisions of the Constitution reads as follows: "The natural resources and natural wealth of Estonia are national riches which shall be used sustainably."

Section 53 of the Basic Rights, Freedoms and Duties chapter provides the following: "Everyone has a duty to preserve the living and natural environment and to compensate for damage caused to the environment by him or her. The procedure for compensation shall be provided by law."

4.1.1. "Sustainable use" as state goal

Together with the objective of the state set out in the Preamble to guarantee present and future generations social progress and general welfare, § 5 makes sustainable development as a general state goal. This view has been supported by the Committee of Experts on the Constitution which has concluded in their final paper that § 5 should be viewed as setting a state goal to achieve sustainable use of natural resources and natural wealth.[*52] The examination of the protocols of the Constitutional Assembly, where one of the members, speaking about this provision, says that the goal is to preserve the environment suitable for future generations, also supports the idea of sustainable development as a state goal.

"Natural resources and natural wealth", as stated in § 5, cover all the possible aspects of the environment to which the sustainability imperative applies — starting with mineral wealth, forests, animals, fish and ending with clean air, clean water and biodiversity.

What is meant by "sustainable use of natural resources and wealth" and by the more general "sustainable development"? The definition of sustainable development and sustainable use can be deduced from international instruments Estonia has signed or is a party to.[*53] International organisations and states agreed in the 1992 UN Conference on Environment and Development in the Rio Declaration on Environment and Development and Agenda 21 that development viewed only as an increase of material wealth is threatening mankind's survival and the environment because it exceeds the carrying capacity of the biosphere as an ecosystem. The use of natural resources and wealth is sustainable only when it does not consume natural resources faster than they could be regenerated and does not burden the environment with amounts of waste and residuals that exceed its capacity to absorb them and does not degenerate biodiversity. This normative principle setting the direction and limits for the state action and inaction is binding on the state powers.

4.1.2. Can state goal be relied upon in courts?

The state goal is not granting any individual such rights the infringement of which would give legal standing in the courts, but individuals can rely on it in court cases and in their complaints to the Legal Chancellor. The judges, Legal Chancellor and the President can use conflict with this principle to submit a complaint to the Supreme Court for a law to be declared unconstitutional. The Legal Chancellor can also challenge state inaction to implement this principle.

4.1.3. Everyone's duty to preserve living and natural environment

According to § 53 everyone has a duty to preserve the living and natural environment. The secondary duty of compensation is not an object of current analysis.

The first question that needs an answer is **who is bound by the duty**. The duty to preserve the environment is primarily addressed to individuals and legal persons. The main problem is whether the state and municipalities are also addressees of this duty.

The answer to this question has to be affirmative for the following reasons:

[52] E.-J. Truuväli *et al*. Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne (Constitution of the Republic of Estonia. Commented Edition). Tallinn: Õigusteabe AS Juura, 2002, commentary to § 5 at pp. 69–70 (in Estonian).

[53] Definition of sustainable use through sustainable development has been founded on Michael Decleris' work on legal aspects of sustainable development. M. Decleris. The law of sustainable development. General principles. Brussels: European Commission, 2000.

1. excluding the state and municipalities from the obliged subjects would be in conflict with the spirit of the Constitution as the state could deliberately harm the environment whilst at the same time demanding rigorous preservation of the environment from its subjects;
2. excluding the state conflicts with the goal of § 53 to guarantee an environment of a certain quality;
3. excluding the state leaves an individual no option to challenge the state action or inaction and thus conflicts with the rule of law that demands for procedures and grounds to be set for the individual to go to court against the state.

The environmental obligation of the state can be constructed through § 10 of the Constitution which provides that the basic rights, freedoms and duties are not limited to those mentioned in the basic rights chapter of the Constitution.*[54] To include the state as an obliged subject of the § 53 obligation would be in accordance with the requirements of § 10.*[55]

The next question is about the **content of this obligation** — what is meant by "preservation of living and natural environment"? These concepts have the same content as the 'sustainable use' of the state goal in subchapter 4.1.1.

The basic obligation can be implemented by the state only when the Parliament has further elaborated its content. Private persons can thus be obliged to preserve the nature in a certain way only when the law provides so. This reservation has its roots in § 3 (1) and § 13 (2).*[56] The only way to affect situations where there is no law to regulate certain environmental issues that clearly cause irreversible harm to the environment is through the Legal Chancellor. To challenge state inaction in the field of lawmaking through courts is not possible in the Estonian legal system.

The question here is about the level of protection guaranteed by the Constitution. The level of protection is a question of value-judgement. Setting sustainable use of natural resources as one of the fundamental aims of the state and using comparatively radical wording for the environmental section implies great value to environmental protection and environment as such. The level of protection question cannot be decided on an abstract basis. Its contents will wash out in the light of specific cases and it is very clear that the modern world cannot evade tolerating damages to the environment up to a certain level.

The state has been guaranteed a wide discretion in determining the level of protection and means for achieving it. Nevertheless this has partly been determined by international obligations and partly by the existing level of protection. Lowering this level (*e.g.* closing protected areas, accepting higher emissions) would constitute a breach of § 53 since such action cannot be considered as preserving the environment.

It has been argued that environmental decision-making by the courts needs a more open and "political" legal reasoning than that to which we are used to. "In environmental issues courts have to act as representatives of civil society being able to maintain ecological considerations against, on the one hand, state and municipal interests and on the other hand, against the strong economic interests of society. The courts will have to weigh fundamentally opposite interests and values against each other and they will thereby be involved in more or less semi-political issues."*[57] Making such a complex structure as the environment the subject of a fundamental right requires that new meta-rules of argumentation and decision-making be created.*[58]

4.1.4. Is there a right to sustainable living and natural environment?

Yes, the obligation of § 53 has a corresponding everyone's right to sustainable living and the natural environment.

When somebody has a subjective right to something, there is always somebody who has an obligation to either actively or passively respect this right. The same applies to obligations — when there is an obligation, there is always somebody who has a subjective right to the object of this obligation and a relative subjective right to demand the fulfilment of this obligation.

The state obligation*[59] that is objectively formulated in the basic rights chapter is not complemented with a subjective right only in cases where there are strong arguments against that. This can be so when the state's

[54] Section 10: "The basic rights, freedoms and duties listed in this chapter shall not preclude other rights, freedoms and duties which arise from the spirit of the Constitution or are in accordance therewith and confirm to the principles of human dignity and of a state based on social justice, democracy and the rule of law."

[55] R. Alexy. Põhiõigused Eesti põhiseaduses (Basic Rights in Estonian Constitution). – Juridica Special Edition, 2001, p. 30 (in Estonian).

[56] Subsection 3 (1): "The state authority shall be exercised solely pursuant to the Constitution and laws which are in conformity therewith. Generally recognised principles and rules of international law are an inseparable part of the Estonian legal system." Subsection 13 (2): "The law shall protect everyone from the arbitrary exercise of state authority."

[57] L. D. Eriksson. Environmental Rights as a Constitutional Problem. – Retfaerd Special Issue, 1994, p. 107.

[58] K.-H. Ladeur (Note 45), p. 19.

[59] Section 53 gives rise to a state obligation to protect the environment, see subchapter 4.1.3.

obligation serves collective goals only.*[60] Since every individual is interested in a living and natural environment of a certain quality, § 53 serves both collective goals and individual interests. Therefore § 53 gives rise to a subjective right that can be invoked in courts.

For its full realisation the Constitution has to be open for adjudication. For this reason it is important to interpret § 53 as granting subjective rights to individuals and legal persons. The possible difficulties in its application cannot justify declaring this section mere constitutional lyrics or, at best, justification for environmental regulation.

The construction of such a right through interpretation is in accordance with § 10 of the Constitution. The right to sustainable living and natural environment meets all these requirements. The creation of basic rights that correspond to the existing *expressis verbis* obligations based on § 10 has also been used by the Supreme Court of Estonia in two cases.*[61] Relative subjective right to demand protection of the environment has been constructed by Tallinn Administrative Court.*[62]

The rights and duties incumbent upon the state and municipal authorities and individuals, stemming from § 53, can be pictured in the following way:

1. The state and municipal authorities
   A) duties
      a) to refrain from harming the living and natural environment;
      b) to guarantee that individuals and organisations do not act contrary to the obligation of preserving the environment;
      c) to improve the environment if damage has already been caused (to compensate for the damage caused by the state itself would not be reasonable as the state can directly remove the harm).
   B) rights
      a) to demand preservation of the environment from individuals according to acts of parliament;
      b) to demand compensation for environmental damage according to acts of parliament.
2. The individuals
   A) duties
      a) duty to preserve the living and natural environment according to the acts of parliament;
      b) duty to compensate for the damages caused to the environment.
   B) rights
      a) right to a sustainable environment, right to demand protection of the environment from the state and municipal authorities;
      b) right to demand creation of guarantees for protection of the environment from the state.

The state may demand preservation of the environment from the individuals insofar as it has been prescribed by law. The state cannot be a subject of a basic right to the preserved environment.

The individual bearers of a basic right can demand preservation of the environment from the state without relying on existing laws.*[63] They can also argue that a certain individual act violates their right to the preserved environment because it has been given in accordance with a law that violates this right. The circle of potentially affected bearers of basic rights is very large and could therefore theoretically cause problems with predictability of administrative decisions.*[64]

Since most of the environmental threats are caused by private actors rather than the state, it is important to view this right as granting state protection against private environmentally hazardous activities. This would enable individuals to go to court against the state on the grounds that the state is violating its obligation to preserve the environment and the right to the preserved environment of the individual by allowing harmful activities.

The right to a sustainable environment should protect certain a condition of the environment — the condition where the use of natural resources and generation of waste does not exceed the carrying capacity of the ecosystem or the environmental space.*[65]

---

[60] R. Alexy (Note 55), pp. 20–21, as could be the case with § 27 (1) of the Estonian Constitution.

[61] Right to procedure — the decision of the Supreme Court *en banc*, 28 October 2002, No. (3-4-1-5-02), para. 30. – Riigi Teataja (the State Gazette) III 2002, 28, 308 (in Estonian); right to good governance — the decision of the Constitutional Review Chamber of the Supreme Court, 17 February 2003, No. (3-4-1-1-03), para. 16. – Riigi Teataja (the State Gazette) III 2003, 5, 48 (in Estonian).

[62] The decision of Tallinn Administrative Court *in Hürden v. Harku Municipality* in 5 June 2003, administrative case 3-693/2002.

[63] The state inaction in the field of lawmaking may not be challenged by individuals in the court, but can be done through the Legal Chancellor.

[64] K.-H. Ladeur (Note 45), p. 21.

[65] The right to sustainable environment should obtain its content the way state goal has been given a content (see subchapter 4.1.1 and 4.1.3).

5. Environmental protection *de lege ferenda*

5.1. Right to clean environment

The Constitution needs to establish better foundations for determining the level of an environmentally sustainable society. This is due to the following reasons:

- to overcome the difficulties of ascertaining which actions constitute a breach of the preservation obligation and which do not;
- for the duty to preserve the natural environment to be fulfilled;
- for the corresponding right to sustainable natural environment not being breached.

The amendment could be made by adding the concept of environmental space (or the carrying capacity of the ecosystem) to the existing provisions.[*66] Reformulated § 53 could then be read as follows:

(1) Everyone has a duty to preserve the living and natural environment in a condition where the use of resources and production of waste does not exceed the environment's ability to reproduce these resources and absorbing the waste does not degrade biological diversity.

(2) Everyone has a duty to compensate for the excessive use of resources and production of waste and for damage caused to the environment.

(3) The procedure for compensation shall be provided by law.

(4) Everybody shall be guaranteed by law access to justice and the right to participation at all levels of decision-making in environmental matters.

Full implementation of this duty would yield structural changes in economic and social systems. To some extent we have to tolerate environmental harm and this mechanism of tolerance is based on the second paragraph whereby the state by establishing a system of compensation is allowed to determine the level of tolerable environmental harm.

5.2. Sustainability as state goal

Section 5 should specify more precisely what exactly is meant under 'sustainable use'. This should again be done through the concept of environmental space. Section 5 should set environmentally and socially sustainable development of the society as a state goal.

The state goal in the field of environmental protection is a sustainable society. Environmental sustainability can be achieved by fitting all the activities in the available environmental space by reducing environmental impact through more effective use of natural resources. This would automatically lead to an environment of high quality and the protection of the rights of future generations.

6. Conclusions

Existing human rights do not allow protection of the environment before the actual harm has occurred and are thus too anthropocentric and instrumental. Environmental considerations are not always afforded sufficient weight with other interests.

National legal frameworks enable taking into account specificities of each country and thus to formulate the basic right to a clean environment with a proper focus. Development of case law allows the overcoming of further problems with definition and enforcement. Public participation plays a crucial role in it.

The bearers of the basic obligation to preserve the living and natural environment as stipulated in § 53 of the Estonian Constitution are individuals, legal persons, the state and municipalities.

The basic obligation in § 53 of the Estonian Constitution gives rise to a subjective right to sustainable environment that can be invoked in the courts.

The state can demand protection of the environment from the individuals insofar as it has been prescribed by law. The state cannot be a subject of a basic right to sustainable environment.

[66] The concept of environmental space was first used in a study by Wuppertal Institute for Climate, Environment and Energy (http://www.foeeurope.org/sustainability/europe/study/t-frame-study.htm (04.04.2003), the ecological constitutional reform and the resulting structural changes in the society and economy have been discussed by Marek Strandberg. – M. Strandberg. Kahe maja kokkupanekust (Uniting Ecology and Economy). Lehed ja Tähed. Tallinn: MTÜ Loodusajakiri, 2003, pp. 179–194 (in Estonian).

Although the present wording of the Estonian Constitution can be construed in the light of the concept of environmental space (or the carrying capacity of ecosystems) it should state more clearly what is meant under this concept and connect it to the environmental basic right.

The activities in Estonia must fit into the carrying capacity of the ecosystem. This could be done by setting limits to these actions in the Constitution. Amending the rights chapter provides the advantage of allowing the rights to be invoked in courts by individuals.

Kristiina Albi

Master student,
Central European University (Budapest)

The Right to Use Minority Languages in the Public Sphere:

Evaluation of Estonian Legislation in Light of the International Standards

1. Introduction

Estonian language legislation has received a lot of attention both at a domestic and an international level. Since its initial drafting, several changes have been introduced to the legislation, partly in response to the criticism made by international organisations. In the course of the drafting process, national security and arguments for the protection of the Estonian language and culture have been of primary concern. However, the possible human rights restrictions have been less considered or escaped attention. According to the Estonian Supreme Court, it is the legitimate purpose of the legislation to protect the Estonian language and culture.[*1] Nevertheless, every measure that interferes with the exercise of fundamental rights and freedoms has to be also necessary in a democratic society and proportional to the aims pursued. Therefore, the impacts of the regulations on the people belonging to a linguistic minority and to their fundamental rights have to be taken into account as well.

In addition to the equal treatment clause that prohibits discrimination *inter alia* on the basis of language, the Estonian Constitution enlists among its extensive catalogue of fundamental rights and freedoms also the right to preserve one's national identity (§ 49), right to establish self-governing agencies in the interests of national culture (§ 50), the right to receive responses from state agencies, local governments, and their officials also in the language of the national minority in such localities where at least one-half of the permanent residents belong to a national minority (§ 51) and use the minority language as an internal working language in local governments where the language of the majority of the residents is not Estonian (§ 52).

Not all of these guarantees have been enforced in practice. The overview of the language legislation and practices in the Baltic States reveals rather that the higher the proportion of the Russian-speakers in a given population, the more rigorous the linguistic containment policy is.[*2] Yet according to international law

[1] Decision of the Constitutional Review Chamber of the Supreme Court, 2 February 1998, No. 3-4-1-1-98. – Riigi Teataja (the State Gazette) I 1998, 14, 230 (in Estonian). The Court stated that the preamble of the Constitution establishes as one of the duties of the state the preservation of Estonian nation and culture through the ages, which inherently covers also protection of Estonian language.

[2] B. Tsilevich. Development of the Language Legislation in the Baltic States. – MOST Journal on Multicultural Societies, 2001, vol. 3, No. 2 (section 8.1). Available at: http://www.unesco.org/most/vl3n2tsilevich.htm.

instruments, the size of the minority group is one aspect, which determines the extent of state obligations towards the minorities — the more sizeable the minority group, the more extensive possibilities should be provided for the usage of the minority language. Moreover, as different surveys still demonstrate, the Estonian language command among the Russian-speaking population in Estonia is quite modest[*3] and differences in non-Estonians' linguistic competences are largely dependent on their place of residence.[*4]

The present paper first discusses the notion of language rights as they have been codified in international law. Then, Estonian legislation on the usage of minority languages in the public sphere, such as for communication with public authorities, within public bodies and the language of public signs will be analysed in the light of this discussion.

2. Language rights under international law

Estonia is a state party to the main international human rights treaties. The following chapter gives an overview of the main instruments dealing with language rights.

Estonia has ratified the International Covenant on Civil and Political Rights[*5] (ICCPR) and its additional protocol establishing the individual complaint system to the Human Rights Committee. Prohibition of discrimination on the basis of ethnic or national origin is prohibited also by the International Covenant on Prohibition of All Forms of Racial Discrimination.[*6] As a member state of the Council of Europe Estonia is a state party to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)[*7], and has ratified also the Framework Convention for the Protection of National Minorities[*8] (FCNM).

Article 27 of the ICCPR sets forth that

> "In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language."

The negative wording of article 27 has caused several disputes over the meaning of this article. However, there is an emerging consensus in academic literature that despite the negative wording of the provision it establishes positive duties on states to guarantee the right to use one's language in public and in private.[*9] The position of the mere prohibition of intervention is supported by textual interpretation and *travaux préparatoires*, while systematic and teleological interpretation support the existence of positive state obligations.[*10] Accordingly, if to look at the scope of article 27 in light of other rights guaranteed under the ICCPR, such as freedom of religion, expression and right to privacy and non-discrimination, and without providing some additional protection article 27 can be considered to be superfluous (see also the further discussion on the nature of the language rights).[*11] Article 27 has also been used as a basis to argue for special measures to guarantee substantive equality for persons belonging to minorities.[*12]

The 1992 UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities[*13], which has been inspired by article 27 of the ICCPR, elaborates further on the right to use

---

[3] According to the data from 2000, 34% of stateless people in Estonia consider that they are not able to communicate in Estonian and only 4% of them think that they can communicate well. 25% can speak Estonian more or less and 37% can speak only a little. The same figures about Russian citizens in Estonia: 50% do not speak a word, 6% speak well, 10% more or less, and 34% only a little. The knowledge of the Estonian language is a little bit higher among Estonian citizens: 39% can speak it well, 33% speak more or less, 18% can speak only a little, and 10% cannot speak at all in Estonian. Compared to the data from 1997, there has not appeared a significant improvement in the knowledge of the Estonian language among the Russian-speaking population. – See I. Proos. Linguistic competence and communicative capabilities of Russians in Estonia ("Russian Estonians"). Available at: http://www.meis.ee/eng/index.html (12.6.2003).

[4] Of Estonian cities Narva and Sillamäe are the most monolingual towns, where only 13% of the Russian- speaking people can communicate in Estonian. In Kohtla-Järve and Jõhvi the knowledge of Estonian is a little bit better – 27% of the Russian-speakers have good or passable knowledge on the level of every-day communication. – See I. Proos (Note 3).

[5] Riigi Teataja (the State Gazette) II 1993, 10/11, 11.

[6] Riigi Teataja (the State Gazette) II 1995, 5/6, 30.

[7] Riigi Teataja (the State Gazette) II 1996, 11/12, 34.

[8] Riigi Teataja (the State Gazette) II 1996, 40, 154. Entry into force 1 February 1998.

[9] See K. Henrard. Devising an Adequate System of Minority Protection. The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 167–172; F. Capotorti. Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (quoted in K. Henrard, p. 171); P. Thornberry. The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis and Observations, Minority Rights Group. London, 1993, p. 22.

[10] K. Henrard (Note 9), pp. 167–168.

[11] *Ibid.*, p. 168.

[12] *Ibid.*, p. 170.

[13] United Nations General Assembly, U.N. Doc. A/RES/47/135, 18 December 1992. Available at: http://www.un.org/documents/ga/res/47/a47r135.htm.

one's language in public and in private, freely and without interference or any form of discrimination. The Declaration also establishes explicitly the obligation for the states to encourage conditions for the promotion of the identity of the minorities (article 1), to take measures to ensure that persons belonging to minorities may exercise fully and effectively all their human rights and fundamental freedoms without any discrimination and in full equality before the law and to create favourable conditions to enable minorities to express their characteristics and to develop their culture, language, religion, traditions and customs (article 4).

The Framework Convention for the Protection of National Minorities of the Council of Europe, ratified by Estonia in 1996, and the European Charter for Regional or Minority Languages (of which Estonia is not a signatory yet) are the first legally binding instruments specialised on minority protection, though the latter has been considered as protecting the languages and not the rights of the persons belonging to the minority group.[*14] Nevertheless, the Explanatory Report of the Charter also states that although the Charter is not meant to establish any individual or collective rights, "the obligations of the parties with regard to the status of these languages and the domestic legislation which will have to be introduced in compliance with the Charter will have an obvious effect on the situation of the communities concerned and their individual members."[*15] Although the Charter includes similarly to the Framework Convention several "escape clauses", *e.g.* that the state should take measures when it is "justified" by the number of the people speaking the minority or regional language, corresponding to the situation of the particular language or as far as "reasonably" possible, it enlists the obligations of the states parties more precisely.[*16]

The Framework Convention, as also reflected in the name of the convention, includes mainly programmatic provisions, which establish state obligations to be implemented through domestic legislation. However, the provisions that repeat general human rights, such as the principle of non-discrimination, freedom of religion and freedom of expression, assembly and association, have been considered to be directly applicable.[*17] The second weakness of the Framework Convention is its supervisory system. The state has to submit periodic reports on the legislative and other measures taken to give effect to the principles set out in the Convention, but there is no individual complaint system. Implementation is monitored by the Committee of Ministers of the Council of Europe, who is assisted by the advisory committee, which consists of members having recognised expertise in the field of the protection of national minorities.[*18]

The Convention does not define the notion "national minorities", which is left to the states to determine. Accordingly states, when ratifying the FCNM, have made declarations on which groups they consider as national minorities.[*19] The concept of minority has caused a lot of discussion also in regard to article 27 of the ICCPR.[*20] However, the Human Rights Committee has explicitly stated that the existence of an ethnic, religious or linguistic minority in a given state party does not depend upon a decision of the state, but has to be established by objective criteria.[*21] Hence, the "minority" has been defined as a group, which

- is numerically smaller than the rest of the population of the state;
- has ethnic, linguistic or religious characteristics different from those of the rest of the population;

[14] Although the widely recognised purpose of the Charter is the protection of the languages, it takes notice also of the "rights aspect". As it is stated in the preamble: "the right to use a regional or minority language in private and public life is an inalienable right conforming to the principles embodied in the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, and according to the spirit of the Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms".

[15] European Charter for Regional or Minority Languages. Explanatory Report. Available at: http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/148.htm, § 11.

[16] For example, the Charter sets forth the requirement that users of regional or minority languages in communication with administrative authorities may submit oral or written applications or documents, and receive a reply in these languages; to make available widely used administrative texts and forms for the population in the regional or minority languages or in bilingual versions; to allow the administrative authorities to draft documents in a regional or minority language; the publication by local authorities of their official documents also in the relevant regional or minority languages; the use by regional or local authorities of regional or minority languages in debates in their assemblies, without excluding, however, the use of the official language(s) of the state. The above stated obligations should be reached through the translation or interpretation, recruitment and training of the officials and other public service employees required and compliance as far as possible with requests from public service employees having a knowledge of a regional or minority language to be appointed in the territory in which that language is used. See article 10 of the Charter.

[17] P. Thornberry. Unfinished Story of Minority Rights. – A. M. Biro, P. Kovacs (eds.). Diversity in Action: Local Public management of Multi-Ethnic Communities. Available at: http://lgi.osi.hu/publications/books/Diversity_in_Action/1_3.PDF, p. 60.

[18] See articles 24–26 of the Framework Convention.

[19] Estonia has made the following declaration: "The Republic of Estonia understands the term 'national minorities', which is not defined in the Framework Convention for the Protection of National Minorities, as follows: are considered as 'national minority' those **citizens** [emphasis added] of Estonia who (a) reside on the territory of Estonia; (b) maintain longstanding, firm and lasting ties with Estonia; (c) are distinct from Estonians on the basis of their ethnic, cultural, religious or linguistic characteristics; (d) are motivated by a concern to preserve together their cultural traditions, their religion or their language, which constitute the basis of their common identity."

[20] See the overview of the discussion in K. Henrard (Note 9), pp. 30–55.

[21] CCPR General Comment 23. The Rights of Minorities, 08/04/94, § 5.2. Available at: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/385c2add1632f4a8c12565a9004dc311/fb7fb12c2fb8bb21c12563ed004df111?OpenDocument.

– shows a sense of mutual solidarity focused on the preservation of their culture, traditions, religion or language.*[22]

Nevertheless, because of the insufficiency of the supervisory system of the specialised minority rights treaties and restrictive interpretations of the concept of national minority, there is a tendency to interpret general human rights norms in a minority sensitive way.

3. Right to use a minority language: a distinct or universal right?

The rationale of the language rights is the respect for the identity of a person and its basis lies in article 1 of the Universal Declaration of Human Rights as language can be regarded as one of the most fundamental components of human identity.*[23] Therefore the right to use one's language is a general human right guaranteed to everyone, not only to persons belonging to a minority group. However, as the right to use minority languages has been stated separately, it raises the question as part of the wider debate on the nature of minority rights, whether the right to use minority languages is a distinct minority right or a right protected by universal human rights.

The general approach of the post Second World War system of the protection of human rights was to guarantee to everyone universal human rights in conjunction with the principle of non-discrimination. Accordingly the Universal Declaration of Human Rights, UN Charter and European Convention on Human Rights do not include separate minority rights provisions. However, such a system was considered as insufficient to guarantee effective protection of minority rights, and therefore a separate article on minorities was included in the text of the ICCPR. The purpose was to take into account the more vulnerable position of the minorities. Special rights were therefore aimed to provide additional protection to the identity of the persons belonging to the minority. At the same time, the interpretation of the scope of the general human rights has also evolved. Now general human rights put likewise positive obligations on the state to guarantee the rights to everyone.*[24] Moreover, the principle of substantive equality requires states to take into account the different situation of the minorities, as failure to do so would amount to discrimination. Thus the theoretical justifications for specific measures are blurred, as also demonstrated in several decisions of the Human Rights Committee.*[25]

The right to use the minority language has been considered as a distinct right for example by the Human Rights Committee, differentiating between the right of the persons belonging to a minority group to use their language among themselves from other language rights protected under the Covenant.*[26] The Committee notes that the right formulated in article 27 is directed to protect the cultural, religious and social identity of the minorities and to protect their continuous development. For this reason, this right deserves separate protection and is thus situated separately and is additional to other Convention rights.*[27] Thus the reason for differentiation lies in the more vulnerable identity of the minorities that can remain unprotected if the minority would be subjected to the same treatment as the majority. However, this rationale does not exclude the application of the alternative approach of protecting the language rights through general human rights norms.

Proponents of the protection through general human rights or the added protection approach argue that the so-called language rights are only one dimension of the universal human rights, such as the freedom of expression, right to privacy and non-discrimination, rather than separate or additional rights.*[28] Accordingly de Varennes defends the view that under international law there is no "unqualified "right to use a minority language" or "right to language"", but "[t]here are a number of basic human rights and freedoms

[22] K. Henrard (Note 9), p. 55.

[23] Article 1 of the Universal Declaration of Human Rights: "All human beings are born free and equal in dignity and rights […]." See the Explanatory Report of the Oslo Recommendations Regarding the Linguistic Rights of National Minorities. Foundation on Inter-Ethnic Relations, 1998, p. 1.

[24] M. Scheinin. State Responsibility, Good Governance and Indivisible Human Rights. – H. O. Sano, G. Alfredsson (eds.). Human Rights and Good Governance. The Hague: Kluwer Law International, 2002, pp 30–31.

[25] For example, the complaint *Francis Hopu and Tepoaitu Bessert v. France,* Communication No. 549/1993, U.N Doc. CCPR/C/60/D/549/1993 (Date of adoption of views 29 July 1997); *J. G. A. Diergaart et al. v. Namibia*, Communication No. 760/1997, U.N Doc. CCPR/C/69/D/760/1997 (Date of adoption of views 6 September 2000).

[26] CCPR General Comment 23 on the rights of minorities (article 27) 08/04/94 (Note 21), § 5.3.

[27] *Ibid.*, § 9.

[28] Language rights as part of general human rights see F. de Varennes. Language Rights as an Integral Part of Human Rights. – MOST Journal on Multicultural Societies, 2001, vol. 3, No. 1. Available at: http://www.unesco.org/most/v13n1var.htm (section 0.3). See also general analysis of minority rights as added protection to universal human right in M. Scheinin. Minority Rights: Additional Rights or Added

that affect the issue of language preferences and use by members of a minority or by the State".[*29] He further considers the guarantees enlisted for the use of minority languages in the minority rights treaties to be just as "a more detailed enumeration of the consequences of general human rights in specific situations".[*30]

3.1. Language regulation and general human rights

Several of the so-called special minority rights have successfully been addressed under general human rights provisions.

3.1.1. Protection of identity

The right to privacy covers the protection of the identity of the person. This includes the protection of the traditional way of life and covers therefore also some economic activities, like traditional hunting and fishing rights. But also the right to have one's name or surname in one's own language is protected under the privacy right as part of a person's identity[*31], while the same right has been established in article 11 (1) of the Framework Convention.

3.1.2. Freedom of expression

The right to freedom of expression protects in addition to the content of the speech also the language as a medium of communication as stated by the Human Rights Committee.[*32] This relates to the right to display signs in a minority language as well as other information of a private nature visible to the public, which is separately established under article 11 (2) of the Framework Convention, but is protected also under the general right to freedom of expression.

3.1.3. The principle of non-discrimination

Language requirements also have the effect on the possibility to enjoy several other rights, such as political participation rights protected under article 25 of the ICCPR. The enjoyment of these rights has to be guaranteed without discrimination *inter alia* on the basis of language.

The principle of non-discrimination is stated in general human rights treaties, such as ECHR and ICCPR, but also in instruments dealing separately with the rights of persons belonging to minorities. Discrimination is understood as any distinction, exclusion, restriction or preference *inter alia* on the basis of language, which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.[*33] The question of the effect of the measure is particularly relevant in regard to the linguistic minorities. Differently from most of other generally accepted non-discrimination grounds, the state action cannot be neutral and it automatically puts the persons not speaking the official language as their mother tongue at a certain disadvantage.[*34] Nevertheless, every differentiation in treatment is not necessarily discriminatory, if the criteria for distinction are reasonable and objective and it pursues a legiti-

Protection (forthcoming). M. Scheinin brings analogy to women's human rights: "although there are separate instruments and provisions on women's human rights, […] they should be seen as one way to strive for full and equal enjoyment of universal human rights by women [...]", a view that takes into account the problem that human rights violations appear in gender-specific forms and the necessity of gender-sensitive reading of in its face neutral human rights provisions.

[29] F. de Varennes (Note 28), (section 0.5).

[30] *Ibid.*, (section 0.4).

[31] Human Rights Committee in *Coeriel and Aurik vs. Netherlands,* Communication No. 453/1991, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/453/1991 (Date of adoption of views 9 December 1994), § 10.2. (Quoted in F. de Varennes (Note 28), (section 1.5)).

[32] *Ballantyne et al v. Canada,* Communications No. 359/1989, 385/1989, U.N Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1 (Date of adoption of views 5 May 1993), § 11.5.

[33] CCPR General Comment 18. Non-discrimination, 10/11/89, § 7. Available at: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/385c2add1632f4a8c12565a9004dc311/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?OpenDocument; article 1 CERD.

[34] F. de Varennes. The Protection of Linguistic Minorities in Europe and Human Rights: Possible Solutions to Ethnic Conflicts? – Columbia Journal of European Law, 1996, pp. 108-115.

[35] CCPR General Comment 18 (Note 33), § 13. Similarly, European Court of Human Rights has stated that the principle of equal treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. Whether there exists such a justification is assessed in relation to the aim and also effects of the measure under consideration. In addition to the existence of legitimate purpose the measure has to be also proportional to the aim sought to be realised. – Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium", No. 1474/62 *et al.* (Judgment of 23 July 1968). Available at: http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=616170010&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0.

mate aim.[*35] Hence, taking into account the effect of the measure and as explicitly recognised by the European Court of Human Rights, discrimination may arise also where the state without an objective and reasonable justification fails to treat differently persons whose situation is significantly different.[*36]

Accordingly, in certain conditions the state has to adopt positive measures to guarantee equal treatment of groups in a systematically unfavourable situation. Positive measures are necessary to eliminate continuous disadvantages and such special promotion measures should provide equal opportunities for those groups that have been systematically excluded or disadvantaged.[*37] This could include for a certain period of time for some population groups in certain questions preferential treatment, which is legitimate to the extent that it is necessary to correct factual discrimination.[*38] Such measures are usually temporary in nature, they cannot entail the maintenance of unequal or separate rights for different racial or ethnic groups after the objectives for which they were taken have been achieved.[*39]

At the same time, although the obligation to take positive measures in certain circumstances is recognised, different authors have noted the problem that the real content of the obligations is still unclear as it is not specified which actions are precisely required to be taken. Fredman considers it a shortcoming, as simply "imposing a positive duty is not sufficient: the aims need to be articulated and the content of the duty defined for it to be effective".[*40] As regards the use of minority languages, the requirements enlisted in minority language treaties provide insight into which opportunities should be available for the use of the minority languages. These include the possibility to use the minority language in communication with public bodies, but in certain conditions also as an internal working language of the representative councils or administrative bodies. These guarantees are established in different minority rights treaties, but in certain conditions prescribed also by the non-discrimination principle.

The following factors have been suggested to determine the extent of state obligations concerning the providing the necessary facilities for the usage of the minority languages:

- the relative size of the groups;
- the length of time the groups have coexisted within the state;
- the degree of difference or similarity in their culture, and
- spatial distribution, as the situation should be different in situations where each large group live in their own separate habitat compactly together, or where the groups live fully interspersed.[*41]

4. The use of minority languages in the public sphere

Section 6 of the Constitution establishes Estonian as the official language in Estonia. The Constitution sets forth also everyone's right to address state agencies, local governments, and their officials in Estonian and to receive responses in Estonian (§ 51 (1)) and that the official language of state agencies and local governments is Estonian (§ 52 (1)). The Constitution includes also the principle of non-discrimination and quite extensive rights for the use of minority languages. The guarantees to use minority languages apply to local governments where at least half of the permanent residents belong to a national minority, where they have the right to use their language in communication with public authorities. The Constitution sets forth also the possibility to use their language as the internal working language in the local governments, where the language of the majority of the residents is not Estonian.

[36] *Thlimmenos v. Greece*, No. 34369/97 (Judgment of 6 April 2000), § 44. Available at: http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=616132704&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0.

[37] E. Appelt. Affirmative Action: A Cross-National Debate. – E. Appelt, M. Jarosch (eds.). Combating Racial Discrimination. Affirmative Action as a Model for Europe. Oxford, 2000, pp. 16–17.

[38] CCPR General Comment 18 (Note 33), § 10.

[39] A. Eide. Good Governance, Human Rights, and the Rights of Minorities and Indigenous Peoples. – H. O. Sano, G. Alfredsson (eds.). Human Rights and Good Governance. The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 58.

[40] S. Fredman. Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality. – S. Fredman (ed.). Discrimination and Human Rights. The Case of Racism. Oxford University Press, 2001, p. 43.

[41] A. Eide (Note 39), p. 65.

4.1. Working languages of public bodies

At the end of the year 2001 the disputed language requirements for candidates to parliament and local government councils were abolished.*[42] As a response, the parliament enacted amendments to the laws regulating procedure and organization of the parliament and local government. The amendment to the *Riigikogu* Rules of Procedure Act set forth *expressis verbis* that the working language of the *Riigikogu* is Estonian.*[43]

The notion "working language" itself has not been defined in the act. The analysis of the Chancellery of the *Riigikogu* defines the notion "working language" as the language, "which is used for oral communication including inside the institution (oral communication among the officials and employees of the institution). This is also the language used to draw up the internal working documents, presentations, certificates, records, acts which are not meant for public use or knowledge or implementation by the persons outside the institution."*[44]

If one can consider the enactment of the Estonian language as the internal working language in the parliament as justified due to the need for effectiveness of the work of the parliament and this requirement has also strong symbolical importance, then the same requirement to local government councils is more problematical. The standard in the case of the local governments should be lower taking into account the right of local inhabitants to participate in local affairs. Although the international law does not directly prescribe which language has to be used in legislative or executive bodies, there are some limitations to the absolute discretion of the state.

4.1.1. Working languages of the local government

As a main rule, the language of state authorities and local governments is Estonian. The local governments may use the language of the majority of the permanent residents for internal communication in localities where the language of the majority of the population is other than Estonian. This concerns mainly the use of the minority languages in the localities in the North-East of Estonia, which are inhabited by a significant number of persons belonging to national minorities.*[45]

The use of the minority languages is specified in the Language Act. Section 11 of the Act stipulates that in local governments where the majority of permanent residents are non-Estonian speakers, the language of the national minority constituting the majority of the permanent residents of the local government may be used alongside Estonian as the internal working language of the local government on the proposal of the corresponding local government council and by a decision of the Government of the Republic. This norm specifies constitutional guarantee for usage of minority languages, and requires permission of the Government. However, the criteria for refusing to grant the permission are not specified in the Language Act.

In practice, the Government has not until now granted such permission. The local government councils of Sillamäe and Narva applied for such permissions already in 1995, but the Government rejected the request, because some requirements of the Language Act were not fulfilled. Among the stated reasons were the insufficient knowledge of Estonian by the civil servants; failure to have correspondence with state authorities in Estonian; and the language of the seals, rubber stamps and letter-heads of the local government.*[46] One of the indicated shortcomings was also that public signs, signposts, announcements, notices and advertisements were mostly in Russian, although the Language Act stipulates that these have to be in Estonian. It is allowed to add interpretation in minority languages only in local governments, which have received permission to use a minority language as the internal working language alongside Estonian. Thus, the Government made granting the permission conditional upon fulfilment of other requirements of the Language Act.

---

[42] Riigikogu valimise seaduse §-de 2, 21 ja 26 ning kohaliku omavalitsuse volikogu valimise seaduse §-de 3, 31 ja 26 muutmise seadus (Amendment Act to § 2, 21 and 26 of the Riigikogu Election Act and §§ 3, 31 and 26 of the Local Government Council Election Act). Adopted 21 November 2001. – Riigi Teataja (the State Gazette) I 2001, 95, 588 (in Estonian). Language requirements and their enforcement have been discussed in *Ignatane v. Latvia*, Communication No. 884/1999, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/884/1999 (Date of communication of views 31 July 2001); *Podkolzina v. Latvia*, No. 46726/99 (Date of communication of views 9 April 2002). Available at: http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=616132448&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0.

[43] Riigikogu kodukorra seaduse muutmise seadus Riigikogu asjaajamiskeele sätestamiseks. (Amendment Act to the Riigikogu Rules of Procedure Act to stipulate the working language of the Riigikogu). Adopted 20 November 2001. – Riigi Teataja (the State Gazette) I 2001, 94, 581 (in Estonian).

[44] Keeleseaduse muutmise seaduse eelnõu (830 SE) esimene lugemine. Toimetatud stenogramm (First reading of the draft amendment Act of the Language Act (830 SE). The shorthand records). 4 December 2001. Available at: http://www.riigikogu.ee (11.5.2002) (in Estonian).

[45] Estonians constitute less than 20% of the population in East-Viru County; in Narva and Sillamäe cities Estonians constitute less than 4% of the whole population. See the data of the Population Census 2000, www.stat.ee.

[46] Information of the Estonian Language Board.

However, this approach is problematic in light of the above-discussed concepts of substantive equality and state positive duties. These exceptions to the main rule in the Constitution have been enacted as a response to the *de facto* existing situation, which would take into account the differences of some local governments. The need for exception is most acute during the transitional period, when in light of the above-presented statistical data on language command it is inevitable that all requirements of the Language Act cannot be fulfilled. Moreover, only lately have the incentives and programmes for teaching the state language been initiated with some financial support for language studies, which could create a situation where the established requirements in reality could be fulfilled.*[47]

The use of the minority language as an internal working language alongside Estonian is further related to the language requirements for civil servants. The Language Act stipulates that civil servants and employees of state agencies and local governments have to have a good command of Estonian. This requirement is in practice still causing problems despite the additional time given by the officials of the Language Board to improve the language knowledge and is deterrent for minority language speakers' access to civil service. Here again the proportionality of the requirements has to be considered, taking into account the nature of the work and the ability of the person to perform the duties, as well as the possibility to accommodate the issue of language knowledge inside the respective organisation, keeping also in mind everyone's constitutional right to address public agencies in Estonian. The issue of the requirement of the high level of knowledge of Estonian language by all higher civil servants has been raised in the court practice, but constitutionality of the requirement has still to be decided.*[48]

4.1.2. The working language of the local government councils

Although the possibilities for differentiation established in the Constitution should guarantee the wider possibility to participate in the work of the local government councils, they have not been fully applied in practice. According to the recent changes in the Local Government Act, which came into force in October 2002, the meetings of the local government councils have to be exclusively in Estonian, and interpretation of the meeting is conditional depending on whether the minority language is used as an internal working language in the municipality.*[49] In localities where the persons belonging to a national minority constitute the majority of the residents the minutes of the local government council may still be also in the minority language.

The right to use the minority language in council meetings in local governments where the majority of the residents belong to the linguistic minority can be addressed also under the right to political participation, which has to be guaranteed without any discrimination. As stated above, in evaluation whether a requirement is discriminatory, the effect of the measure is taken into account as well. Also the concept of substantive equality requires that the persons in a substantially different position would be provided with different treatment.

Article 25 of the ICCPR, which sets forth political participation rights, establishes positive duties on states to guarantee this right also to persons belonging to minorities.*[50] In regard to the political participation, A. Eide has argued that in the case of several large groups in society, which are "culturally quite different one from the other, effective political participation will require some special approaches."*[51] Respective criteria

[47] State Programme "Integration in the Estonian Society 2000–2007" has, for example, a sub-programme "The teaching of Estonian to adults", which is mainly funded by foreign aid. Teaching of the Estonian language was earlier supported by the EU Phare Estonian Language Training Programme in 1998–2000, which continues in 2001–2003. Objectives of the Phare Programme are: (a) to permit children and adolescents in Estonia to achieve a sufficient level of proficiency in the Estonian language; (b) to offer non-Estonian adults language training on more favourable conditions; (c) to improve the communication between different linguistic communities through the notification of the public. The programme supports, for example, teaching materials for Russian comprehensive schools, continuing education for teachers, extracurricular language study, the teaching of Estonian to adults, awareness campaigns, implementation of expert support programme. In 1998 the Estonian Republic Integration Foundation was established. The purposes of the Integration Foundation are to (a) launch and facilitate various projects related to the integration of non-Estonians into Estonian society; (b) co-ordinate the efficient use of various sources in this field, including the implementation of several large-scale projects funded by foreign donors. See also http://www.meis.ee/eng/index.html.

[48] See decision of Administrative Law Chamber of Supreme Court, 7 March 2003, No. 3-3-1-20-03. – Riigi Teataja (the State Gazette) III 2003, 7 71 (in Estonian). In that case the applicant had a good knowledge of Estonian, while according to the Language Act all senior civil servants have to have the certificate of the high level of the knowledge of Estonian.

[49] Kohaliku omavalitsuse korralduse seaduse muutmise seadus (Amendment Act of the Local Government Organisation Act) – Riigi Teataja (the State Gazette) I 2001, 100, 642 (in Estonian).

[50] The principle of effective participation of persons belonging to national minorities in cultural, social and economic life and in public affairs, in particular those affecting them has been set forth also in article 15 of the Framework Convention. The importance of the participation in the decision-making process, especially at local level, and the concern for under-representation of certain groups has been emphasised in different documents, see *e.g.* European Charter of Local Self-Government; The Report on the Working Conditions of Elected Members of Local Authorities in CBSS Member States. March 1998, p. 13. Available at: http://www.cbss-commissioner.org/surveys/PDF_Documents/survey_mar_1998.pdf.

[51] A. Eide (Note 39), p. 65.

have been elaborated further in the Oslo Recommendations Regarding the Linguistic Rights of National Minorities[*52], which arguably codifies the principle of substantive equality.[*53] According to the recommendations in regions and localities where persons belonging to a national minority are present in significant numbers, the state has to take measures to ensure that elected members of regional and local governmental bodies can use also the language of the national minority during activities relating to these bodies.[*54] The respective factors to keep in mind are the size of the minority group and the respective state function or the importance of the interest at stake. Accordingly de Varennes expresses concern about the exclusion from elected office of citizens who are members of a minority because of the linguistic preferences of the government taking into account the importance of the political activity in a democratic state.[*55] Similarly the supervisory Committee of the ICERD in its Concluding Observations on Estonia has emphasised the importance of the fact that political bodies of towns with a majority of Russian-speaking inhabitants could conduct their work also in Russian.[*56]

Providing translation of the work of the council could be the measure to guarantee and promote effective participation in the work of the local government council. The Local Government Organisation Act[*57] includes a general clause that the Council has the right to compensate its members for expenses incurred in the performance of their duties in the council. The Commissioner of the CBSS in its survey of the Working Conditions of Elected Members of Local Authorities recommends that states should encourage municipal councils to guarantee elected members who speak other mother tongues equal opportunities compared to other elected members of the council. For this the municipal councils are encouraged to provide translation, interpretation or other assistance if it is necessary to meet the needs of those elected members.[*58]

4.2. The use of minority languages in communication with public authorities

Section 51 of the Constitution stipulates in addition to everyone's right to address state agencies, local governments, and their officials in Estonian and to receive responses in Estonian also the right to receive responses from state agencies, local governments, and their officials in the language of the national minority in localities where at least one half of the permanent residents belong to the national minority. This is specified in § 8 of the Language Act. This section sets forth that if an application or other document submitted to a state agency or local government is in a foreign language, the agency has the right to require the person to submit the translation of the document into Estonian, except in local governments where at least one half of the permanent residents belong to a national minority. In the cases provided by law, this agency has the right to require notarisation of the translation.

This guarantee for the use of the minority language constitutes limitation to the state's power to adopt any official language(s) it chooses, as there may be situations where it would be unreasonable and therefore discriminatory not to allow the use of other languages in the provision of public services or in the sphere of public administration in addition to the state language.[*59] As it is argued, "this right [is] particularly significant for persons belonging to linguistic minorities since it both ensures that they are able to understand the policies that affect them, and that they may express their own views and become actively involved in civil life." This applies mainly to areas "where minorities are 'traditionally' present or are concentrated in 'substantial numbers' and where there is a sufficient demand".[*60]

The respective obligation in the Framework Convention on the Protection of National Minorities establishes that "in areas inhabited by persons belonging to national minorities traditionally or in substantial

[52] The Oslo Recommendations Regarding the Linguistic Rights of National Minorities (Note 23).

[53] K. Henrard. The Interrelationship between Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination and Its Importance for the Adequate Protection of Linguistic Minorities. – The Global Review of Ethnopolitics, September 2001, vol. 1, No. 1, p. 46.

[54] The Oslo Recommendations Regarding the Linguistic Rights of National Minorities (Note 23), p. 15.

[55] F. de Varennes. Political Exclusion of Minorities in Asia and Europe: A Few Comparisons (Summary of the presentation at the Workshop "Politische Repräsentation und Partizapation Nationaler Minderheiten", organised by the European Academy of Bolzano/Bozen on 19 February 1998). Available at: http://www.eurac.edu/Press/Academia/15/Artikel6.asp.

[56] Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Concluding Observations on Estonia, U.N Doc. CERD/C/61/CO/4 (adopted 22.8.2002), § 359. Available at: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/A.57.18,paras.344-366.En?Opendocument

[57] Kohaliku omavalitsuse korralduse seadus (Local Government Organisation Act). – Riigi Teataja (the State Gazette) I 1993, 37, 558; 2001, 82, 489 (in Estonian).

[58] Working Conditions of Elected Members of Local Authorities in CBSS Member States, March 1998 (Note 50).

[59] S. Holt, J. Packer. OSCE Developments and Linguistic Minorities. – MOST Journal on Multicultural Societies, 2001, vol. 3, No. 2 (section 2.6). Available at: http://www.unesco.org/most/vl3n2packer.htm.

[60] *Ibid,* (sections 2.6–2.10).

numbers, if those persons so request and where such a request corresponds to a real need, the Parties shall endeavour to ensure, as far as possible, the conditions, which would make it possible to use the minority language in relations between those persons and the administrative authorities".*[61] The Convention does not provide specifically the size of the minority group. However, in light of the comparative state practice the Estonian requirement of a 50% threshold may be too high under the Framework Convention.*[62] Similar concern has been expressed also by the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities in opinion about Estonia.*[63] At the same time, the Advisory Committee welcomes the practice that *de facto* the use of the Russian language in contacts with administrative authorities is widely accepted in a number of areas inhabited by a substantial number of persons belonging to national minorities.*[64]

4.3. The language of public signs

One of the reasons why the Government has refused to grant permission to use minority language as an internal local working language is that public signs and advertisements were mostly in Russian. Section 23 (1) of the Language Act stipulates that public signs, signposts, announcements, notices and advertisements have to be in Estonian, except in local governments, where it is allowed to add interpretation in the language of the national minority. The supervising authorities of the implementation of the Language Act have interpreted the provision strictly as allowing only the use of Estonian language and prohibiting others. At the same time they have also brought attention to the practical problems such a requirement can cause as in certain circumstances public interest might mandate the use of other languages, such as in cases of the spreading of infectious diseases, *etc*.*[65]

As stated above, the right to freedom of expression protects, in addition to the content of the speech, the language as the medium of communication too. Also the Framework Convention sets forth the right to display signs in the minority language. The Advisory Committee of the Framework Convention has similarly expressed its concern about the requirement that public signs have to be in Estonian, particularly the practice to interpret the provision as prohibiting electoral advertisement posted in a language of the national minority.*[66] However, comments by the government on the matter conclude that the state does not interfere with the right of the person to display information of a private nature visible to the public unless it is necessary in the public interests.*[67]

Nevertheless, the requirement of the exclusive use of the majority language is contradictory to the findings of the UN Human Rights Committee in the case *Ballantyne et al v. Canada*, where the Committee found that it is not permitted to prohibit the use of a freely chosen language, although in some circumstances, if such a requirement is justified, it is allowed to require additional interpretation in the official language. This means that "[t]he state could never prohibit the use of a language, but it could, on the basis of a legitimate public interest, prescribe the additional use of the official language of the State".*[68]

Furthermore, according to article 11 (3) of the Framework Convention the state should display traditional local names, street names and other topographical indications intended for the public also in the minority language in such areas, which are traditionally inhabited by a substantial number of persons belonging to a national minority.

---

[61] Similar obligation is expressed also in the Oslo Recommendations Regarding the Linguistic Rights of National Minorities (Note 23), p. 14.

[62] For example, in Finland the region is considered as bilingual if at least 8% of the population speaks another language, in Slovakia the requirement is 20%, in Romania 20%, in Spain 20%, in Canada 5%. See the examples in S. Holt, J. Packer (Note 59), (section 2.12); F. De Varennes. To speak or not to speak. The Rights of Persons Belonging to Linguistic Minorities. Working Paper prepared for the UN Sub-Committee on the rights of minorities (1997), pp 30-31. – Available at: http://www.unesco.org/most/ln2pol3.htm.

[63] Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities. Opinion on Estonia, No. ACFC/INF/OP/I(2002)005, 14 September 2001, p. 11, § 40. Available at:http://www.coe.int/T/E/human%5Frights/minorities/2%2E%5FFRAMEWORK%5FCONVENTION%5F%28MONITORING%29/2%2E%5FMonitoring%5Fmechanism/4%2E%5FOpinions%5Fof%5Fthe%5FAdvisory%5FCommittee/1._Country_specific_opinions/ACFC_INF_OP_I(2002)005%20E%20Opinion%20Estonia.asp#TopOfPage

[64] *Ibid.*, § 41.

[65] I. Tomusk. Keeleseaduse täitmise järelevalve valupunkte (The Problems of the Supervision of the Implementation of the Language Act). – Sirp, 6 July 2001 (in Estonian); See the presentation of M. Stalnuhhin, keeleseaduse muutmise seaduse eelnõu (830 SE) esimene lugemine (Note 44).

[66] Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, p. 15, § 56.

[67] Comments of the Estonian Government on the Opinion of the Advisory Committee on the Implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities in Estonia, No. GVT/COM/INF/OP/I(2002)005, 20 February 2002, p. 9, § 43. Available at: http://www.coe.int/T/E/human%5Frights/minorities/2%2E%5FFRAMEWORK%5FCONVENTION%5F%28MONITORING%29/2%2E%5FMonitoring%5Fmechanism/5._Comments_by_the_States_concerned/GVT-COM-INF-OP-I(2002)005%20E%20Estonia.asp#TopOfPage.

[68] See the comment in the Oslo Recommendations Regarding the Linguistic Rights of National Minorities (Note 23).

5. Conclusions

The article aimed to consider the guarantees for the use of the minority languages under international law and address the issues of concern under domestic legislation. Several of the minority language guarantees deriving from international law instruments, but also the guarantees under the Constitution of Estonia have not been enforced in domestic practice.

Different aspects of the language regulation could be invoked under the international instruments dealing specifically with minority rights, but could be addressed also under general human rights, such as the right to freedom of expression, political participation rights or the principle of non-discrimination. Especially the requirement of the substantive equality could be used as regards many of the issues related to the use of the minority languages. This would further clarify the scope of the obligations under the principle, as at the moment the principle has been stated in declaratory terms and the nature and scope of the required measures is to a great extent still open-ended.

Nevertheless, the ability to establish universal or even regional generally binding international obligations is limited, as concrete measures depend on the concrete circumstances of each case. Therefore, the state has the primary obligation to implement the general guidelines enshrined in international instruments to guarantee the effective protection of the minority rights under national law.

Julia Laffranque

LL.M. (Münster),
Deputy Secretary General on Legislative Drafting,
Ministry of Justice

Dissenting Opinion and Judicial Independence[*1]

1. Introduction

The stability and effectiveness of judicial power in implementing the rule of law is guaranteed by the independence of the courts and the judges. Independence of the courts has been an object of legal and political debate in Estonia for quite a while, especially in connection with Estonia's aspirations towards membership of the European Union. The subject has been covered in various studies.[*2] It is inevitable, though, that the studies cannot deal in detail with all the aspects of the independence of the courts, and focus mainly on the institutional independence of the courts.

According to § 146 of the Estonian Constitution[*3], the courts shall be independent in their activities and shall administer justice in accordance with the Constitution and the laws. Independence of the judges is guaranteed with the procedures for the administration of justice established by laws and with the secrecy of deliberations in the process of making the judgment. But how is the latter in conformity with the possibility guaranteed in a collegial court to judges who have remained in the minority in the voting to add, on certain conditions, their dissenting opinion to the majority opinion of the court? Does the dissenting opinion undermine the authority of the court and violate the principle of secrecy of deliberations, or does it strengthen the court's reputation and make the administration of justice more transparent? Is it in conflict with the principle of the independence of a judge, or does it, on the contrary, add to the independence of a judge?

Until now, legal literature in Estonia, with some exceptions[*4], has dedicated regrettably little attention to the

[1] The article (shorter version of a research project) was prepared in the framework of the Estonian Constitutional Law Institute. The author wishes to thank the European Commission's EUSSIRF programme for the possibility to use the library of the European University Institute in Florence.

[2] Among others, the EU Accession Monitoring Program carried out by the Open Society Institute. Judicial independence in the process of accession to the European Union. Judicial independence in Estonia. Tartu: Iuridicum, 2001 (hereinafter Open Society Institute's report).

[3] Riigi Teataja (the State Gazette) 1992, 26, 349.

[4] Separate treatment: E. Kerganberg. Kohtuniku eriarvamusest (On Dissenting Opinion of a Judge). – Õigus Teada, 1998, No. 4 (24), pp. 6–7 and 1999, No. 5 (25), pp. 6–7 (in Estonian) and Bachelor's Thesis: H. Mägi. Nõupidamistetoa saladus ja kohtuniku eriarvamus (Deliberation Room Secrecy and Dissenting Opinion of a Judge). University of Tartu Law Faculty, 1999 (in Estonian). The dissenting opinion is dealt with also in E. Kergandberg. Kohtuotsus kriminaalasjas, selle kujunemine ja kriitika (Judgment in a Criminal Case, Its Development and Critique). Tallinn: Juura, 1999 (in Estonian); T. Raudsepp. Kohtuliku rippumatuse tagamise teisene tasand (Second Level of Guaranteeing

institute of judicial dissent. This gap in the Estonian legal doctrine needs to be filled also because recently the topic has gained currency in different European countries (discussions on the introduction of the dissenting opinion in the Italian and French legal orders) as well as in the European Court of Justice where expressing of the dissenting opinion is not allowed.[*5]

The present article deals, from the legal point of view, with the dogmatic, historical, comparative and political aspects of the dissenting opinion.

2. Judicial dissent

2.1. Definition of the dissenting opinion — what is a dissenting opinion?

An opinion in the administration of justice is understood as the judge's or court's position on a certain legal issue or with regard to a pending case, which also provides an explanation of the reasoning behind the position. The opinion of the majority of the court is drawn up as the court judgment. The minority opinion, or the dissenting opinion or dissenting vote (German *abweichende Meinung, Sondervotum*, French *opinion dissidente*), is the opinion expressed by one judge or jointly by several judges who disagree with the decision reached by the majority in the case. Such a separately expressed opinion can differ from the majority opinion for its reasoning, or reasoning and the conclusion.[*6] Anglo-American legal literature distinguishes between the dissent and the dissenting opinion. Dissent in the administration of justice can mark the direct disagreement of one or several members of the bench with the majority opinion.[*7] A dissent by a judge can, but does not need to, give rise to a dissenting opinion, *i.e.* formulating of the disagreement as a dissenting opinion. In Germany, in the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*, *BverfG*), distinction is made between the substance of the dissenting opinion (*abweichende Meinung*) and its presentation as an opinion, *i.e.* its procedural form (*Sondervotum*).[*8] The concurring opinion (German *abweichende Meinung nur in der Begründung*, French *opinion concordante*) is an opinion where the judge agrees with the result of the judgement but not with the reasoning.

2.2. History and reasons of the dissenting opinion — where and why the dissenting opinion originated. Why would a judge maintain a dissenting opinion?

Roots of the dissenting opinion can be found in common law countries. England, where the results of reaching the judgement are public, has two legal systems: continental law, which does not recognise dissenting opinions by judges, and common law, which allows not only dissenting opinions but in all court cases also the individual expression of each judge's opinion. The first, the continental system, included for a long time the Judicial Committee of the Privy Council where the dissenting opinion did not occur for historical reasons.[*9] However, the House of Lords is part of the common law system. The House of Lords (the same applies to the Court of Appeal) presents not only one judgment but makes collective judgments.

Judicial Independence). – Juridica, 1999, No. 9 (in Estonian); T. Raudsepp. Kohtuniku otsustuslik sõltumatus (Independence of Judicial Decision-making). – Kohtute sõltumatus ja kohtusüsteemi toimimise efektiivsus Eestis (Independence of the Courts and the Effectiveness of the Functioning of the Court System in Estonia). Tartu: SA Iuridicum, 2002, p. 34 (in Estonian).

[5] About Italy and France, see, for example: Etudes et doctrines. Contribution au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles. Propos introductifs par Dominique Rousseau. – Cahiers du Conseil constitutionnel. Available at: http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahier/ccc8/etudes.htm (17.6.2002). About the Court of Justice, see, for example: Delegation des barreaux de France. Conference intergouvernementale 1996. Suggestion dans les domaines juridictionnel et quasi-juridictionnel. La question des opinions dissidentes dans les arrets. (Parlement européen: 1997). Available at: http://www.europarl.eu.int/hearings/igc2/doc75dfr_fr.htm (1.7.2002).

[6] K.-H. Millgramm. Separate Opinion und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court of the Unites States und des Bundesverfassungsgerichts. Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 59, see also O. Peltzer. Die Dissenting Opinion in der Schiedsgerichtsbarkeit. Frankfurt am Main: Lang, 2000, p. 17.

[7] Black's Law Dictionary. 5th ed. St Paul, Minn.: West Publishing Co, 1979.

[8] G. Roellecke. Sondervoten. – FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Vol. I. Tübingen: Mohr, 2001, p. 365.

[9] Namely, the decisions of the Privy Council were meant as an opinion to His Majesty, and the king could not be misled by presenting different opinions. K. Nadelmann. The Judicial Dissent: publication v. secrecy. – American Journal of Comparative Law, 1959, vol. 8, p. 417. However, Heyde notes that the regulation of 4. March 1966 clearly gives each member of the Privy Council the right to express a dissenting opinion: W. Heyde. Das Minderheitsvotum des überstimmten Richters. Bielefeld, 1966, p. 22.

Namely, judges in the collegial common law courts in England decide *seriatim* (Latin: separately, individually, one after another), so that each judge says in an order how he would decide the case at hand.*[10] This makes adjudication extremely complicated and it is often difficult to understand what the court's final opinion is.

Such a style of decision-making was initially also adopted in the United States, but it was exactly in the US where at the end of the 18th century the decision-making *seriatim* was abandoned, and under the Supreme Court Chief Justice Marshall (Chief Justice 1801–1835) the tradition of the opinion of the court was started. Votes of all the judges who participated in making the judgment were added up and the opinion was formed. Judges who maintained a different opinion could add to the opinion of the court their dissenting opinion or concurring opinion, which was also published.*[11]

In common law countries, the dissenting opinion became quickly a completely normal part of the decision-making process. It was accepted that all judges cannot be of the same opinion in collegial decision-making and the openness of the administration of justice includes the publication of the dissenting opinion. Rupp sees the roots of the dissenting opinion, on the one hand, in the fact that Anglo-American judges are not "career judges" like judges in continental Europe who begin from the first instance in order to reach the highest court, and, on the other hand, in the fact that the tradition of public debate belongs among the fundamental building blocks of the organisation of state in the common law (legal) system.*[12] The existence or non-existence of the dissenting opinion is connected with the different visions of the lawyer's qualification, principles of the administration of justice and the style of court judgments in the continental European and common law systems. In common law countries, the court judgment is a result of public debate. In continental Europe, however, the decision of collegial courts is anonymous, and the secrecy of deliberations is not subject to disclosure. There is fear that the disclosure of the dissenting opinion may endanger the judge's independence.*[13] Common law countries, on the other hand, consider the disclosure of the judge's dissenting opinion to be the main criterion of the independence of a judge.*[14] However, it is impossible to draw a strict line between the development of the common law and continental European legal traditions. Openness of the administration of justice was known not only in England but also elsewhere. According to Feuerbach*[15], the Germanic tribes in Germany administered justice publicly, thus in principle also not hiding dissenting opinions although they were not directly favoured.*[16] Later, as the law became more complicated and Roman law was recognised, the old Germanic traditions of the administration of justice were replaced with the canonical procedure characteristic of collegial courts equipped with professional advisers, where the deliberations took place hidden from the public and the secrecy of deliberations applied.*[17]

In addition to the question about how the dissenting opinion originated historically, we also need to answer the question why a judge would maintain a dissenting position and decide to express it as a dissenting opinion.

The dissenting opinion can, on the one hand, derive from the judge's personality, the character differences of the judges on the bench, and, on the other hand, from the organisation of decision-making — the course of deliberations.*[18] The dissenting opinion can be knowingly directed at changing the court practice in the future and drawing the public attention to it. It is good if the dissenting opinion is impelled by the need to make "the right judgment" and not by the judge's desire to gain prominence.

[10] See H.-G. Rupp. Zur Frage der Dissenting Opinion. – Die moderne Demokratie und ihr Recht. FS für Gerhard Leibholz. Vol. II. Tübingen: Mohr, 1966, p. 532.

[11] H.-G. Rupp (Note 10), p. 532; K.-H. Millgramm (Note 6), p. 60.

[12] H.-G. Rupp (Note 10), pp. 535–536.

[13] About France, see, for example, R. David. Les grand systèmes de droit contemporains. Paris: Dalloz, 1973, p. 134.

[14] M. Grünhut. Das Minderheitsvotum. – P. Boeckmann, W. Gallas (eds.) FS für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag. Göttingen: Vabdebhoeck & Ruprecht, 1961, p. 622; D. Homberger-Stäheli. Das Minderheitsvotum des überstimmten Richters. Diss. Zürich, 1973, p. 14 *ff*.

[15] See references K. Nadelmann (Note 9), p. 415, reference No. 2.

[16] See G. Roellecke (Note 8), pp. 370–371.

[17] W. Heyde. Dissenting Opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit. – Jahrbuch des öffentlichen Rechts (der Gegenwart), 1970, No. 19, p. 204; G. Roellecke (Note 8), p. 366; K. Zweigert. Empfiehlt es sich, die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters (Dissenting Opinion) in den deutschen Verfahrensordnung zuzulassen? Gutachten für den 47.DJT 1968. Verhandlungen des 47. DJT. Nürnberg, 1968. Vol. I. München: C.H.Beck'sche, 1968, p. D 45 *ff*.

[18] See, for example, K.-H. Millgramm (Note 6), pp. 124 and 127.

2.3. Comparative review of the dissenting opinion in courts of other countries

Dissenting opinion and its disclosure is known mainly in the countries of the Anglo-American legal family — for example, England together with Wales and Northern Ireland, Ireland, the United States, Canada, Australia, New Zealand and such countries affected by the Anglo-American system as India, Pakistan, Israel, and some African countries.*[19]

In the continental European legal systems, the dissenting opinion is allowed and disclosed only in some countries (in Western Europe: Germany, Spain, Portugal, Greece) and even there it is made available in the published form mostly only in higher or constitutional courts.

The dissenting opinion is completely unknown in such countries of continental European legal family as France, Italy, the Netherlands, Belgium and Austria, where the principles of collegiality and secrecy of deliberations are especially strongly rooted and the results of voting are not disclosed.

Central and Eastern European countries mainly stick to the principle of secrecy of deliberations that is prevalent in continental Europe, being of the opinion that society is not yet mature enough to accept the dissenting opinion.*[20] However, dissenting opinions are allowed, although only in constitutional courts, in the Czech Republic, Hungary, Bulgaria and Croatia. These countries have (re-)built their system of constitutional review mainly in the beginning of the 1990s along the model of the German *BverfG* (the so-called Karlsruhe court), and, as at that time the dissenting opinions in Karlsruhe were already allowed, they were also taken over. Also the justices of the Russian federal constitutional court can express dissenting opinions.*[21]

A separate phenomenon is the administration of justice in Switzerland because in some regions the complete publicity of deliberations and voting also guarantees the possibility of the dissenting opinion. But dissenting opinions in Swiss courts exist only in the oral form.*[22]

In Nordic countries, the dissenting opinion was introduced in the Norwegian legal system in 1864; Sweden follows the example of Norway, which is actually based on the practice in the British House of Lords. On the example of the Scandinavian neighbours, an attempt to adopt the dissenting opinion was made in the Danish Supreme Court where it is now existent as a special version — as a description of counterarguments inside the court judgment itself.*[23]

In conclusion, it could be said that in continental Europe the dissenting opinion is used relatively seldom and its function is to support legal debate and, in that way, indirectly the development of law, rather than by bringing about any particular changes in the court practice. In common law countries, on the other hand, we can find numerous examples of how the dissenting opinion has affected the subsequent court practice by turning into a majority opinion.*[24]

[19] About common-law countries and Central and South American countries, see in general K. Zweigert (Note 17), pp. D 50–52; W. Heyde (Note 9), pp. 19–45, 55–56; K. Nadelmann (Note 9), p. 418; about Canada, see C. L´Hereux-Dubé. The Length and Plurality of Supreme Court Decisions. – Alberta Law Review, 1990, 28 (3), p. 581; about Australia, see G. Rowe. Tensions in the Role of the Common Law Judge. The Problem of Formalist Reasoning and Political Activism. – Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1985, p. 607; about India, see M. Saint-Hubert. La cour supreme de l´Inde, garante de la structure fondamentale de la Constitution. – RIDC 3-2000, p. 637; about South-African Republic, see L. Holle. Das Verfassungsgericht der Republik Südafrika: Entstehung, Aufbau, Zuständigkeit nach der Übergangsverfassung vom 27. April 1994. 1st ed. Baden-Baden: Nomos, 1997, dissenting opinions pp. 201–202.

[20] Sometimes it is found (*e.g.* in Germany before the introduction of the dissenting opinion in *BverfG* and in Lithuania) that the court must first achieve authority before it can resist public influence that can be brought about by the dissenting opinion. See also K. Zweigert. Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages. Vol. II (Diskussion). München: C.H. Beck'sche, 1969, p. R 129.

[21] V. O. Luchin, O. N. Doronina. Zhaloby grazhdan v Konstitutsionnyi sud Rossiiskoi Federatsii. Moskva, 1998, p. 142.

[22] W. Heyde (Note 9), p. 54. About Switzerland in general, see also A. Morf. Das Prinzip der Öffentlichkeit in der schweizerischen Zivilrechtspflege. Diss. Zürich, 1951; M. Wittibschlager. Einführung in das schweizerische Recht. München: Beck, 2000, p. 28.

[23] About Scandinavia, see E. Hambro. Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice. – Zeitschrift für auslandisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1956/57, vol. 17, p. 232.

[24] See examples in W. Heyde (Note 9), p. 30, K.-H. Millgramm (Note 6), p. 60 *ff.*

2.4. Dissenting opinion in Estonian courts *de lege lata*

In an interesting way, in Estonia, which in general belongs to the continental European legal system, judges have the right to express a dissenting opinion and the dissenting opinions of the justices of the Supreme Court are also published. Maybe it can be explained by the structure of the court system in Estonia and with the fact that there is no separate constitutional court[*25], and, therefore, the Estonian Supreme Court is more similar, for example, to the US Supreme Court rather than to the German higher courts and constitutional court. Maybe a certain role is played here also by the use of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms when drafting the Estonian Constitution and the legislation[*26] — namely, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms allows the judges of the European Court of Human Rights to hold a dissenting opinion.[*27]

In Estonia, the legal meaning of the dissenting opinion is not entirely clear. The Constitution has no reference to the dissenting opinion of a judge, thus the dissenting opinion is not directly a constitutional principle in Estonian law. The general term "dissenting opinion" (in Estonian *eriarvamus*) is used to denote both the dissenting opinion and the concurring opinion. The Estonian Constitutional Review Court Procedure Act[*28], however, distinguishes between a judge who disagrees with the decision of the court and a judge who disagrees with the reasoning of the decision. Also, no terminological distinction is made between the content of the dissenting opinion and the procedural form of the dissenting opinion. It may be necessary in Estonia to introduce a new term to denote the dissenting opinion in its general meaning and to better distinguish between disagreement and dissenting opinion.

In current law, the dissenting opinion finds its legal basis in the Constitutional Review Court Procedure Act that was passed on 13 March 2002 and came into effect on 1 July 2002. According to § 57 (5) of the Act, a judge who disagrees with the judgment or its reasoning has the right to add a dissenting opinion to the judgment. The dissenting opinion must be presented by the time of pronouncement of the court judgment and it is signed by all the judges who maintained the dissenting opinion. A novelty in the law is the explicit possibility that several judges who remained in the minority can write a joint minority opinion. The Constitutional Review Court Procedure Act lacks, however, a provision on the publication of the dissenting opinion. It is debatable whether the legislator's will can be interpreted to mean that the dissenting opinion is part of the judgment, *i.e.* whether it is sufficient that the law says that court judgments are published (Constitutional Review Court Procedure Act § 62). In the current Code of Civil Procedure[*29], according to § 16 (6), a judge or a lay judge who remained in the minority in the voting can present a dissenting opinion. It is interesting to note that, unlike in many other countries, in Estonia lay judges are also allowed to present a dissenting opinion. Subsection 230 (1) of the Code of Civil Procedure says that it should be indicated in the judgment which judges maintained dissenting opinions, and also a summary of the dissenting opinion is set out after the signatures and the judge who maintained the dissenting opinion will sign it. In criminal court procedures, in accordance with § 266 of the Code of Criminal Procedure[*30], a judge who remains in the minority has the right to submit his or her dissenting opinion in writing and the opinion will be included in the file but will not be disclosed upon the pronouncement of the court judgment.

Unlike the Code of Civil Procedure, the Code of Criminal Procedure rules out the possibility of treating the dissenting opinion as part of the judgement because the dissenting opinion is included in the file but it is not disclosed upon the pronouncement of the court judgment. The Code of Misdemeanour Procedure[*31] that came into effect on 1 January 2002 does not regulate the dissenting opinion. The term dissenting opinion is used only in the meaning of disagreement. As concerns the current Code of Administrative Court Procedure[*32], it is lacking any provision on the dissenting opinion. Subsection 25 (3) of the Code provides that upon making a judgment or ruling, the provisions of civil procedure apply in issues not regulated by this Code, which allows us to conclude that to the extent that § 25 of the Code of Administrative Court Proce-

[25] In addition to ordinary courts (Constitution §§ 15 and 152) and the Constitutional Review Chamber of the Supreme Court, the Supreme Court *en banc* can also exercise constitutional review (Constitution § 149), see R. Maruste. Põhiseadus ja selle järelevalve: võrdlevad selgitused. Kommentaarid. Tekstid (Constitution and its Review, Comparative Explanations. Commentaries. Texts). Tallinn: Juura, Õigusteabe AS, 1997, p. 170 (in Estonian).

[26] See Põhiseadus ja põhiseaduse assamblee. Koguteos (Constitution and Constitutional Assembly. Compilation). Tallinn: AS Juura, 1997 (in Estonian).

[27] See Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (4.11.1950). Article 51 par. 2. – European Treaty Series, No. 5, 1.

[28] Riigi Teataja (the State Gazette) I 2002, 29, 174 (in Estonian).

[29] Riigi Teataja (the State Gazette) I 1998, 43/45, 666 (in Estonian).

[30] Riigi Teataja (the State Gazette) I 1995, 6/8, 69; 2000, 56, 369 (in Estonian).

[31] Riigi Teataja (the State Gazette) I 2002, 50, 313 (in Estonian).

[32] Riigi Teataja (the State Gazette) I 1999, 31, 425 (in Estonian).

dure is applicable to collegial decisions, also the provision of the Code of Civil Procedure on the dissenting opinion is applicable to these decisions. The Courts Act that was passed by the *Riigikogu* on 19 June 2002 and came into effect on 29 July 2002 is silent about the dissenting opinion.[*33] Therefore, in the case of the Supreme Court we can talk about the legality of the dissenting opinion only in the context of constitutional review procedure because other procedural codes do not provide a basis for the judge's dissenting opinion in its complete meaning, and even in the case of constitutional review there is no provision on the obligation of publication of the dissenting opinion.

Despite the incompleteness of the legal bases, the practice of maintaining a dissenting opinion in Estonian courts differs from the written law. In reality, not only members of the Supreme Court Constitutional Review Chamber who maintain a different opinion but also members of the Supreme Court Administrative, Civil and Criminal Chamber present their dissenting opinions. The same is true of the dissenting opinions presented to the judgments made by the Supreme Court *en banc*. The dissenting opinions of the justices of the Supreme Court are published together with the judgments both in the *Riigi Teataja* and in the compilation of the Supreme Court judgments and rulings and they are available in the Internet on the homepage of the Supreme Court. However, the dissenting opinion in other collegial courts, *i.e.* second instance courts — circuit courts — is not especially widespread although it exists. Certainly, the less frequent use of the dissenting opinion in the circuit court is related to the heavy caseload of the judges. It can also be due to the fact that the issues of principle, in which case the likelihood of maintaining a dissenting opinion is higher, are in the last instance settled by the Supreme Court.

3. Judicial independence and its connection to the dissenting opinion

3.1. Definition of judicial independence

According to the Estonian Constitution, the courts are independent in their activities, judges are appointed for life, they can be removed from office only by a court judgment and judges may not hold any elected or appointed office, except in the cases prescribed by law. The legal status of judges and guarantees for their independence are provided by law. Judicial independence is a postulate — not a matter for discussion[*34]; however, it should not be taken as an aim in itself but as a tool that helps the judge in fulfilling legally the tasks arising from the administration of justice.[*35] Only an independent judge can offer full, constitutional legal protection and guarantee the recognition of the principle of rule of law. Besides institutional independence, judicial independence also includes an internal factor of the decision-making, *i.e.* fair and just administration of justice by a judge, and it has to guarantee adjudication that is free from the external as well as internal influences of the court system.[*36] Freedom from external influences means the independence of a judge from other powers and guidelines from the authorities above him, as a guarantee of judicial independence internally within the court system we could consider the judge's obligation to administer justice independently and impartially. The independence of the administration of justice and of the courts is guaranteed by § 2 of the Courts Act, according to which no one has the right to interfere with the administration of justice, and acts which are directed at disturbing the administration of justice are prohibited in courts and in the vicinity of courts. The main guarantees of judicial independence are established in § 3 of the Courts Act, by merely stating that judges are appointed to office for life and may be removed from office only by a court judgment. The judge's independence is concerned first of all with the judge's core professional activities, *i.e.* the administration of justice and the functions directly related to this.[*37]

[33] See the *Riigikogu*'s homepage (as a bill 607 SE III) in the Internet: http://www.riigikogu.ee/ems/saros-bin/mgetdoc?itemid=003674650&login=proov&password=&system=ems&server=ragne1 (15.1.2003) (in Estonian).

34 Jackson H. Ralston about the Hague International Court of Justice. J. H. Ralston. Some suggestions as to the Permanent Court of Arbitration. – The American Journal of International Law, April 1907, pp. 321–329.

[35] W. K. Geck. Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsgrichter. 1st ed. Baden-Baden: Nomos, 986, p. 108.

[36] T. Raudsepp. Kohtuliku rippumatuse tagamise teisene tasand (Note 4), p. 438.

[37] H. J. Papier. Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken. – Neue Juristische Wochenschrift (hereinafter NJW), 2001, 15, p. 1090.

3.2. Secrecy of deliberations as a guarantee of judicial independence

Although there is no legal definition of the secrecy of deliberations, it can be deduced from literature that the secrecy of deliberations includes the activities that take place in the course of judicial deliberation, *i.e.* the discussion with the aim to reach a decision and the subsequent voting.[*38] The secrecy of deliberations does not, however, extend to the disclosing of people who participated in the deliberation, *i.e.* it does not prohibit mentioning of the names of the judges in the judgement.[*39] Maintaining of the secrecy of deliberations is justified with guaranteeing the authority of the court, the collegiality and unity of the panel and the independence of the judge.[*40] Subsection 57 (2) of the Constitutional Review Court Procedure Act establishes that the judgment is made by observing the secrecy of deliberations. In accordance with § 225 (3) of the Code of Civil Procedure, the disclosure of discussions which take place during the deliberations of judges is prohibited, a similar provision is also contained in the Courts Act. In the Code of Criminal Procedure, the confidentiality of deliberations of judges is established by § 261, according to which a court shall make judgments in chambers. Disclosure of debates which take place in chambers during deliberations is prohibited. Although the aim of the secrecy of deliberations is to prevent the presence of third persons in the deliberation room in order to ensure that the decision-making process is based on law[*41] and a possibly good and uniform judgment is made, yet the secrecy of deliberations is seen first of all as the palladium (a sacred object which guarantees the protection of independence) of judicial independence.[*42] Exceptions to judicial independence are possible only in special circumstances. The Courts Act prescribes that both the duty of confidentiality of a judge (§ 71) as well as the duty of confidentiality of deliberations (§ 72) are timeless and they remain in force also after the termination of the service relationship. Although the preparation of the judgment must take place independently, in peace, in secrecy, internally freely, and during the court proceedings there may be no external influences, the result, on the other hand, must be public.

3.3. Dissenting opinion as a threat to judge's independence

The dissenting opinion, secrecy of deliberations and the independence of a judge are in mutual, controversial correlation. These three notions are the main problem issues relating to the topic of the institution of the judge, and they have caused debates throughout history and will probably continue to do so. Disagreements here are also caused by differences in defining the independence of a judge. Judicial independence is used as an argument both in favour and against the dissenting opinion. Those who use judicial independence as a counterargument to the dissenting opinion relate judicial independence to the strictly guaranteed secrecy of deliberations and look at independence in terms of impartiality.[*43] There is fear of political (and in some countries, in the case of constitutional courts where the judges belong to political parties, also party-related) pressure on the judge who maintains a dissenting opinion, or pressure by publicly influential economic, social or other interest groups and the media.[*44] Here we can clearly see how the external as well as internal independence intertwine and overlap. First of all, however, it has to do with personal independence in the wider sense of the term. In addition to external political pressure, the dissenting opinion is also seen as a risk to personal internal independence in affecting the judge's career: according to the principle that if one does not like a particular judge's dissenting opinion the judge would not be promoted in office; the same is true of electing the judge on a panel and being re-elected. In the Open Society Institute's report on judicial independence in Estonia, it is noted: because members of the Constitutional Review Chamber are elected and re-elected by the Supreme Court sitting *en banc*, this creates an incentive for the Supreme Court Constitutional Review Chamber judges seeking re-election to rule in a manner that meets the expectations of their colleagues on the Supreme Court.[*45] According to this conclusion, re-election of the members of the chamber by the Supreme Court *en banc* may thus affect the maintaining and presenting of the dissenting opinion by

[38] G. Schmidt-Ränsch. Deutsches Richtergesetz (Kommentar). München, 1988, p. 465.

[39] O. R. Kissel. Gerichtsverfassungsgesetz (GVG). Kommentar. 3th, revised ed. München: Beck, 2001, § 193, pp. 1232–1233.

[40] G. Schmidt-Räntsch (Note 38), § 43 paragraph No. 3; N. Michel. Beratung, Abstimmung, Beratungsgeheimnis. – Deutsche Richterzeitung (DriZ), 1992, p. 267; O. R. Kissel (Note 39), § 193, paragraph No. 4, p. 1234; O. Peltzer (Note 6), p. 29.

[41] O. R. Kissel (Note 39), § 193, paragraph No. 35, pp. 1239–1240.

[42] M. Grünhut (Note 14), p. 621; H. Arndt. Gedanken von Richtern zum Richtergesetz. – DriZ, 1950, p. 150; see J. Faller. Beratungsgeheimnis, "dissenting vote" und richterliche Unabhängigkeit. – Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), 1995, pp. 985–986.

[43] About this, see I. Berggreen. Die "dissenting opinion" in der Verwaltung. Berlin: Duncker & Humblot, 1972, p. 42.

[44] E. Paul. Für und Wider des Minderheitenvotums. – Die Öffentliche Verwaltung (DÖV), 1968, p. 515, H. Berger. Empfiehlt sich die Bekanntgabe abweichender Meinungen überstimmter Richter? – NJW, 1968, p. 965, A. Wagner. Zur Veröffentlichung des Votums des überstimmten Richters. – DriZ, 1968, p. 255.

[45] Open Society Institute's report (Note 2), p. 101 and also p. 96.

the members of the chamber. The Chief Justice of the Supreme Court who *ex officio* is anyway member of the Supreme Court Constitutional Review Chamber does not have this fear. As a counterargument to the effect of the dissenting opinion on the independence of the judge in the above areas, we could point to the fact that in such a case the reason of promotion, re-election or non-election to a chamber is known — the dissenting opinion — and the judge can invoke it for his protection in career disputes.[*46]

3.4. Dissenting opinion as a guarantee of judge's independence

From the aspect of judicial independence within the court system, the dissenting opinion should first of all be seen as an expression of mutual independence of the judges, *i.e.* "independence of a judge from other judges". The dissenting opinion is important for the judge who remained in the minority, because the dissenting opinion also expresses the judge's "mental independence" which surfaces thanks to the fact that both the results of the voting as well as different opinions are made public. The dissenting opinion guarantees dignity to the judge who remained in the minority and enables him to decide by his conscience, and not by the majority. A survey conducted among Estonian judges showed that the respondents saw the dissenting opinion as a right of a judge to express his opinion and freedom of conscience. It was also pointed out that a judge cannot sign a decision that he disagrees with and even that an absence of the possibility of a dissenting opinion would endanger judicial independence.[*47] There are situations where not allowing the dissenting opinion would be unethical. For example, it would be unthinkable if in the United States the judges could not present a dissenting opinion to the majority opinion that supports the death penalty. On the other hand, the judge must also be independent of himself and this sets certain limits on the "mental independence" as well, because after all the judge is restricted by law and cannot leave an impression to the outside that he bases his opinions only on personal value considerations or his own personal view of the world.[*48] The administration of justice must not only be independent and impartial but it must also seem as such.[*49] Friesenhahn finds that the dissenting opinion is not a protection to the independence of the judge although it is a perfect expression of this independence.[*50] The dissenting opinion of a judge increases the responsibility of all the judges in the court.[*51] On the one hand, it motivates the majority to take larger responsibility and, on the other hand, it places responsibility also on the judge who maintains the dissenting opinion. The dissenting opinion causes restlessness and such restlessness provides a necessary stimulus for the future, and it helps to avoid routine and critique-free decision-making.[*52] Also, the first instance judge who makes decisions single-handedly must bear public responsibility for his decision because in his case it is known anyway who the author of the particular decision is. Why couldn't a member of the court chamber do the same then?[*53] The dissenting opinion makes judges become aware of this responsibility.

[46] See R. Lamprecht. Richter contra Richter: Abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur. 1st ed. Baden-Baden: Nomos, 1992, p. 34.

[47] See T. Raudsepp. Kohtuniku otsustuslik sõltumatus (Note 4), p. 45.

[48] See G. Hager. Freie Meinung und Richteramt. – NJW, 1988, p. 1696.

[49] See T. Raudsepp. Kohtuniku otsustuslik sõltumatus (Note 4), p. 36.

[50] E. Friesenhahn. Refereat zum 47. DJT 1968. – Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentags, Nürnberg 1968. Vol. II. München: C.H. Beck'sche, 1969, p. R 54.

[51] S. Panizza. L´intorduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia constituzionale. Torino: Giappichelli, 1998, p. 8.

[52] W. Geiger. Die Abweichende Meinung beim Bundesverfassungsgericht und ihre Bedeutung für die Rechtsprechung. – FS für Martin Hirsch. Baden-Baden: Nomos, 1981, p. 461.

[53] W. Steffani. Verfasungsgerichtsbarkeit und demokratischer Entscheidungs-prozeß. – P. Häberle (ed.). Verfassungsgerichtsbarkeit. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, pp. 394–395; critically see W. K. Geck. Sondervoten bei den Landesverfassungs-gerichten, de lege ferenda. Ch. Starck, K. Stern (ed.). Landesverfassungsgerichtsbarkeit. Vol. I. Baden-Baden: Nomos, 1983, p. 315 and p. 349.

4. Arguments for and against the dissenting opinion

4.1. Arguments against the dissenting opinion

Often the following viewpoints are expressed as arguments against the dissenting opinion[*54]: The dissenting opinion endangers the authority, prestige and legitimacy of the court, it weakens the court's credibility and makes the judgments too closely connected to particular persons; the dissenting opinion endangers the unity and solidarity of the court chamber, legal peace and legal certainty. It causes unnecessary confusion in understanding the judgment, it reduces the persuasiveness of the judgment and the judgment no longer seems as a final decision by a court of law but as a majority or minority opinion.[*55] The dissenting opinion conflicts the principle of secrecy of deliberations, posing a danger to it and therefore also to the judge's independence and impartiality. The dissenting opinion overburdens the courts as drafting the dissenting opinion takes much time. The dissenting opinion can potentially be misused because some judges tend to maintain a dissenting opinion to gain prominence and attract public attention.[*56] The dissenting opinion is unsuitable for the continental European legal tradition and it constitutes adoption of foreign law[*57]; it is also unsuitable for a constitutional court because constitutional law is too politically sensitive an area to allow various interpretations and dissenting opinions. In conclusion, the dissenting opinion is unnecessary because no one is interested anyway in the opinion of a judge who remained in the minority! The dissenting opinion can turn out to be a long, academic treatment without legal consequences, and it has no real and tangible application.

4.2. Arguments in favour of the dissenting opinion

Arguments in favour of the dissenting opinion are also counterarguments to counterarguments and can in brief be summarised as follows[*58]: The dissenting opinion strengthens rather than endangers the authority of the court, it makes public what everyone knows anyway: there is no consensus in courts.[*59] A good dissenting opinion can help to avoid embarrassment of the court; it can correct the court's mistakes and avoid mistakes in future judgments. In literature, views differ on the point whether the principle of democracy can be used to derive the right of the judge who remained in the minority to express his dissenting opinion.[*60] In general, however, the principle of democracy is seen to be characterised by publicity of decision-making, the exceptions to which, like secrecy of deliberations, need to be justified.[*61] The dissenting opinion helps to better understand the judgment and to raise the legal consciousness of society. It constitutes a guarantee to civil rights, having also a psychological value: a published dissenting opinion gives hope to the losing side that also among the judges there are those who share their views and take their arguments into consideration.[*62] This strengthens the legitimacy of the court because otherwise the court is legitimate first and foremost for the winning side. Maybe even more important than the dissenting opinion itself is the possibility to present it, which is a test for judges. The dissenting opinion makes it possible to interpret the constitution dynamically, leaving it open for future interpretations. The dissenting opinion helps to integrate society, it ensures the effective functioning of the courts and promotes public debate, it opens a dialogue among the judges, between the judges and legal scholars, between the commentators of court judgments and the legis-

[54] In compiling the counterarguments, the following sources have been used (unless otherwise referenced): W. Richter. Der Englische Richter – ein Fürst? – Ch. Broda (ed.). FS für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag. Darmstadt, Neuwied: Luchterhand, 1985, p. 186; K.-G. Zierlein. Erfahrungen mit dem Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht. – DÖV, 1981, p. 87.

[55] K. Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Vol. 2. München: Beck, 1980, pp. 1042–1043.

[56] Delegation des barreaux. Available at: http://www.europarl.eu.int/hearings/igc2/doc75dfr_fr.htm (17.6.2002); see also K.-H. Millgramm (Note 6), p. 185.

[57] See I. Berggreen (Note 43), p. 35; H.-G. Rupp (Note 10), p. 538.

[58] In compiling the arguments in favour of the dissenting opinion, the following sources have been used (unless otherwise referenced): K.-G. Zierlein (Note 54), p. 87; I. Berggreen (Note 43), pp. 35–57; H.-G. Rupp (Note 10), p. 532; Sitzungsbericht – Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages. Vol. II (Diskussion). München, C.H.Beck'sche Buchverhandlung, 1969, p. R 69 *ff*; for more literature see also W. Geiger (Note 52), p. 457.

[59] Ch. Pestalozza. Verfassungsprozeßrecht. 2nd ed. München: Beck, 1982, p. 36.

[60] Ch. Starck. Sondervoten überstimmter Richter und Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses — de lege lata. – Ch. Starck, K. Stern (ed.). Landesverfassungsgerichtsbarkeit. Vol. I. Baden-Baden: Nomos, 1983, p. 294; W. Heyde (Note 9), p. 150 *ff*.

[61] See also W. K. Geck (Note 53), p. 369.

[62] Ch. Walter. En Allemagne. – Rousseau. Etudes et doctrines. Available at: http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahier/ccc8/etudes.htm (17.6.2002); I. Hussain. Dissenting and Separate Opinions at the World Court. Dodrecht: Martinus Nijhoff, 1984, p. 7; Ch. Landfried. Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Baden-Baden: Nomos, 1984, p. 231.

lator, but also on the international arena*[63], it contributes to the development of law, being a source of law for new majority opinions. The dissenting opinion helps to correct the legislator's mistakes and to look into the future; it can draw the legislator's attention to the circumstances which can be taken into account in future law-making and in the amendment and revision of laws.

4.3. Dissenting opinion in Estonian courts *de lege ferenda*

The dissenting opinion as an institute that guarantees judicial independence should definitely remain in the Estonian legal order into the future. Legitimisation of the dissenting opinion in Estonian law, however, depends on how to interpret the Constitution: either as favouring the dissenting opinion, prohibiting it, or being neutral/silent. It also depends on the role of the dissenting opinion in the Estonian legal tradition. Although the Constitution is silent about the dissenting opinion, the necessity of the dissenting opinion can be interpreted as being inherent in the principle of the state based on democracy and the rule of law established in § 10 of the Constitution and as a guarantee of judicial independence, in accordance with § 147 of the Constitution. Maybe the Courts Act should be amended with a provision stating that the dissenting opinion is allowed and to provide it as the right of a judge which also guarantees judicial independence.

The dissenting opinion should be accepted uniformly in the case of all proceedings; otherwise it causes only confusion in the use of the right to present a dissenting opinion. If really necessary, different provisions could only be established for constitutional review, which by its nature deals with the issues that are essential for the development of law. What needs to be established is the time given to a judge for writing the dissenting opinion, and the requirement that the judgment should contain a reference as to which of the judges maintained the dissenting opinion, and the disclosure or publication of the dissenting opinion. If the dissenting opinion is allowed, it should also be disclosed together with the judgment and the name of the judge who maintained the dissenting opinion, in the case of Supreme Court judgments it should also be published.

If we consider the primary function of the dissenting opinion to be the development of law and generating scholarly debate, it is sufficient that the dissenting opinion is allowed in the court that carries out constitutional review where the interpretation of constitutional norms can have law-making significance. But if we look at the dissenting opinion as an expression of the principle of democracy and publicity and freedom of speech of the judge, we should support permitting the dissenting opinion in all collegial courts, the more so if the dissenting opinion added to the judgment can become an incentive for appeal.*[64]

It needs to be decided whether to allow dissenting opinions also to court rulings and whether to accept also concurring opinions. In the case of a concurring opinion, there can be more danger of a generalised theoretical debate that may be external to the pending case and, therefore, concurring opinions could be allowed only to judgments passed within the constitutional review procedure or, in the extreme case, also to other Supreme Court judgments. Usually, it is considered necessary to treat only issues of law in the dissenting opinion, this is due to the fact that only in issues of law the significance extends beyond the single case. In such case, it cannot be considered justified in Estonia that the right to present the dissenting opinion is also extended to lay judges as is provided for in § 16 (6) of the Code of Civil Procedure. On the other hand, in literature the attention is drawn to the complicity of separating facts from issues of law, the decision as to whether something is a factual circumstance or a point of law is made by the judge who maintains the dissenting opinion.*[65]

It is equally debatable whether the justices of the Supreme Court should be allowed dissenting opinions which have *obiter dicta* meaning. Ginsburg has said that the yardstick of a good dissenting opinion is its existence and intelligibility independently of the majority opinion.*[66] This does not mean that the dissenting opinion should repeat the description of the whole case and the main issues. The independent value of the dissenting opinion lies in the value of its argumentation, because, after all, it cannot replace the judgment. The judge who maintains the dissenting opinion is in his dissenting opinion bound by the constitution and the law and the requirements of justification in the same way as the judges who wrote the judgment. It is not possible to set limits of scope to the dissenting opinion; however, it should be observed that the opinion should not be disproportionately long.*[67] This can be ensured by avoiding derogatory criticism of the major-

[63] An example: Taking a dissenting opinion of a justice of the Canadian Supreme Court into consideration in the judgment of the President of the Republic of South Africa and another v. Hugo (South-Africa, constitutional court), 18 April 1997, CCT 11/96, see L´Hereux-Dubé. Au Canada. – Rousseau. Etudes et doctrines. Available at: http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahier/ccc8/etudes.htm (17.6.2002).

[64] G. Zweigert (Note 17), p. D 11; M. Baring. Wider die dissenter. – Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), 1968, p. 612 *ff*.

[65] G. Zweigert (Note 17), p. D 41; E. Friesenhahn (Note 50), p. R 56.

[66] R. B. Ginsburg. Speaking in a Judicial Voice. – New York University Law Review, 1992, p. 1185.

[67] About this, see also Th. Ritterspach. Gedanken zum Sondervotum. – W. Fürst (ed.). FS für Wolfgang Zeidler. Vol. 2. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1987, p. 1386.

ity, self-promotion, unnecessary and emotional expressions, general philosophical deviations and digressions to the areas outside the scope of law. A good dissenting opinion should remain decent and respect the majority, which does not rule out presenting the argumentative opinion and constructive criticism. A dissenting opinion can make a substantive contribution to the development of law by its input to developing the methodology of interpreting law.

5. Conclusions

The problem of the institute of judicial dissent has been subject to debates throughout history and it is still an important issue of principle. Arguments both for and against the dissenting opinion can be divided into those having to do with the internal work of the court (collegiality, unity) and those which are external to the court (authority of the court, legal certainty, development of law). Subjective arguments in favour of the dissenting opinion are related to the judge's individual right to the freedom of conscience and inner independence. Objective arguments in favour are related to general interests and collective welfare, and the principle of democracy and effectiveness of the administration of justice. The stronger arguments in favour of the dissenting opinion mostly tend to be the objective considerations. The meaning of the dissenting opinion depends on which criteria are used to assess the dissenting opinion, *i.e.* on whether the institute of the dissenting opinion is viewed as an issue of constitutional law, trying to find an answer to the question whether abolishing the dissenting opinion would be in contradiction with the spirit of the constitution and constitutional principles, or whether it is viewed as an issue of legal policy. Depending on which criterion is used as a basis, the strict secrecy of deliberations can be considered either (un)proportional with the constitution or (un)advisable from the legal policy point of view. Does the principle of democracy, even when it does not fully extend to the dissenting opinion, not outweigh the secrecy of deliberations, making the dissenting opinion legitimate, especially considering that the dissenting opinion is the expression of the judge's independence? If we view both the secrecy of deliberations as well as the dissenting opinion as a guarantee of judicial independence, we will have to find a solution for the co-existence of them both without them being mutually exclusive.

On the basis of the foregoing, it can be concluded, that the dissenting opinion is essential in guaranteeing judicial independence; the biggest risk of the dissenting opinion is its misuse, the dissenting opinion must not become a dissenting opinion *per se*.[*68] The right to a dissenting opinion should remain in the Estonian legal system also in the future and the Estonian procedural codes should unify and more specifically establish the possibility of the dissenting opinion and its disclosure. A dissenting opinion can become a basis for the future development of the legal doctrine and court practice: it is an instructive commentary which is especially important for a legal culture that is not yet fully developed, as is the case in Estonia where sometimes a clear and precise provision of a law is lacking, or established interpretation and legal theories in certain issues have still not emerged. The dissenting opinion prepares the ground for changing the court practice.

[68] H.-G. Rupp (Note 10), p. 546.

Nancy Maveety

Professor of Political Science,
Tulane University

Concurrence and the Study of Judicial Behavior in American Political Science[*1]

> To be able to write an opinion **solely for oneself, without the need to accommodate** [emphasis added], to any degree whatever, the more-or-less differing views of one's colleagues; to address precisely the points of law that one considers important and no others; […] that is indeed an unparalleled pleasure.
>
> A. Scalia. The Dissenting Opinion. – Journal of Supreme Court History, 1994, p. 42.

It is telling that in his chapter "Strategic Behavior" from "The Puzzle of Judicial Behavior", law and courts scholar Lawrence Baum chose this excerpt by U.S. Supreme Court Justice Antonin Scalia to indicate the "satisfaction" judges derive "from expressing their preferences directly" — or, in the parlance of some judicial scholars informed by game theoretic accounts of politics, from "voting sincerely".[*2] However one chooses to categorize the "pleasure" of which Scalia speaks, his quote and Baum's use of it suggest a need to account for the behavioral motivations behind separate opinion writing on a judicial institution where the tradition is one of an opinion for the court.

Of separate opinions on the U.S. Supreme Court, dissenting opinions are intuitively easier to understand and, therefore, to explain than concurring opinions.[*3] "Dissent", as Murphy, Pritchett and Epstein remark in the fifth edition of "Courts, Judges and Politics", "is a cherished part of the common-law tradition".[*4] Dis-

---

[1] An earlier version of this article was presented to the annual meeting of the American Political Science Association, Boston, MA, 28 August–1 September 2002. The author wishes to thank Harold Spaeth for his constructive commentary during preparation of that version — commentary that substantively improved the content and sharpened the presentation of the conference paper.

[2] L. Baum. The Puzzle of Judicial Behavior. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press, 1997, p. 98.

[3] The Estonian legal literature distinguishes these two judicial behaviors in this way: a judge may file a **dissenting opinion to the conclusion of the judgment**, or a judge may file a dissenting opinion to the reasoning of the judgment. It is the latter that is termed a concurring opinion. J. Laffranque. Dissenting opinion and judicial independence. – Juridica International, 2003, p. 162 *ff*.

[4] W. F. Murphy, H. C. Pritchett, L. Epstein. Courts, Judges, and Politics. Boston, MA: McGraw Hill, 2002, p. 622.

senting opinions — and the judicial disagreement over the meaning of the law that they register — are not only an important facet of common law legal systems, they are also fully understandable and, therefore, explainable, in terms of the legal factors identified by a legal model of judicial decision making.[*5] Moreover, dissenting opinions are equally understandable and, therefore, explainable in terms of political scientists' policy-oriented and (designedly) explanatory models of judicial behavior, wherein judges' votes and opinions express policy preferences, institutional goals, or some strategic mixture of the two.

All of the above is much less apparent with respect to concurring opinions, and concurring behavior generally. Concurrence still retains something of a taint to it — that it is somehow more destructive of judicial or judicial institutional integrity, more invidious with respect to legal clarity, less cooperative and more persnickety than dissent.[*6] It is less "a cherished part" of the common-law tradition than simply a part (in the post-*seriatim* opinion era); concurring opinions, unlike dissents, also have the potential to rob the opinion of the court — and its holding regarding "the law" — of its majoritarian, "courtly" force.[*7] It is thus not surprising that sitting judges, including Scalia's colleague Justice Ruth Bader Ginsburg, write critically of the practice of concurring opinion writing — Scalia's juridical "pleasure" in not "need[ing] to accommodate" notwithstanding.[*8]

The concurring vote is also notoriously difficult to understand and, therefore, to explain in terms of American political science's dominant, policy-oriented models of judicial behavior. The attitudinal model, which generally eschews the importance of opinions' doctrinal content, accommodates concurrence mainly as an indication of a less strongly-held ideological preference by members of a majority vote coalition. Yet this is, to some degree, an unsatisfying account, even for attitudinalists. An amusing illustration of this is found in the first edition of Segal and Spaeth's "The Supreme Court and the Attitudinal Model", where the authors admit that they have no good (attitudinal) explanation for the increase in proportion of concurring (special) opinions at the expense of dissents, from the Burger to the Rehnquist Courts. "Is there something about judicial conservatives," they muse, "that causes them to haggle about the details of opinions that support conservatively decided outcomes?"[*9] Other approaches seem to fare no better. Strategic approaches to judicial decision making, where judicial behavior is a collegial game of crafting law, understand concurring opinions as part of the majority opinion-coalition formation process. But they, too, ultimately concede that "it is exceedingly difficult to capture the richness and complexity of justices' responses to majority opinion authors in any single model."[*10] Some Separation-of-Powers, game theoretic models of judicial decision making attempt to incorporate judicial choice of legal doctrine (what these models call "strategically sincere" behavior) into their understanding of judicial behavior, but their measures of legal doctrine are to date insufficiently sensitive to the substantive choice differences which frequently distinguish a concurring opinion from an opinion of the court.[*11] Historical institutionalist accounts of judicial decision making can offer richer descriptions of concurrence as a part of judicial action within macro-level regime politics, but are somewhat unsystematic in explaining the occurrence of this type of separate opinion-writing.[*12]

Thus far, policy-oriented models of judicial behavior explain concurring opinions by falling back on "institutional norms" accounts[*13], tracing "consensual norms" and their impact[*14], or evoking "reaching principled decisions" as part of the mix of institutionally-constrained policy goals which animate judicial

---

[5] For such a legal approach to explaining the issuance of separate opinions, see E. M. Maltz. Majority, Concurrence, and Dissent: *Prigg v. Pennsylvania* and the Structure of Supreme Court Decisionmaking. – Rutgers Law Journal, 2000, No. 31, pp. 345–98. There are, of course, countless other illustrative examples.

[6] See *e.g.* R. W. Bennett. A Dissent on Dissent. – Judicature, 1991, No. 74, pp. 255–260.

[7] Such criticism is a rehearsal of the arguments against issuance and publication of dissenting opinions commonly registered in the continental European legal tradition, a tradition that does not uniformly authorize dissenting opinion writing as a judicial practice. J. Laffranque (Note 3), p. 162 *ff*.

[8] R. B. Ginsburg. Remarks on Writing Separately. – Washington Law Review, 1990, No. 65, pp. 133–50; R. B. Ginsburg. Speaking in a Judicial Voice. – New York University Law Review, 1992, No. 67, pp. 1185–1209.

[9] J. Segal, H. J. Spaeth. The Supreme Court and the Attitudinal Model. New York: Cambridge University Press, 1993, p. 282.

[10] F. Maltzman, J. F. II Spriggs, P. J. Wahlbeck. Crafting Law on the Supreme Court: the Collegial Game. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 76.

[11] C. M. King. Examining Judicial Choice of Legal Doctrine as Strategic Behavior. Paper presented to the annual meeting of the Southern Political Science Association, Atlanta, GA, 2001; P. Spiller, M. Spitzer. Judicial Choice of Legal Doctrines. – Journal of Law, Economics and Organization, 1992, No. 8, pp. 8–46.

[12] C. Clayton. Law, Politics, and the Rehnquist Court: Structural Influences on Supreme Court Decision Making. – H. Gillman, C. Clayton (eds.). The Supreme Court in American Politics: New Institutionalist Interpretations. Lawrence, KS: University Press of Kansas, 1999.

[13] D. M. O'Brien. Institutional Norms and Supreme Court Opinions: On Reconsidering the Rise of Individual Opinions. – C. Clayton, H. Gillman (eds.). Supreme Court Decision making: New Institutionalist Approaches. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1999.

[14] G. A. Caldeira, Ch. J. W. Zorn. Of Time and Consensual Norms in the Supreme Court. – American Journal of Political Science, 1998, No. 42, pp. 874–902; S. L. Haynie. Leadership and Consensus on the U.S. Supreme Court. – Journal of Politics, 1992, No. 54, pp. 1158–1169.

action.*[15] In other words, the phenomenon of concurrence seems to be an important nexus point between legal, policy preference, and new institutionalist understandings of judicial behavior. Therefore, to examine how dominant models of the judicial process in American political science explain (or could explain) this phenomenon should aid judicial scholars in fashioning constructive critiques of these models and, ultimately, in developing a model which offers a satisfying account of judicial voting **and** opinion-writing behavior in the multi-member appellate court context, and across comparative court contexts.

This article will examine how concurring opinion-writing on the modern U.S. Supreme Court has been explained by the dominant, American political science models of the study of judicial behavior, and assess how the increased incidence of concurrence on the contemporary court has affected (1) the construction and evolution of these models and (2) the discussion within the law and courts field of American political science as to the generation of a unified model of judicial decision making.*[16] A glib (and somewhat testy) subtitle for this article might be, **can** the study of judicial behavior adequately explain concurrence and if not, then why not.

1. Explaining (concurrence as) judicial disagreement

If legal principles guide judicial decision making, why do explanations of judicial decision making which rely on legal factors fare so poorly in accounting for/predicting judicial disagreement? Legalistic explanations of judicial behavior at times function best as *post hoc* accounts for judicial opinions, and a legal factor-based explanation of judging is of limited utility in explaining why certain judges are or are not moved by certain legal considerations in specific situations. These deficiencies in what has come to be called the legal model of judicial decision making were in part responsible for the rise of a political science of judicial process studies; the latter emphasized the predictive explanation of the judicial vote as the key to understanding judicial behavior.*[17]

The emphasis on the judicial vote as that which must be explained, coupled with a diminished respect for legal variables in that explanation, led U.S. judicial behavior scholars of the 1960s to focus on judicial disagreement as the most interesting and salient phenomenon of the newly-characterized "judicial process". Factors or independent variables most relevant to explaining this disagreement, judicial dissensus, took pride of place in the policy-oriented models of judicial decision making that would come to dominate the American political science of law and courts from the 1970s onward. These factors were, of course, judicial policy preferences. Reliance on judicial policy preferences as determinative of judicial decision making was arguably a context-bound assumption: in the U.S. case, judicial partisan identity is known, and is frequently a surrogate measure of judicial ideology or policy preferences, and has long been a factor in the selection of federal judicial nominees by U.S. presidents and the confirmation of those nominees by the U.S. Senate.*[18] Judicial partisan identity is neither known in some non-U.S. court contexts, nor is it a factor in the selection of judges in many non-U.S. court contexts, nor can it be assumed to be related to judicial decision making without corroborating evidence correlating it (or some surrogate measure of judicial ideology) with patterns of that decision making.*[19]

Studies of the U.S. Supreme Court during the early period of judicial attitudinalism employed bloc analysis to account for patterns of agreement and disagreement in judicial voting.*[20] In a sense, then, their behavioral approaches were concerned with the factors which account for judicial consensus **and** dissensus. But the

[15] L. Epstein, J. Knight. The Choices Justices Make. Washington, DC: Congressional Quarterly Press, 1998; see also L. Hauseggar, L. Baum. Inviting Congressional Action: A Study of Supreme Court Motivations in Statutory Interpretation. – American Journal of Political Science, 1999, No. 43, pp. 162–85; L. Baum. Recruitment and Motivations of Supreme Court Justices. – H. Gillman, C. Clayton (eds.). The Supreme Court in American Politics: New Institutionalist Interpretations. Lawrence, KS: University Press of Kansas, 1999.

[16] L. Epstein, T. Walker, W. Dixon. On the Mysterious Demise of Consensual Norms in the U.S. Supreme Court. – Journal of Politics, 1988, No. 50, pp. 361–389.

[17] See N. Maveety. The Study of Judicial Behavior and the Discipline of Political Science. – N. Maveety (ed.). The Pioneers of Judicial Behavior. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 2002.

[18] H. J. Abraham. Justices and Presidents. New York: Oxford University Press, 1992.

[19] It is also good to remember that the analytic emphasis on individual judicial votes may not be a possible research methodology if all individual judicial votes are not made public, as is the case for the decisions by many multi-member courts outside the U.S. context.

[20] See L. Baum. C. Herman Pritchett: Innovator with an Ambiguous Legacy. – The Pioneers of Judicial Behavior. N. Maveety (ed.). Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 2002; R. C. Bradley. S. Sidney Ulmer: the Multidimensionality of Judicial Decision Making. – N. Maveety (ed.). The Pioneers of Judicial Behavior. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 2002; J. A. Segal. Glendon Schubert: the Judicial Mind. – N. Maveety (ed.). The Pioneers of Judicial Behavior. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 2002.

stress was always on non-unanimous decisions and on the factors explaining voting differences on multi-member courts. Glendon Schubert's phrasing of the judicial behavioralist project, in his introduction to a 1963 volume, is indicative: political scientists of the judiciary "agree that the sets of judges who comprise the bench of relatively large appellate courts characteristically partition themselves into dissenting blocs that reflect the polarization of these courts into liberal, moderate, and conservative subsets".[*21] Judicial disagreement, then, was largely a matter of ideological divergence.

This stress left concurring votes — not to mention concurring opinions — as something of an odd duck. According to attitudinal and bloc analysis, to concur is to agree … but to disagree, yet to disagree about matters which judicial behavioralism discounted as superfluous: the **legal content** of the majority opinion. Concurrence, and the filing of a concurring opinion, was generally understood as weakened attitudinal agreement with the opinion of the court — as the expression of a less-intensively-held judicial preference than would motivate a dissenting opinion. This somewhat unsatisfactory explanation was less troubling in a judicial environment in which concurring behavior was thought to be fairly infrequent, or largely overshadowed by the more dramatic and dramatically attitudinal expression of dissent.

More contemporary attitudinalists — Harold Spaeth, Saul Brenner, Jeffrey Segal — generally continued and refined the policy-preferences model of judging, and continued and refined the attitudinally-based understanding of blocs and bloc voting. There was somewhat more attention to the institutional constraints under which the justices of the Supreme Court operated, but the current attitudinal model of judicial decision making still, by and large, understands opinion coalitions and their formation as a function of ideology.[*22] Special concurrence — that which undermines the majority opinion coalition by concurring in the judgment only — is still largely understood as "faithlessness" by an ideological ally[*23], to be punished in later coalitional configurations of that ideological bloc by a tit-for-tat strategy: another concurrence.[*24] This cycle of uncooperativeness is certainly an explanation for the phenomenon's increase on the U.S. Supreme Court, but it is an explanation that clearly does not partake of attitudinal factors (unless one falls back on "less-intensively-held attitudinal preferences") nor does it fully account for the first "defection" (the concurrence that initiates the tit-for-tat sequence, unless one falls back on "less-intensively-held preferences"). It is also an account that potentially risks missing some of what is "really" going on with respect to concurring opinion writing on the modern Court.

2. Explaining (concurrence as part of) judicial coalition making and the politics of the judicial process

Policy-oriented models of judicial decision making never fully discounted the fact that decision making on collegial courts is interdependent; thus, individual, judicial policy preferences **might** not explain **all** variance in judicial voting. Small group factors and interpersonal institutional influences were first and, some would say, best addressed by Walter Murphy in 1964 in his "Elements of Judicial Strategy".[*25] Murphy was self-consciously cognizant of "the occupational hazards of writing in a **realistic** [emphasis added] fashion about the Supreme Court", and was careful to state his project as "an attempt to understand how, under the limitations which the American legal and political systems impose, a Justice can **legitimately** act in order to **further his policy objectives** [emphasis added]".[*26] He recognized policy preferences as intervening in or affecting "the exercise of considerable discretion" which exists "in performing the judicial function", be-

[21] G. Schubert. From Public Law to Judicial Behavior. – G. Schubert (ed.). Judicial Decision Making. New York: the Free Press of Glencoe, 1963, p. 5.

[22] H. J. Spaeth, J. A. Segal. Majority Rule or Minority Will: Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court. New York: Cambridge University Press, 1999; J. A. Segal, H. J. Spraeth. The Supreme Court and the Attitudinal Model. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2002.

[23] Some may object to the implications of the term "faithlessness". One might observe here that regular concurrences, especially the non-trivial number which do nothing more than attack the dissenting position, do not necessarily indicate faithlessness or weakened ideological agreement with the majority coalition. This is because regular concurrences, unlike special concurrences, join the majority opinion in question in terms of both judgment (reasoning) and result. (One way to conceptualize the difference between the regular and the special concurrence is thus to label them "me too" versus "me instead" concurring opinions.) I owe this clarification to correspondence with Harold Spaeth. My rejoinder would simply be that even regular concurrences are individual policy exertions that fragment the communicative focus of the majority opinion.

[24] J. Segal, H. J. Spaeth (Note 9), pp. 293–295.

[25] W. F. Murphy. Elements of Judicial Strategy. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1964, p. vii.

[26] *Ibid*.

cause of the "room" or "need" provided for that discretion due to the broad language of the legal documents which judges are asked to interpret.*[27] In analyzing the courses of action open to the judge in furthering his/her particular policy objectives, given the institutional context, Murphy singled out bargaining over the content of opinions as most salient to the judicial policy making process. He posited, quite simply and common-sensibly, that "to bargain effectively, one must have something to trade and also a sanction to apply if the offer is rejected or if there is a renege on a promise […] the most significant items a Justice has to offer in trade are his vote **and** his concurrence **in an opinion** [emphasis added]".*[28]

It seems apparent in his chapter "Marshalling the Court", that the main kind of trade-off Murphy envisioned was between majority and dissenting opinion coalitions. In discussing "opportunities within the Court for persuasion by negotiation and accommodation"*[29], he mentioned concurring opinion issuance only once, directly. In discussing voting bloc formation, membership, and unanimity, he commented that one tactic of a bloc should be to "conceal as far as possible the fact of its existence, lest other Justices feel it vital to their interests to form a counterbloc"; in pursuit of this, Murphy suggested that "it might be more prudent if on some, perhaps many, issues, the bloc members vote against each other **or at least concur in separate opinions** [emphasis added]".*[30] This intriguing statement — which, to my knowledge, has not be followed-up on by judicial scholars — suggests a very strategic use of concurrence. Moreover, less obliquely, in the final chapter of "Elements", Murphy observes that "the possibilities of negotiation, bargaining, and lobbying […] can […] multiply the number of ways in which [judicial] choices can be expressed", and goes onto cite an example of a concurring opinion filed by Chief Justice Taft.*[31] Concurrence, therefore, is certainly one of the elements of judicial strategy, but it is not highlighted by Murphy, nor singled out as meriting an expansive, explanatory analysis. Leadership — of blocs, and by the Chief Justice — garners more extensive discussion, and was the feature of Murphy's work which later scholars such as David Danelski elaborated upon, in analysis of judicial coalitions and the politics of the judicial process in the U.S. context.

What most distinguished these "group interaction theorists" of the judicial process from the more straightforward attitudinalists of their era was the former's unwillingness to "infer individual attitude from a form of group behavior"*[32], and from its artifact, the vote to join a judicial opinion. But few of these theorists applied their theoretical insights to a sustained explanation of concurring behavior.

Why not? Perhaps because the incidence of concurrence was not considered frequent enough to have significantly altered the decision-making conventions of the court as an institution. This consideration would now seem to be somewhat inapt, as figures on the U.S. Supreme Court's opinion, decision, and outcome trends reported in the third edition of "The Supreme Court Compendium" indicate. Since the late 1960s, the proportion of cases with at least one concurring opinion has held steady at roughly 40% and occasionally exceeded this rate. (Particularly "bad" years were 1980, with a concurrence proportion of .516 and 1993, with a concurrence proportion of .540. The proportion for 2001, the last year for which summary statistics are reported, was .377.) Prior to this period, the proportion of cases with at least one concurring opinion was negligible, 10% or less. The proportion of cases with at least one dissenting opinion has also risen, according to figures reported in the "Compendium": since the early 1940s, the proportion has fluctuated from 50% to over 80%. (Particularly "bad" years, recently, were 1979, with a dissent proportion of .745 and 1986, with a dissent proportion of .693. The proportion for 2001 was .623, a figure which certainly suggests no decline in the rate of dissent on the contemporary bench.)*[33] The first dramatic rises in the rates of separate opinion issuance can be roughly correlated with leadership changes on the U.S. Supreme Court: the first dramatic rise in concurring opinions corresponds (more or less) with the beginning of the Burger chief justiceship, and the first dramatic rise in dissenting opinions corresponds (more or less) with the beginning of the Stone chief justiceship.

Continuing and subsequent to the work of Murphy, Danelski, and J. Woodford Howard, judicial scholars examining the role of leadership strategies on the U.S. Supreme Court would observe that Chief Justice Stone's tenure inaugurated a significant rise in the occurrence of both concurrence and dissent.*[34] This led to an examination of the impact of institutional norms and judicial role orientations and the interaction between them on the collective output of the Supreme Court, including its separate opinion output. More recent studies have noted the dramatic rise in the issuance of concurring opinions on the modern Court, or,

[27] *Ibid*., p. 1.

[28] *Ibid*., p. 57.

[29] *Ibid*., p. 90.

[30] *Ibid*., p. 80.

[31] *Ibid*., pp. 199–200. An opinion, in *Craig v. Hecht* (1923), which, by the way, preceded Taft's subsequent and successful lobbying of President Coolidge for a pardon for the plaintiff in the case, because of the arbitrary action of the judge in the affair.

[32] J. W. Howard. On the Fluidity of Judicial Choice. – American Political Science Review, 1968, No. 62, p. 43.

[33] L. Epstein, J. A. Segal, H. J. Spaeth, Th. Walker. The Supreme Court Compendium. Washington, DC: Congressional Quarterly Press, 2003, Tables 3-3 and 3-2.

[34] See the discussion in D. M. O'Brien (Note 13), pp. 97–104.

at least, beginning with the Burger Court.*[35] Some would attribute this to the ineffectual leadership abilities of Chief Justice Burger, following to some extent the thesis applied to the Stone chief justiceship.*[36] Conversely, one contemporary study argues that Chief Justice Hughes precipitated the first shift in the behavioral expectations among the justices, a shift that was consolidated in the transformation of the consensus norm under the leadership of Chief Justice Stone.*[37]

Whose ever leadership is to "blame", the point is that judicial process scholars increasingly converged around the position that leadership factors, interacting with and affecting institutional norms, were responsible for the phenomenon of separate opinion writing, particularly concurring opinion writing. The unstated or understated assumption was that this marked a flaw — a flaw in leadership, a flaw in the modern Court. Yet in the Rehnquist era, a chief justiceship few would identify as lacking in leadership, the trend toward concurring opinion issuance has continued unabated. Some commentators — mostly journalistic or legal but not exclusively — identify this fragmentation of the current Court as a problem, or indicative of one. But the real question is, what "problem" is concurring behavior indicative of? One recent longitudinal study of rates of separate opinion issuance identifies the culprit as declining or at least fluctuating consensual norms, with the effects of those consensual norms varying in the long term under different Chief Justices.*[38]

Why this might be a "problem" — and where consensual norms (or their lack) might come from — is generally left to the historical institutional scholars of judicial decision making. Among those influenced by Robert McCloskey, who understand the U.S. Supreme Court and its decision making as part of a political regime, Levinson gives voice to the concern that the current, fragmented Court "as is often its wont, offers fact-intensive analyses that make it difficult to figure out what its conclusions would be in different contexts".*[39] The criticism here is not that the Court is nakedly attitudinal but stellarly muddled; one can only assume that its fragmentary pronouncements reflect the uncertainties and insecurities of the political regime of which it is a part. David O'Brien as much as says this when he identifies "the ascendance and incoherence of liberal legalism brought about by the New Deal justices [as] better explain[ing] […] the increase in individual opinions."*[40] Clearly, for O'Brien, the "norm of individual expression" which resulted on the modern Supreme Court has indeed been a problem, producing rulings which "appear more fragmented, uncertain, less stable, and **less predictable** [emphasis added]."*[41] Whatever his evaluative stance, his construction of the intellectual source of consensual norms — or their lack — finds resonance in Ronald Kahn's assertion of a "constitutive approach to judicial decision making".*[42] According to this approach to the politics of the judicial process, "justices make their decisions in an institutional context which informs the choices they make," where institutions "are a source of distinctive political purposes, goals, and preferences."*[43] Kahn and other historical institutionalists would contrast this "acting constitutively" perspective on the judicial process with the "acting instrumentally" perspective of the strategic model of judicial behavior. Kahn is less disposed than O'Brien or Sanford Levinson to see any danger lurking in dissensus on the bench as the result of such constitutive decision making, and comments that the U.S. Supreme Court "has changed its internal process very little in its history."*[44] By this he seems to mean that the Court does and always has operated by the exchange of principled positions — including, most characteristically, those positions offered in separate opinions.*[45]

Kahn's account reminds one, somewhat perversely, of Scalia's "pleasure" in speaking for oneself — or, perhaps put more charitably, it draws attention to the possible utility (for the institution) and potential appeal (for its justices) of judicial procedural conventions which foreground judicial "debate". O'Brien, in his above-cited work, relies on the same Scalia piece quoted by Baum and discussed at the outset of this article; however, O'Brien chooses a different segment of it from which to quote. In speaking of the importance and, by implication, the motivation of separate opinion writing, Scalia asserts, "the Court itself is not just the

[35] L. Epstein, Th. Walker, W. Dixon (Note 16); J. Segal, H. J. Spaeth (Note 9).

[36] D. M. O'Brien. Storm Center: the Supreme Court in American Politics. New York: Norton, 1996.

[37] S. L. Haynie (Note 14); but see L. Epstein, J. A. Segal, H. J. Spaeth. The Norm of Consensus on the U.S. Supreme Court. – American Journal of Political Science, 2001, No. 45, pp. 362–377.

[38] G. A. Caldeira, Ch. J. W. Zorn (Note 14).

[39] S. Levinson. Coda. – R. McCloskey (ed.). The American Supreme Court. 3rd ed. (rev'd by S. Levinson). Chicago, IL: University of Chicago Press, 2000, p. 238.

[40] D. M. O'Brien (Note 13), pp. 103–104.

[41] *Ibid*., p. 111.

[42] R. Kahn. Institutional Norms and Supreme Court Decision Making: the Rehnquist Court on Privacy and Religion. – H. Gillman, C. Clayton (eds.). Supreme Court Decision Making: New Institutionalist Approaches. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1999, p. 175.

[43] *Ibid*., p. 176.

[44] *Ibid*., p. 197.

[45] J. P. Kelsh. The Opinion Delivery Practices of the United States Supreme Court. – Washington University Law Quarterly, 1999, No. 77, pp. 137–181.

central organ of legal **judgment**; it is center stage for significant legal **debate**.'"[*46] By this statement, Scalia seems to be challenging the assumptions of both the strategic and historical institutionalist approaches that the objective of concurrence is, ultimately, consensus — *i.e*. the construction of a new majoritarian opinion coalition in the future. By his citation of this Scalia statement, O'Brien locates "a very different view of the role of the Court" for and on the contemporary bench.[*47] Scalia does seem to be celebrating judicial debate through separate opinion writing for its own sake (for its "keep[ing] the Court in the forefront of the intellectual development of the law"), and is arguably giving voice to a new role orientation for and among the Justices.[*48] (Or, perhaps, Scalia's academic robe is showing from underneath his judicial one.) Such a role orientation, as one of Kahn's "constitutive institutions", might well have the power to shape if not account for judicial behavior. That this — or some related — role orientation figures in the coalition formation process (or lack thereof) on the Supreme Court fits with the findings of Gerber and Park, who observe that U.S. Supreme Court Justices become less consensual as justices than they were as lower court judges (controlling for relevant institutional differences between court levels).[*49] They surmise that this behavior change is due to the modern Supreme Court being unique within the American judicial system: a court on which the members feel it is desirable, necessary, and possible to express policy disagreements with the majority via separate opinions and votes.

3. Unexplained (or overexplained) concurring behavior? And why care?

Rather than failing to explain concurrence, the study of judicial behavior seems, instead, to copiously and multiply explain the phenomenon. Are all the aforementioned explanations valid, or are there so many and so many unfalsifiable explanations as to render judicial scholars' account of concurrence fairly useless, scientifically?

Bracketing for the moment any discussion of what a "scientific" explanation of judicial behavior might be, I focus on what the several, competing analyses of separate and concurring opinion writing reveal about the study of law and courts, generally speaking. Firstly, some of the analyses, when applied to concurrence, do not appear to be fully satisfying, even to the analysts who apply them. In other words, sometimes attitudinal factors explain the variance in concurring opinion issuance, sometimes historical institutional factors explain it, sometimes strategic decision making factors explain it — let a thousand flowers bloom.[*50] Secondly, while there is clearly evidence of some borrowing of institutional variables by attitudinal models and *vice versa*, incommensurable worldviews of judging remain in the judicial process literature. This is hardly surprising; this is the current state of the judicial field in American political science. There is no reason to suppose that the analysis of concurrence would be the occasion for an ecumenical embrace. But I would argue that the analysis of concurrence should be just such an occasion, because sectarian scholarship of concurring behavior has yielded, collectively, muddled and inconclusive results. Ironically, the studies replicate the very fragmented and conflictual responses of the separate opinion writing phenomena they address.

The good in this, so sage commentators like Justice Scalia tell us, is the generation of debate. Indeed, studies of concurrence do constitute, as a body, a genuine and intellectually-open debate, partly because no one study or model has invested a tremendous stake in really **caring** about explaining concurrence, *per se*. While not quite epiphenomenal, and certainly not infrequent, concurring opinions are still viewed by judicial scholars as somewhat peripheral to the Big Picture, judicially speaking. But because there has been less invested in their explanation, concurring opinions and their issuance make for a good testing ground for the development of a unified model of judicial decision making.

This perhaps returns the American judicial field to its mid-twentieth century, attitudinal origins in focusing on the explanation of judicial **disagreement**, but in conceptualizing that disagreement — and the factors

[46] A. Scalia. The Dissenting Opinion. – Journal of Supreme Court History, 1994, quoted in D. M. O'Brien (Note 13), p. 112.

[47] D. M. O'Brien (Note 13), p. 112.

[48] J. Laffranque (Note 3) similarly asserts that open judicial dialogue and its generation of legal debate is perhaps also a good in conditions of democratic consolidation, for separate, dissenting opinions can serve "as an expression of the principle of democracy and publicity and freedom of speech of the judge".

[49] S. D. Gerber, K. Park. The Quixotic Search for Consensus on the U.S. Supreme Court: A Cross-Judicial Empirical Analysis of the Rehnquist Court Justices. – American Political Science Review, 1997, No. 91, pp. 390–408.

[50] This statement is an irreverent reference to the call in Pritchett (C. H. Pritchett. Public Law and Judicial Behavior. – M. D. Irish (ed.). Political Science: Advance of the Discipline. New York: Prentice-Hall, 1968, p. 219) to the judicial studies field to pursue diverse research topics and utilize diverse research methodologies. Initially, this call fell on somewhat deaf ears. See N. Maveety (Note 17).

responsible for it — somewhat differently. Recall Segal and Spaeth's 1993 comment, as to whether there is something about judicial conservatives … or **these** judicial conservatives — the Rehnquist Justices … that causes them to "haggle over the details" of conservatively-decided decisions. What would a policy-oriented model of judicial decision making look like that foregrounded this instability of majority opinion coalitions as the signal characteristic of the modern judicial process on the U.S. Supreme Court?

If we accept Baum's assertion that Supreme Court justices pursue legal and policy goals in making their decisions, we are obligated to spell out the substantive meaning of "goals" in each instance.[*51] Baum identifies these meanings, respectively, as legal clarity and legal accuracy, and case outcome and promulgation of legal doctrine or rule.[*52] He also admits that it is difficult to infer the relative importance of legal *versus* policy goals from patterns of judicial behavior. He offers some intriguing, possible explanations as to why. First, he notes that the substantive effect of legal goals cannot be detected from voting differences among the justices.[*53] Later, he observes that the unusual content of the U.S. Supreme Court's agenda — the fact that it is a policy court that selects close cases where the weight of legal considerations does not lie overwhelmingly on one side — reduces the relevance of one legal goal, legal accuracy, to the justices' choices in deciding the case merits.[*54] It would seem, then, that the reservoir of unexplained voting variance between justices must be accounted for by individual policy goals. Yet the (attitudinal) assumption with respect to a judicial bloc — an ideological bloc that votes together out of shared preferences for case outcomes which yield a particular structural or substantive policy position[*55] — is that bloc members are motivated by comparable policy goals. Moreover, Baum argues that judicial policy goals — presuming an individual unit of analysis — are twofold: case outcome **and** promulgation of a doctrinal rule, which extends beyond the individual case and thus has a broader potential impact on societal policymaking. It is these, at-times competing policy goals which divide majority coalitions from majority **opinion** coalitions. And it is presumably over the realization of the second goal, promulgation of doctrinal rule, that Segal and Spaeth's Rehnquist Court judicial conservatives are "haggling".

While making "good law", or constructing "correct" legal doctrine, might be thought of as a judicial legal goal and thus part and parcel of a legal model of judicial decision making, Baum and other adherents of the policy-oriented approach to the study of judicial behavior would remind us that opinions and their (doctrinal) language are the tools of **judicial** policy makers.[*56] Are ideological factors of help in determining judicial predilections for certain doctrinal rules? It depends, of course, how we define ideology, or ideological preferences[*57] but, clearly, standard dimensions of liberalism-conservatism are of little help if our objective is to explain the dissensus within a **conservative**, majority opinion coalition.[*58] Now, there are two options here, explanation-wise. One is to say that "these conservatives" are *sui generis*: the Rehnquist Court justices are simply more affected by declining consensual norms on the institution and are somewhat shortsighted in succumbing to doctrinal divisiveness, as rationally instrumentalist policy makers. Another option would be to admit that, yes, judicial legal and policy goals are pursued within an institutional matrix which includes consensus norms or their lack; but **even so**, the concurrence rates on the modern, conservative-bloc-dominated Supreme Court are an overt indicator of a less apparent, developing phenomenon in the judicial decision making process. That phenomenon is that declining consensus norms have bifurcated judicial policy goal-seeking into two, at times mutually exclusive dimensions: policy in case outcomes, and policy in doctrinal rules.

Substantive ideological preferences still largely govern the former policy goal-seeking behavior — case dispositional voting, but the choice dimension of doctrinal rule preference is not so clearly "attitudinal", in the same sense. Of course, we might say, along with some studies, that preference for certain doctrinal rules

[51] L. Baum (Note 2), p. 57.

[52] *Ibid*., p. 58.

[53] *Ibid*., p. 71.

[54] *Ibid*., pp. 82, 88.

[55] L. Baum (Note 2) notes in his chapter discussing "Law and Policy" that judicial behavior scholars have found that judges' attitudes toward structural policy, such as principles of federalism or judicial restraint, are subordinate to their attitudes toward substantive policy, or their preferences on substantive issues such as labor relations (p. 72). Such findings, Baum concludes, provide additional evidence of the heavy weight of substantive policy preferences in judicial choices as to voting, though they do not reveal anything directly about the weight of legal considerations in those choices. *Ibid.*

[56] And scholars such as D. Weiden might remind us that Supreme Court law clerks are instrumental in shaping judicial opinions and their doctrinal language content. The relationship between "the clerk factor" and the issuance of separate opinions, including concurring opinions, awaits further, systematic investigation. D. Weiden. Bringing the Clerks. – Law Clerks, Ideology, and Opinion-writingat the U.S. Supreme Court. Paper to be presented to the annual meeting of the American Political Science Association, Boston, MA, 29 August 2002. For an anecdotal discussion of this relationship, see E. Lazarus. Closed Chambers: the Rise, Fall, and Future of the Modern Supreme Court. New York: Penguin Books, 1999, pp. 271–275.

[57] See Note 56.

[58] On this, see K. Sullivan. The Justices of Rules and the Justices of Standards. – Harvard Law Review, 1992, No. 106, pp. 24–123 on "justices of rules" and "justices of standards".

or approaches is equivalent to supporting/not supporting precedent, and thus operationalizable as "conservative" or "liberal" (depending on the direction of the precedent).*[59] Alternatively, we might maintain, along with other studies, that preferences for certain doctrinal rules are subsumable under legal goal-seeking, and thus testable against the pursuit of ideological policy positions.*[60] But such a retreat into legal factor-based modeling of judicial decision making flies in the face of another recent study asserting the possibility of "heresthetic maneuvering" on the Supreme Court.*[61] Such maneuvering is defined by the study's authors as "restructur[ing] choice situations to [the actors'] advantage"; they discuss an example of such restructuring which describes judicial maneuvering within and across the two dimensions of judicial policy goals: case outcome **and** promulgated doctrinal rule.*[62]

What does all this have to do with explaining concurring behavior, and, with explaining it as potentially central to an understanding of the nature of the judicial process of American appellate courts? Only that a model of judicial decision making must attend to the politics of opinion **writing**. Judges say they care about opinion writing, and they spend an inordinate amount of time on behaviors suggesting that they do care about opinion content — about the nature of and the way that opinions communicate the policy position the judicial vote expresses. But the choice as to content of an opinion — the nature and description of its doctrinal rule — is as much a matter of policy goal-seeking as is the choice as to vote over case outcome. However, the choices may not driven by the same kind of policy preferences.

Maltzman, Spriggs and Wahlbeck attempt to answer the question of why justices choose to respond negatively to majority opinion drafts.*[63] In suggesting that the politics of opinion writing is a collegial game, they locate themselves squarely within the strategic approach to the study of judicial behavior. They employ a fairly complex, multivariate model to test coalitional conditions as influences constraining judges' choices designed to shape the law in a manner consistent with their policy goals. They summarize their findings about why judges "respond negatively" in this way: judges' choice of tactics for shaping the Court's final opinions — including the choice to file a concurring opinion — reflect a number of ideological, strategic, and contextual forces, but vary in a systematic and predictable way.*[64] The adjective the authors of this study use most noticeably to describe the opinion-writing process is "dynamic". They effectively validate one attitudinalist's earlier observation that "opinion coalitions and opinion writing may be a matter where nonattitudinal variables operate".*[65] The variables explaining judicial choice — including the choice to write separately — which the study's authors highlight are, of course, strategic calculation factors. Still, the authors are quite modest in admitting that they "have not made the final step [of] explaining the actual content of Court opinions,"*[66] confessing that they "do not systematically test the extent to which the decisions and actions of the justices are shaped by legal considerations".*[67] But, notice, what assumption is present throughout this fine, systematic, and ecumenical study: that judges choose tactics **for shaping the Court's majority opinion**.*[68]

Yet what if the judicial policy goal of promulgation of doctrinal rule were reconfigured such that this goal could be/was being pursued/satisfied/satisficed by writing a concurrence that (*pace* Scalia) stirred "significant legal debate" and placed the Court/the Court member "in the forefront of the intellectual development of the law"? What if judges' policy goals were somehow dichotomous, such that the policy-goal-in-case-outcome was actualized through preference-based voting (for majority dispositions, presumably), but the policy-goal-in-doctrinal-promulgation was expressed through "inform[ing] […] the bar, about the state of the Court's collective mind"? If the latter objective could be actualized — if not maximized — by the issuance of a concurring opinion, and if no norm of consensus effectively constrained this, and if no sanction for such noncooperative judicial behavior operated*[69], then would concurring behavior require a modified explanation in the study of judicial decision making?

---

[59] See L. Baum (Note 2), pp. 73–74; J. A. Segal, H. J. Spaeth. Norms, Dragons, and Stare Decisis: A Response. – American Journal of Political Science, 1996, No. 40, pp. 1064–1082.

[60] J. B. Gates, G. A. Phelps. Intentionalism in Constitutional Opinions. – Political Research Quarterly, 1996, No. 49, pp. 245–261.

[61] L. Epstein, O. Schvetsova. Heresthetical Maneuvering on the U.S. Supreme Court. – Journal of Theoretical Politics, 2002, No. 14, pp. 93–122.

[62] J. Laffranque (Note 3).

[63] F. Maltzman, J. F. II Spriggs, P. J. Wahlbeck (Note 10); J. F. Spriggs, F. Maltzman, P. Wahlbeck. Bargaining on the U.S. Supreme Court: Justices' Responses to Majority Opinion Drafts. – Journal of Politics, 1999, No. 61, pp. 485–506.

[64] F. Maltzman, J. F. Spriggs, P. J. Wahlbeck (Note 10), p. 93.

[65] H. J. Spaeth. The Attitudinal Model. – L. Epstein (ed.). Contemplating Courts. Washington, DC: Congressional Quarterly Press, 1995, p. 314, quoted in F. Maltzman, J. F. Spriggs, P. J. Wahlbeck (Note 10), p. 151.

[66] F. Maltzman, J. F. Spriggs, P. J. Wahlbeck (Note 10), p. 154.

[67] *Ibid*., p. 153; see M. Richards, H. M. Kritzer. Jurisprudential Regimes in Supreme Court Decision Making. – American Political Science Review, 2002, No. 96, pp. 305–320.

[68] F. Maltzman, J. F. Spriggs, P. J. Wahlbeck (Note 10), p. 27.

[69] See F. Maltzman, J. F. Spriggs, P. J. Wahlbeck (Note 10) findings on cooperation hypothesis, pp. 117–118, 120–121.

It might. Baum's 1999 investigation of the relationship between judicial recruitment and judicial motivations suggests, rather radically, that "constraints on individualism in the Court [may] have been exaggerated".*[70] He goes on to posit that patterns in recruitment/selection may have resulted in certain, significant effects on the orientations of people who reach the Supreme Court — one of these being, taking a great deal of "satisfaction" in ruling on issues of legal policy.*[71] Baum closes with this portentous thought: "the sorts of people who reach the Court today may have attitudes and perspectives that cause them to give **the Court's outputs** [emphasis added] a very heavy priority — and a higher priority than did the cohorts of justices who served in past eras."*[72] The statement is portentous because of its silence as to how these new "sorts of people" conceptualize both "**the Court's** outputs" and their influence over them. It opens the door to other, radical lines of inquiry. To wit, if a judicial actor could have influence over legal policy without sacrificing to join a majority opinion, would not an instrumental and policy-oriented judge decline to so sacrifice (or "cooperate")? If lawyers pay attention to concurring opinions as just as indicative of the Supreme Court's "collective mind" as opinions of the court, and if case disposition is in the "right" policy direction from the judge's perspective, then why not concur when one's own views are so important to the "legal debate?" Such a view of the judicial policy-goal-in-doctrinal-rule-promulgation would require relaxing or even abandoning the conventional wisdom of the judicial process literature which Giles argued yielded the corroborated hypothesis that opinion coalitions are generally equivalent in size and membership with decision coalitions.*[73] Such a view would also seem to directly conflict with institutional norms like canon 19 of the Canons of Judicial Ethics, which provides that "judges constituting a court of last resort should … promote solidarity of conclusion and the consequent influence of judicial decision. A judge should not yield to **pride of opinion** [emphasis added] … except in cases of conscientious difference of opinion on fundamental principle".*[74]

Mine is, I admit, a very odd and theoretically counter-intuitive suggestion to be making about judges on a policy-making court. It would seem to elevate concurring opinions to a position of distinctiveness with respect to dissenting opinions, in terms of the factors that motivate each. It would also seem to elevate concurring opinions to a position of privilege, legally and institutionally, that they do not deserve and that may not be borne out by empirical analysis. Odd and counter-intuitive nevertheless, my suggestion about concurrence could be a logical extension of what happens on a policy-making court (where policy goals are stipulated as by Baum*[75]) freed from/untethered by the convention of consensus around a single, opinion "of the court". It might be part of a narrative of how the post-Marshall U.S. Supreme Court returns to a seriatim decision-based judicial tribunal. There is nothing inherently "bad" in such a development. Other such policy making courts in the common law tradition function in this way — for example, the English Law Lords and, to a degree, the Australian High Court. In addition, some revisionist accounts of the pre-Marshall U.S. Supreme Court find it to have been institutionally significant, even while using seriatim decisions for its rulings.*[76] One of these accounts goes so far as to suggest that the label of unimportance assigned to the pre-Marshall Court "is probably due to the direct conflict between the modern judicial paradigm of conflict and the early Court's paradigm of support" — in other words, the early Court's objective of "consolidat[ing] the new federal government".*[77] When regime enhancement or support is a primary goal of a new judicial institution, its opinion-writing behaviors — separate opinion-writing behaviors — may be different or be assessed differently than those of an established judicial institution not primarily engaged in consolidating a new regime. The point is to assess concurring opinion writing by judges neutrally and functionally, and within the court context in which it occurs.

O'Brien spoke rather pejoratively of Scalia's gushiness about separate opinion writing and its alleged revelation of "a very different view of the role of the Court, though a view ushered in by the Roosevelt Court".*[78] O'Brien reminds his readers that C. Herman Pritchett's explanation for the increasing rates of disagreement on the New Deal Court was "profound and philosophical", for Pritchett's explanation located the source of that judicial disagreement in the "failure" of American liberalism to "produc[e] any consistent social and economic philosophy", neither interpretively over legal policy questions nor in terms of the judicial role of

[70] L. Baum (Note 15), p. 201.

[71] *Ibid*., pp. 207–208.

[72] *Ibid*., p. 211.

[73] M. W. Giles. Equivalent Versus Minimum Winning Opinion Coalition Size: A Test of Two Hypotheses. – American Journal of Political Science, 1977, No. 21, pp. 405–406.

[74] Quoted in M. W. Giles (Note 73), pp. 405 note 1; W. F. Murphy (Note 25), p. 62.

[75] Where policy goals are stipulated as by L. Baum (Note 2).

[76] W. R. Castro. The Supreme Court in the Early Republic: the Chief Justiceships of John Jay and Oliver Ellsworth. Columbia, SC: University of South Carolina Press, 1995; S. D. Gerber (ed.). Seriatim: the Supreme Court Before John Marshall. New York: New York University Press, 1998.

[77] W. R. Castro (Note 76), pp. 249, 213.

[78] D. M. O'Brien (Note 13), p. 112.

activism *versus* restraint.*[79] From this, O'Brien deduces that "as a result of their disagreements over the course of liberal legalism and constitutional interpretation, the New Deal justices were inclined to articulate their distinctive views in individual opinions".*[80] Could the same be said of the failure of contemporary American (GOP) conservatism and the Rehnquist justices who espouse it?

Profundity aside, Pritchett's view of the judicial process did not include anything like the above ruminations on concurrence and the emergence of a new decision making convention on the contemporary American Supreme Court. Still, his intimations about concurrence suggest that rather than accounting for concurring opinion writing as a breakdown — of ideological blocs, in strategic maneuvering, in norms of consensus, the study of judicial behavior may want to entertain new ways of conceptualizing what concurrence is and what its impact has been, and may be, on the judicial institution in which it occurs. Doing so may be the occasion for a revised or syncretic policy-oriented model of judicial decision making, taking into account that "institutional arrangements and cultural contexts […] give […] shape, direction, and meaning" to political behavior.*[81]

4. Conclusions: studying that uncherished part of the common law tradition

The reason concurring opinion writing has not been fully explained, even by models and research designs that focus on explaining the politics of opinion writing, is that judicial scholarship has heretofore limited itself to viewing the phenomenon in terms of extant theories of judicial behavior. Concurrence becomes a product of "attitudes", "strategy", "consensual norms", but is not necessarily a phenomenon viewed as something constructive of, or constitutive to, the judicial institution (or the larger polity, for that matter). It is always something partial, a "partial victory"*[82] or a "partial loss"*[83], if not downright bad — not to be cherished. Even among those who, for perverse reasons of their own, see concurring behavior as at times an effective strategy of inter-judicial influence*[84], concurring opinions are always the step-sibling of real influence: authoring (or shaping) majority opinions.

A program for suggested research directions follows upon the above observation. Concurrence is not infrequent, or it has risen in frequency on the modern U.S. Supreme Court; this we know.*[85] But have concurring opinions assumed the role of parity with majority opinions, such that a revival of seriatim decision making is underway on the contemporary Court? Leaving aside whether this is a good or a bad thing, does the empirical evidence suggest that the answer to the previous question is yes? To test for "parity", and for the potential for a pervasiveness that thereby alters the institutional norms of the court, a study of concurring-opinion writing must examine these opinions' impact in judicial policy making. A start, in such testing, would be to investigate whether, when, and how frequently lawyers (Scalia's audience of "the bar") direct the arguments in their briefs toward the doctrinal rules announced in judges' concurring opinions. Under what conditions do lawyers argue to "a court of one", and is such a litigation tactic successful, in terms of producing desired case outcomes and court rulings? One would still presume that such attention to concurring opinions from the bar is "successful" in the *eventual* conversion of the concurring doctrinal rule (its

[79] C. H. Pritchett. The Roosevelt Court. New York: Macmillan Publishers, 1948, p. 265.

[80] D. M. O'Brien (Note 13), 1999, p. 162.

[81] H. Gillman, C. W. Clayton. Beyond Judicial Attitudes: Institutional Approaches to Supreme Court Decision Making. – H. Gillman, C. Clayton (eds.). Supreme Court Decision Making: New Institutionalist Approaches. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1999, p. 3.

[82] L. Epstein, O. Schvetsova (Note 61); J. Laffranque (Note 3).

[83] See J. A. Segal, H. J. Spaeth (Note 9), p. 293.

[84] N. Maveety. Justice Sandra Day O'Connor: Strategist on the Supreme Court. Lanham, MD: Rowman and Littlefield Publishers, 1996.

[85] It is not my intention with this statement to elide careful investigation of the frequency question. Indeed, judicial scholars are still debating the frequency, and therefore the import — to the nature of the judicial process and for its study, of the phenomenon first identified by J. W. Howard (Note 32) as the "fluidity of judicial choice". How often judges' votes change between conference and final decision on the merits, what factors account for such change, and what the existence of those factors indicate about the judicial process, has consumed almost thirty-five years of scholarship on the U.S. Supreme Court. One recent follow-up to Howard's thesis has been Maltzman and Wahlbeck. F. Maltzman, P. J. Wahlbeck. Strategic Policy Considerations and Voting Fluidity on the Burger Court. – American Political Science Review, 1996, No. 90, pp. 581–592. Brenner has long disputed that the phenomenon is frequent enough to merit serious theoretical attention. See S. Brenner. Fluidity on the United States Supreme Court: a Reexamination. – American Journal of Political Science, 1980, No. 24, pp. 526–535; S. Brenner. Fluidity on the Supreme Court: 1956–1967. – American Journal of Political Science, 1982, No. 26, pp. 388–390; S. Brenner. Fluidity of the Supreme Court: a Reconsideration. – S. Goldman, A. Sarat (eds.). American Court Systems. New York: Longman, 1989; S. Brenner. Fluidity in Voting on the U.S. Supreme Court: A Bibliographic Overview of the Studies. – Law Library Journal, 1995, No. 87, pp. 380–386.

policy) into "the law". (Of course, the decisional mechanism by which rules are converted into "the law" may be/have been radically altered, too).

A parallel, or second question, emerges from an inquiry into the parity and impact of concurring opinions in legal policy making. Have judicial policy-oriented actors internalized this parity function and, therefore, write such concurring opinions with this expectation of their reception? Such an individual behavior question could be probed through intensive and targeted case-study analysis, relying heavily on what might be available in archival collections of judicial papers; still, such research would not likely confirm the presence of an aggregate pattern across time with respect to concurring behavior. The question of who uses concurrence, when, and how on the U.S. Supreme Court, could also be investigated using the data in the recently-available Justice-Centered Rehnquist and Burger Court Database, prepared by Sara Benesh and Harold Spaeth. The virtue of this database, which uses justice vote as the unit of analysis, is to allow for a research focus on individual justice behavior and on qualitative disagreements among the justices.[*86] Obviously, concurring opinions bracketing an opinion of the court have not yet become the norm — even in highly salient cases in divisive issue areas like affirmative action, abortion, or capital punishment. However, it may be the case that certain justices use concurrence in certain issue areas only, or that certain justices use regular but not special concurrence as their policy device. Moreover, the "deviation variables" specified in the dataset allow for the observation of separate opinion authors' deviation from the court as to legal basis and authority for the decision as well as the framing of the subject matter of the controversy.[*87] Presumably, such deviation, and the rate with and conditions under which such deviation occurs, is indicative of judicial use of concurrence to influence legal policy debate. The Benesh-Spaeth Database has the utility of allowing for a more longitudinal investigation of the use of concurrence, and the case, issue, and decision-coalition characteristics that correlate with its usage. Such findings, taken together with findings as to the legal policy impact of concurring opinions, could be very suggestive.

Another research direction of possible utility in explaining concurring-opinion writing would be to reopen the examination of the effects of judicial role orientation on judicial behavior. There is a sizeable, extant literature investigating the role concept in judicial research. A typology, developed by Glick and Vines and generated from judicial interview data and subsequently tied by Howard to patterns in judicial voting behavior, identified a classification of judges as law makers/innovators, law interpreters, and pragmatists/realists.[*88] It bears reiteration here that this classification of judicial role orientation, like many of the analytical tools employed by the American political science of law and courts, was generated from and generally applied to the study of courts in the U.S. context. Comparative-application limitations aside, role theory analysis was supplanted by more sophisticated and systematic attitudinal and later strategic approaches to the study of judicial behavior.[*89] Moreover, role theory analysis was criticized substantively by O'Brien who deflated claims about the recent emergence of a more expansive, "imperial judiciary" role concept as animating contemporary judicial decision making.[*90] Despite this, both Baum and Scalia seem to be pointing to a potential role-based explanation for certain opinion-writing behaviors.[*91] Other, historical institutionalist scholars likewise claim that institutional structures "motivate[e] and giv[e] direction to judicial behavior through conditioning the judicial mind to a sense of what is appropriate for a judge [or] proper for a court."[*92]

What judicial role orientation is, how it might be identified and measured, and its presence tested against observable manifestations, requires a research design which addresses the problems identified by Gibson.[*93] Gibson's own study presented a measure based on a conceptualization of role orientations as judicial beliefs about the legitimacy of relying on certain criteria in making decisions; the measurement dimension represented the degree of judicial willingness to move beyond (for any purpose) strictly legal criteria in making decisions. Gibson's findings suggest that his measure was strongly predictive of the sentencing behavior of trial court judges.[*94] But he acknowledged that his decisional role orientation might not identify all of the

[86] S. Benesh. Becoming an Intelligent User of the Spaeth Supreme Court Databases, paper presented to the annual meeting of the Southwestern Political Science Association, New Orleans, LA, 2002.

[87] S. C. Benesh, H. J. Spaeth. The Rehnquist Court Justice-Centered Judicial Database (1986–1998 Terms): Documentation. Program for Law and Judicial Politics, Michigan State University, February 2001, pp. 5–25.

[88] H. R. Glick, K. N. Vines. Law Making in the State Judiciary: A Comparative Study of the Judicial Role in Four States. – Polity, 1969, No. 2, pp. 142–159; J. W. Howard. Courts of Appeals in the Federal Judicial System. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1981; S. Goldman, A. Sarat (eds.). American Court Systems: Readings in Judicial Process and Behavior. White Plains, NY: Longman, 1989, p. 438.

[89] Certain theoretical and data-availability assumptions of these approaches would seem to limit their application to the non-U.S. court context. See J. Laffranque (Note 3).

[90] D. M. O'Brien. 'The Imperial Judiciary': Of Paper Tigers and Socio-Legal Indicators. – Journal of Law and Politics, 1995, 2:1, p. 56.

[91] L. Baum (Note 15); A. Scalia (Note 46).

[92] C. Clayton, H. Gillman. Introduction. – H. Gillman, C. Clayton (eds.). The Supreme Court in American Politics: New Institutionalist Interpretations. Lawrence, KS: University Press of Kansas, 1999, p. 5.

[93] J. L. Gibson. The Role Concept in Judicial Research. – Law and Policy Quarterly, 1981, No. 3, pp. 291–308.

[94] J. L. Gibson. Judges' Role Orientations, Attitudes, and Decisions: An Interactive Model. – American Political Science Review, 1978, No. 72, pp. 911–924.

criteria that compose judicial belief about what is proper for a judge with respect to the **process** of judicial decision making. Indeed, his measure regarding decisional stimuli to which a judge might respond does not seem terribly pertinent to an explanation of concurring-opinion writing and its coalitional context. Still, in suggesting that role is operative on judicial behavior, and in critically assessing the operationalization of the concept of role, Gibson's twenty-plus-year-old article offers a possible theoretical direction for research into judicial expression of the judicial policy goal of promulgating doctrinal rules.*[95]

Judges have policy preferences, judges care how those policy preferences are expressed in legal rules, judges' choices over both occur in an interdependent and institutionally-defined choice setting. These maxims about judicial behavior are applied to explain judicial decision making on the U.S. Supreme Court since the beginning of John Marshall's chief justiceship. Chief Justice Marshall is also the jurist most credited with converting the Supreme Court into a coequal and policy-making branch of the federal government; for many court historians it was his instillation of the norm of an opinion for the court which most effectuated this conversion.*[96] The decline, or death and substitution, of this norm may be premature in forecasting. The largely mid-twentieth century and early twenty-first century pattern of increased separate opinion writing on the U.S. Supreme Court may presage nothing dramatic in terms of institutional transformation. Or it may presage much.

[95] Indeed, a follow-up to his own work explored the influence of self-esteem on judicial decision making. J. L. Gibson. Personality and Elite Political Behavior: the Influence of Self Esteem on Judicial Decision Making. – Journal of Politics, 1981, pp. 104–125. While this analysis relied on self-reports of behavior correlated with role orientations, Gibson did conclude that judges measuring high in self-esteem were more likely to form role orientations less affected by individually-external expectations. "Self-esteem" would seem to partially capture what Baum (Note 15) is attributing to justices like Scalia, whose remarks (Note 46) surely exhibit it.

[96] See S. D. Gerber. Introduction: the Supreme Court Before John Marshall. – Seriatim: the Supreme Court Before John Marshall. S. Gerber (ed.). New York: New York University Press, 1998, pp. 1–3, 7–9, for a review of the literature that has contributed to, in his words, the "apotheosis" (7) of Chief Justice Marshall.

Hannes Veinla

Magister iuris,
Lecturer of Environmental Law

Free Trade and the Precautionary Principle

This article aims to compare the different approaches to the precautionary principle in the European Union and in the United States. Data for comparison have been taken mainly from the *Hormones case*, which was brought about by the European Communities prohibition of imports of hormone-treated meat and meat products. Both the Appellate and the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization ("WTO") were involved in the settlement of the dispute. The case was interesting for several questions which were raised during the dispute — answers to these questions are of cardinal importance in understanding precautionary principle. The following paragraphs seek to throw some light on the possible causes of the difference between the US and the EU viewpoints on the precautionary principle. Reliability of a common belief, according to which the EU is more cautious and caring than the US in matters related to environment and human health, is looked upon too.

1. Trade related environmental measures and precautionary principle

Environmental protection and free trade interrelations have been one of the most disputed subjects during the last decade. Different interest groups have expressed diametrically opposite viewpoints on the matter. Supporters of free trade maintain the opinion that abolishing trade restrictions and the global free trade regime strengthen the world economy and add or liberate resources, which can be used for environmental protection purposes.[*1] It has even been argued that usually trade restrictions, established by environmental protection considerations, serve indeed only as a pretext to enforce unjustified protectionist measures. This standpoint is also supported by several developing countries, which believe that industrial countries make use of environmental regulations[*2] in order to keep the cheap goods of developing countries off the markets.

Environmental activists claim that free trade stimulates unsustainable use of natural resources and use of technologies harmful to the environment. In addition, globally extending trade relations are instrumental in

[1] Adam Smith wrote: "the natural liberty of individuals interacting in the economic realm, each seeking their own betterment by providing goods and services to others, would lead to an affective allocation of the resources from the standpoint of society; the wants and desires of individuals would be met, if it was profitable to do so, and the annual revenue of society […] would be raised to its highest level." Cited from D. A. Irwin. Against the Tide (An intellectual history of free trade). Princeton University Press, 1996, p. 78.

[2] As well as labour protection regulations (incl. work conditions for children and women).

favour of expanding economic activities of big transnational corporations into the developing countries[*3], where environmental standards, as a rule, are lower, or do not exist at all, and where the "polluter pays" principle is not applied.[*4] Under these circumstances environmental activists call for establishment of certain corrective instruments in the framework of the WTO — these instruments should not aim at arbitrary obstruction of trade, but at introducing environmental considerations into the trade regime.[*5]

Trade related environmental measures might occur in different shapes. Countries with high environmental protection levels may attempt to apply restrictions on the imports of goods, which do not correspond to the environmental standards in force in these countries. Countries with high environmental awareness might also subsidise their exports to increase the competitive ability of their industry, overburdened by environmental protection regulations. Governments may endeavour to apply different customs tariffs to products, depending on whether the products have been manufactured taking into account environmental protection considerations, or produced polluting the environment and using natural resources in unsustainable ways.

The precautionary principle has often been used in defence of trade restrictions induced by environmental protection considerations. Different countries, international organisations, and the international community have made efforts to find adequate means to protect human health and the environment, even in conditions of scientific uncertainty, for decades already. The traditional approach has always been guided by the principle according to which risk management measures have to be applied only in such cases if danger of potential damage has been satisfactorily proven. The burden of proof has usually been laid not on the developer, but on the community, expecting that the community shall present data on the degree of hazard posed by certain activities or substances. Sufficient evidence however often becomes available only after damage has taken place. The precautionary principle introduces substantial changes into the traditional principles of risk assessment.[*6] The principle has been recognised in international law[*7] and in national legal orders[*8] as well, since the 1980s. The precautionary principle prescribes that measures to protect the environment and human health must be taken before conclusive scientific evidence on hazardous effect of certain activities or substances becomes available. The precautionary principle imposes upon developers an obligation to prove that activities carried out by them, or planned to be carried out, do not bring along substantial or irreversible harm to the environment. Hence the principle counterpoises the so-called "wait and see" principle[*9], according to which precautionary measures can be applied only in cases where scientifically grounded evidence is provided.

The intense "offensive" of the precautionary principle has to be discussed in a wider context also. Social scientist U. Beck, in his book "Risk Society"[*10], expressed an idea according to which a transition from industrial society — the main concern of which has been the distribution of welfare — to so-called risk society — where attention focuses on the risks (economic, in the first place) of progress — is taking place. Consequently, according to U. Beck's conception, a transformation from distributing welfare to distributing risks — in many cases of indistinct nature — is in progress. This tendency has influenced, and shall influence in the future, political and legal systems very essentially — the centre of gravity moves from production relations of society to risks relations of society. Several political and moral values have to be taken into account in making socially sensitive decisions, under the conditions of scientific uncertainty — this has not been the case in the course of ordinary scientific and economic research and analysis.[*11]

To the above–said has to be added, indeed, that the precautionary approach does not contain in principle anything completely new.[*12] Our common sense tells us, that "it is better to be afraid than to regret (better

---

3 So-called race to the bottom.

4 See G. van Calster. International and EU Trade Law. The environmental challenge. Cameron May, 2000, p. 10.

5 See E. B. Weiss. Environment and Trade as Partners in Sustainable Development: A Commentary. – American Journal of International Law, October 1992, vol. 86, Issue 4, pp. 730–732.

6 See S. Safrin. Treaties in Collision. The Biosafety Protocol and the World Trade Organization Agreements. – American Journal of International Law. July 2002, vol. 96, Issue 3, pp. 610–612.

7 One of the most widely known definitions of the precautionary principle derives from Principle 15 of the Rio Declaration — "In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation." The Convention on Climate Changes and the Convention on Biodiversity are amongst the most widely known international conventions referring to the obligation to apply the precautionary principle. The conference of the parties of the Convention on Biodiversity, which took place on 28 January 2000, stressed the determinative role of the precautionary principle in achieving the goals (aims) of the Convention.

8 See N. de Sadeleer. Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules. Oxford University Press, 2002, pp. 124–149.

9 D. Wirth. The Role of Science in the Uruguay Round and NAFTA Trade Disciplines. – Cornell International Law Journal, 1994, No. 27, p. 834.

10 U. Beck. Risk Society: Towards a new Modernity. London Sage, 1992.

11 See T. O'Riordan, J. Cameron (ed.). Reinterpreting the Precautionary Principle. Cameron May, 2001, p. 11.

12 See A. Deville, R. Harding. Applying the Precautionary Principle. The Federation Press, 1997, pp. 18–21.

safe than sorry)" and instructs us "seven times to measure and one time to cut". The precautionary principle has been observed in environmental law too, for a long time already, but in an *ad hoc* approach, outside any certain legislative and institutional framework.

The question of when and how the precautionary principle should be applied has given rise to extensive political and scientific discussions during which a great variety of different standpoints has emerged. The precautionary principle is presently a subject of discussions in the European Union. The European Commission has issued a Communication on the precautionary principle.*[13] The Communication points out that decision-makers at different levels are constantly faced with the dilemma of balancing the freedom and rights of individuals, industry and organisations with the need to protect the environment. The problem is complicated by the fact that often decisions have to be taken in conditions of scientific uncertainty — certain human activities, or substances used to perform the activity, may be dangerous to the environment, but there is no final proof of the essence and probability of the danger.

The experience of both the European Union and the WTO proves that the precautionary principle and principles of its application have occupied a central stance in the dispute on the interrelations of free trade and environmental protection.*[14] Opinions of WTO Member States on the content and legal status of the precautionary principle differ quite remarkably. EU and US trade conflicts provide clear evidence of this indeed. US and EU interests have conflicted repeatedly in several health and environmental risk management matters*[15] over the last few years. The fact that the United States has not officially accepted the precautionary principle and has not recognised it as a universal risk management tool has been one of the reasons for the disputes. The Supreme Court of the US has indicated clearly — in the so-called *benzene case* (*Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute*, 1980*[16]) — that decisions cannot be made merely on an assumptive basis and a state institution has an obligation to prove the presence of an essential hazard.*[17] In Europe, on the other hand, matters of scientific uncertainty are treated more and more in an "unscientific" and discretional way, involving the public.*[18]

2. Hormones case

2.1. Facts

The *Hormones case*[*19] — if looking from the angle of the precautionary principle — is undoubtedly one of the most interesting WTO cases. The case dealt with the EC regulation of imports of beef treated with growth promotion hormones. The WTO's Dispute Settlement Body examined the complaints of the United States*[20] and Canada*[21] against the EC prohibition of imports of meat and meat products derived from cattle to which either certain natural hormones or synthetic hormones had been administered for growth promotion purposes. The complaints were particularly related to the Council Directive 96/22/EC of 29 April 1996*[22] by which the above-mentioned prohibition was enacted and in which the six prohibited hormones were listed.*[23] The Council Directive was based on the assumption that hormone-treated meat may be a source of essential danger to human health, and on the fact that the parties of the WTO are entitled to apply trade restriction measures to eliminate this kind of danger.*[24] The case was of essential economic importance

[13] Communication from the Commission on the precautionary principle, COM (2000) 1 final of 2. February 2000. Available at: http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/pub/pub07_en.pdf. (16.06.2003).

[14] See E. U. Petersmann. The GATT/WTO Dispute Settlement System. – International Law, International Organisations and Dispute Settlement. London, 1997, p. 94.

[15] Genetically Modified Organisms ("GMO"), climatic changes, concentration of hormones in food, *etc.*

[16] Available at: http://www.elr.info/litigation/vol10/10.20489.htm (2.11.2002).

[17] In this case the Supreme Court of the US cancelled (annulled) the regulation issued by the Occupational Safety and Health Administration reducing the permissible airborne concentration of benzene from 10 parts per million (ppm) to one ppm. The Court ruled that making standards in force more strict is justified only in case the need for such an action is supported by a body of reputable scientific thought, and if grave danger posed by the present standard is proved on the basis of best available evidence.

[18] T. O'Riordan. Europe and the US on Precaution. – Environment, May 2000, vol. 42, No. 4.

[19] WTO Appellate Body Report: EC Measures Concerning Meat and Meat Products. Document WT/DS26/R/USA (18 August 1997); WTO Appellate Body Report: EC Measures Concerning Meat and Meat Products. Document WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R (16 January 1998). Available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distab_e.htm (12.10.2002).

[20] Complaint by the US, WT/DS26/R/USA. Available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distab_e.htm (12.10.2002).

[21] Complaint by Canada, WT/DS48/R/CAN. Available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distab_e.htm (12.10.2002).

[22] Available at: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31996L0022&model=guichett (16.06.2003).

[23] Exceptions were provided when using hormones for therapeutic or zootechnical purposes.

[24] G. van Calster (Note 4), p. 241.

to the US because growth-promoting hormones are very widely used in US cattle breeding — this way the EC ban concerned almost all of the beef produced in the US.

The European Communities gave the following reasons for the applied measures. The main problems were related to three synthetic hormones — zeranol, trenbolone acetate, and melengestrol acetate. Evidence was found that these hormones, when used in large quantities, may have a carcinogenic effect and may transfer also to humans through meat. An important problem was related to accumulation of small dosages, especially in regard of those hormones occurring naturally in humans. In the United States, however, all these hormones were allowed in cattle breeding.

Use of hormones for growth promotion purposes became an issue of concern in the EC as early as in 1970. This was caused by the high concentration of the hormone diethylstilbestrol ("DES") in veal — DES was thought to be the reason of hormonal disturbances discovered at this time on many humans.[*25] The findings had a negative impact on the veal market throughout the EC. The Commission of the European Communities arrived at a conclusion, that there is a need to introduce control measures and these measures must be effective enough to restore completely consumers' confidence in veal.[*25] Thus the regulation was a requisite to guarantee effective functioning of the common market.[*27] A comprehensive research on the effects of five growth hormones was carried out in Europe in the middle of the 1980s and it was found that three hormones of the five are harmful to human health. As regards two other hormones — zeranol and trenbolone — no essential risks to health were found.[*28] Notwithstanding this, marketing of meat treated with all these five growth hormones (including "harmless" zeranol and trenbolone) was prohibited. The acting EC agricultural commissioner F. Andriessen explained that "scientific opinion on the case was essential, but not determinative".[*29]

The *Hormones case* was directly related to articles 3.1[*30], 3.3[*31], 5.1[*32], and 5.7[*33] of the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures ("SPS Agreement"), adopted in the framework of the WTO.

It became apparent during settlement of the case that the United States, Canada, and the WTO Appellate and Dispute Settlement Bodies agreed in the following.

- The EC has acted inconsistently with article 5.1 of the SPS Agreement by maintaining sanitary measures, which are not based on risk assessment conducted in accordance with this article.
- The EC has acted inconsistently with the requirements of article 3.1 of the SPS Agreement, without justification under article 3.3 of that Agreement, by applying sanitary measures, which are not based on existing international standards, guidelines, and recommendations.
- The United States, Canada, and the Appellate Body of the WTO also expressed similar opinions regarding the EC interpretation of the precautionary principle – — none of them agreed with it.

The precautionary principle was discussed in the framework of this case from two different angles. Appropriate standards of risk assessment, in connection with applying article 5 of the SPS Agreement, were amongst the main subjects of the discussions. The second level was more general and dealt with two main questions — has the precautionary principle become a norm of customary international law and how is it reflected in the SPS Agreement.[*34]

---

[25] D. Vogel. Trading up: Consumer and Environmental Regulation in a Global Economy. Harvard University Press, 1995, p. 154.

[26] Later DES was banned in the US also.

[27] D. Vogel (Note 25), pp. 154–155.

[28] D. Vogel. Barriers or Benefits: Regulation in Transatlantic Trade. Washington DC: Brookings Institute Press, 1997, p. 15.

[29] *Ibid.*, p. 16.

[30] Article 3.1 states: "To harmonize sanitary and phytosanitary measures on as wide a basis as possible, Members shall base their sanitary or phytosanitary measures on international standards, guidelines or recommendations, where they exist, except as otherwise provided for in this Agreement, and in particular in paragraph 3."

[31] Article 3.3 states: "Members may introduce or maintain sanitary or phytosanitary measures which result in a higher level of sanitary or phytosanitary protection than would be achieved by measures based on the relevant international standards, guidelines or recommendations, if there is a scientific justification, or as a consequence of the level of sanitary or phytosanitary protection a Member determines to be appropriate in accordance with the relevant provisions of paragraphs 1 through 8 of Article 5. Notwithstanding the above, all measures which result in a level of sanitary or phytosanitary protection different from that which would be achieved by measures based on international standards, guidelines or recommendations shall not be inconsistent with any other provision of this Agreement."

[32] Article 5.1 states: "Members shall ensure that their sanitary or phytosanitary measures are based on an assessment, as appropriate to the circumstances, of the risks to human, animal or plant life or health, taking into account risk assessment techniques developed by the relevant international organizations."

[33] Article 5.7 states: "In cases where relevant scientific evidence is insufficient, a Member may provisionally adopt sanitary or phytosanitary measures on the basis of available pertinent information, including that from the relevant international organizations as well as from sanitary or phytosanitary measures applied by other Members. In such circumstances, Members shall seek to obtain the additional information necessary for a more objective assessment of risk and review the sanitary or phytosanitary measure accordingly within a reasonable period of time."

[34] Actually there was a third angle also — proportionality of precautionary measures — but this is not a subject of the present article.

2.2. Adequate risk assessment

The United States grounded its complaint against the EC trade measures, concerning beef imports, as follows. A similar approach to like products is one of the WTO/GATT basic provisions.[*35] The European Communities, however, treated beef of US and Canadian origin, in comparison with European similar products, differently. A different approach, however, was not justified because the research on the carcinogenic effect of hormones carried out in Europe was not based on scientific methods. The EC's basis for differentiating US beef was therefore arbitrary, violating the WTO/GATT Agreement and the SPS Agreement.[*36]

To prove the inconsistency of risk assessment carried out in Europe, the following considerations were pointed out.

- Hormone-treated beef has been consumed for years already and no data exists of damage to human health caused by the use of this product.
- Research carried out until now has not provided persuasive proof of the risks originating from the growth hormones.
- Scientific research has not been scientific enough; many unscientific assumptions were added.
- Many other everyday foodstuffs (*e.g.* eggs) contain similar hormones and often in much larger quantities.[*37]

The European Communities did not back down from the standpoint that the results of the scientific research carried out provide solid proof that hazards deriving from growth hormones to human health are adequately evident. Representatives of the EC found also that the "available scientific evidence", referred to in article 5.2, includes both majority scientific views[*38] as well as trusted minority scientific opinion, often first expressed by individual scientists.[*39] The EC also did not agree with the way that the US, Canada and WTO Dispute Settlement Body handled risk. Representatives of the EC argued that risk has not always to be handled as harm or adverse effect. Under the SPS Agreement risk means also hazard or probability of hazardous effect — a risk evaluated to be one in a million is sufficient justification. The EC found that the concept of risk in the SPS Agreement is a qualitative, not a quantitative concept.[*40]

2.3. The status of precautionary principle and its connection with the SPS Agreement

The second question under discussion was the status of the precautionary principle in international law and its connection with the SPS Agreement.

The European Communities took the following standpoint.[*41] The precautionary principle has already become a general rule of customary international law or at least a general principle of law, the essence of which is that it applies not only in the management of a risk, but also in the assessment thereof. Therefore the EC claimed that the WTO Dispute Settlement Body erred in stating that the application of the precautionary principle "would not override the explicit wording in articles 5.1 and 5.2 of the SPS Agreement, and might be in conflict with those articles". The EC asserted that articles 5.1 and 5.2 and Annex A.4 of the SPS Agreement did not prescribe a particular type of risk assessment, but rather simply identified factors that need to be taken into account. Representatives of the EC expressed that these provisions do not prevent Member States from setting additional precautionary measures in the face of conflicting scientific information and uncertainty. As every country may define separately a necessary level of environmental protection and the precautionary principle has not been given any particular meaning in the SPS Agreement, the SPS Agreement has to be interpreted based on a common and universal precautionary principle recognized in international law.

---

[35] The question on whether those products with identical consuming characteristics but different environmental parameters are similar or different has been a source for arguments in the framework of GATT/WTO already for years.

[36] Office of the US Trade Representative, Press Release: Statement of Mickey Kantor. 11 January 1996. Available at: http://www.ustr.gov/releases/1996/01/96-03.html (27.9.2000).

[37] Office of the US Trade Representative, Fact Sheet, US Response to EU Beef Import Ban. July 1999. Available at: http://www.ustr.gov/releases/1999/07/fact (27.9.2000).

[38] As regards carcinogenic effects of growth hormones a majority of scientists were not sure enough.

[39] Report of the WTO Appellate Body: EC Measures concerning meat and meat products, para. 27. Document WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R (16 January 1998). Available at: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distab_e.htm (12.10.2002).

[40] *Ibid.*, para. 29.

[41] *Ibid.*, para. 16.

The United States expressed a viewpoint differing remarkably from that of the EC and denied the belonging of the precautionary principle to the customary international law as well as to the general principles of law.[*42] Moreover, representatives of the US even attempted to prove that precaution cannot be handled as a legal principle at all, and it should be treated as a certain precautionary approach, which could be applied in solving environmental and health problems. At the same time the precautionary approach was said to have many forms, which may be very different in different circumstances. The United States also expressed an opinion according to which a precautionary approach has been given a special meaning under article 5.7 of the SPS Agreement — it is handled strictly as a temporary and extraordinary means. Additional basing on the precautionary principle in applying the SPS Agreement, as the European Communities insists, is therefore not justified. The articles of the SPS Agreement prescribe that trade measures have to be grounded on risk assessment carried out based on scientific methods and measures must not be applied without being based on scientific evidence, and the measures must be proportional — the United States expressed an opinion according to which the European Communities are not able to prove in which way exactly does the precautionary principle affect enforcement of these articles. The precautionary principle, which the European Communities refers to, cannot replace risk assessment and appropriate scientific proof. Thus the United States speaks in favour of principled necessity of applying precautionary measures and recognition of this in the SPS Agreement, but denies the universal character of the precautionary principle.

Representatives of Canada expressed a viewpoint according to which the precautionary principle was reflected in article 5.7 of the SPS Agreement, but this could not override articles 5.1 and 5.2 of the SPS Agreement which prescribe that trade measures must be grounded on appropriate risk assessment. Canada joined the viewpoint according to which the principle should be handled as a precautionary approach and not as a legal principle. At the same time the precautionary approach or concept was admitted to be a rapidly emerging principle of international law, which may crystallise in the future into one of the "general principles of law recognized by civilized nations".[*43]

The WTO Appellate Body had a good opportunity to express its point of view as regards the status of the precautionary principle in international law. Unfortunately, the opportunity was not used. The Appellate Body declined to give a direct answer and pointed at the existing uncertainty as regards the content and status of the precautionary principle:

> "The precautionary principle is regarded by some as having crystallized into a general principle of customary international environmental law. Whether it has been widely accepted by Members as a principle of general or customary international law appears less than clear. We consider, however, that it is unnecessary, and probably imprudent, for the Appellate Body in this appeal to take a position on this important, but abstract, question. We note that […] the precautionary principle, at least outside the field of international environmental law, still awaits authoritative formulation."[*44]

The Appellate Body evidenced at the same time that the "precautionary principle indeed finds reflection in article 5.7 of the *SPS Agreement*"[*45] and that "there is no need to assume that article 5.7 exhausts the relevance of a precautionary principle".[*46] It appears that the main conclusion of the Appellate Body can be summarised as follows.

- The precautionary principle exists and is reflected (at least partly) in the SPS Agreement. Hence the Appellate Body does not join the opinion of the United States, according to which the precautionary principle is not a legal principle at all and has to be handled as a much more flexible and general "approach".
- The absence of distinctness and lucidity, as regards the content of the precautionary principle, implies the need for this deficiency to be removed by the development of international law in the future.
- The status of the precautionary principle as a norm of customary international law remains unclear. The Appellate Body admits at the same time that this is a question of essential importance that should be clarified.

Thus the Appellate Body does not deny the existence of the precautionary principle and the importance of it, but delays answers to several questions of essential importance. There is nothing exceptional in the way the Appellate Body has acted — several leading international courts and tribunals have reached approximately the same results recently and have taken a cautious approach as regards the principle in question.[*47]

---

[42] *Ibid.*, para. 43.

[43] *Ibid.*, para. 60.

[44] *Ibid.*, para. 123.

[45] *Ibid.*, para 124.

[46] *Ibidem*.

[47] See K. Kulovesi. Cautious About Precaution: Recent Judicial Practice Concerning the Status of Precautionary Principle in International Law. – Ympäristojuridiikka, 2002, No. 2, pp. 8–27.

3. Dispute between the US and the EU, possible causes

The difference of the positions of the US and the European Union in the following key questions, as regards the precautionary principle and risk assessment, can be summarised as follows.

- The United States handles precaution not as a legal principle, but rather as a principle of environmental policy, which has many different forms and implementation mechanisms. The EC finds that the precautionary principle has formed into a rule of international customary law and has clearly defined content.
- The US finds that precaution has been given a special meaning under article 5.7 of the SPS Agreement and it has to be treated as an extraordinary and temporary means. The EC finds that the precautionary principle has a general and universal essence, which cannot differ from agreement to agreement, and precautionary measures must not necessarily be extraordinary or temporary.
- The US maintains the viewpoint that trade related measures must be justified, necessary, and disturb trade as little as possible. Assessment of indispensability must be grounded on appropriate scientific risk assessment. The EC standpoint is that in the examination of the indispensability of trade related measures the precautionary principle must be taken into account. The precautionary principle is not only a risk management principle, but a risk assessment principle too.
- The EC handles risk not only as actual damage, but also as the possibility of it.
- The EC stressed that in risk assessment all available information has to be taken into account, including insufficient, incomplete, and controversial research, and minority opinions pointing out essential risks. The United States has always trusted research grounded on sound science.
- The EC has stressed the opinion, that consumers' concerns (perhaps irrational), as regards the quality of food and their health, have to be taken into account also, in addition to scientific and economic matters, when making decisions whether to apply trade related measures or not.

Hence the US deems it possible to err only towards less caution, and the EC, on the contrary, only towards greater caution. The EC stays with the approach of better safe than sorry.

The approach of the US and the WTO to the precautionary principle in the *Hormones case* has been strongly criticised by several leading environmental organisations.[*48] Many analysts have also seen in this a confrontation of civilised and cautious Europe with risky and incautious America.[*49] The precautionary principle thus appears to be a kind of counterweight to industrialization, globalization and Americanization.[*50] Contrary opinions have been expressed also. Static, technophobic, and protectionist Europe attempts to confront scientific and entrepreneurial America. Hence the precautionary principle stands in the way of development of science and trade, and consequently, progress as well.[*51] As regards application of the precautionary principle, braking of progress is considered to be the most substantial danger in scientific writings as well.[*52]

The above-referred considerations do probably contain a great deal of truth. Nevertheless, arguments like more or less protectionist, caring, careless, scientific, *etc.* seem not to be quite appropriate wordings for a scientific approach. The statements of politicians are often not quite adequate too. Margot Wallström, European Commissioner for the Environment, has educed five possible reasons, why Europe agrees to accept the precautionary principle, but US does not.[*53]

- The EC is committed to more international obligations, which prescribe implementation of the precautionary principle, than the US.

[48] Royal Society for the Protection of Birds. The precautionary principle, trade and the WTO. Discussion paper for the European Commission Consultation on Trade and Sustainable Development, 7 November 2000. Available at: http://www.rspb.org.uk/search.

[49] S. G. Richter. The US Consumer's Friend. – New York Times, 21 September 2000.

[50] J. B. Wiener, M. D. Rogers. Comparing Precaution in the US and Europe. Available at: http://www.env.duke.edu/solitions/documents/pp-eu_us_jrr_2002_03_25.pdf, p. 2. p. 2 (12.03.2003).

[51] *Ibidem*.

[52] As comment it has to be said that the wording sustainable development has been used during recent years more frequently than progress. Article 2 of the EC Treaty, in which the main objectives of the Community are defined, balanced and sustainable development has been given a priority over the concept of pure quantitative expansion.

[53] Speech of Margot Wallström "EU and US Approaches to Environment Policy" to the European Institute. Washington DC, 25 April 2002. Available at: http://www.europaworld.org/week80/euandus3502.htm (16.06.2003).

- In the European context environmental policy, in comparison with other branches of policy, has a considerably higher standing than in the US. Public polls place the environment consistently in the top five issues for European voters.
- EC consumers do not accept new products and technologies with such high enthusiasm as American consumers do.
- Americans have greater faith in the potential of technological advances and believe that this can solve most of the global problems that mankind is confronting.
- In the United States environmental matters are handled as local matters. In the European Union, on the contrary, environmental policy is one of the most important fields of common action.

Analysing the arguments presented, it becomes apparent that each of them contains a modicum of truth, but none of them is completely acceptable. The first argument, according to which Europe has committed to relevant international obligations, is not entirely correct, because the majority of international conventions enacting the precautionary principle are not enforced yet and most of these conventions define the principle itself in quite an uncertain way. The truth of the second argument is contained in the assertion that environmental matters have indeed been withdrawn from the most important priorities in the United States. Nevertheless, it is not correct to assume that if public opinion considers environmental protection important, it automatically accepts the precautionary principle, which is only one of the methods of environmental regulation. Environmental protection cannot be identified with the precautionary principle. One who stands for a high level of environmental protection does not necessarily approve the precautionary principle. The second and third arguments seem to be correct, but the present writer has insufficient data to present a final assessment on them. The fifth argument, however, is obviously false. Support for the precautionary principle should indeed be stronger in the case of environmental problems being handled as local and personal matters — precautionary principle prescribes obligatory risk management even in cases where risks are uncertain. When hazard and risk management tools concern individuals personally, they agree, as a rule, with more radical methods, than is the case with global and far off problems.

Amongst the reasons for US reluctance, regarding matters related with the precautionary principle, the present writer deems worthy of most serious consideration, the following.

I would like to place US economic interests first in priority. The US economy is more innovative than that of Europe and has given rise to several technological innovations, including innovations which are not quite safe to the environment and human health. The most intensive counteraction of the United States to the precautionary principle has been witnessed in the sectors of the economy where US economic interests are most vulnerable. Widespread use of growth hormones and genetically modified organisms in US agriculture and probable setbacks in the US energy sector (related to reduction of greenhouse gas emissions) are appropriate examples to illustrate this. From here one can derive the reason why the United States handles precaution as an approach, not as a principle. "Approach", according to the United States, is, so to say, a softer option, because it is as if it carries within itself the idea according to which cost benefit analysis[*54] and reasonable opportunities should be taken into account whilst applying precautionary measures.[*55]

The cultural-psychological dimension should be mentioned in second place. Authors who recall the colonisation of America and the fact that America has always been attractive to the most risk-loving Europeans[*56] should be agreed with. This should be supplemented by Americans greater belief in technological advance. American culture, at the same time, has a reputation of a culture where enterprise is favoured more and indeed private freedom is estimated higher. Approaches to the precautionary principle are influenced by all these circumstances to quite a definite extent.

Differences arising from the distinctions between the political systems may play an important role also. It has been written that electoral systems in the member states of the EC are of such a character to give minor parties an opportunity to reach parliament too.[*57] Amongst these minor parties are, furthermore, European Green Parties which have succeeded to join the government in several countries (Germany, Netherlands, Finland, Sweden, Denmark, *etc.*). EC experience proves that this argument is worthy of serious consideration. The mentioned countries, where the Green Parties have strong positions, have always belonged to the initiative group when establishing of new EC environmental directives is concerned.

The reasons for a more favourable attitude towards the precautionary principle can be derived from an analysis of the historical development of environmental policy of the EC. The Treaty of Rome of 1957, establishing the European Economic Community, did not contain articles regulating environmental protec-

[54] Cost benefit analysis is one of the most favorable approaches of US environmental law.

[55] D. VanderZwaag. The Precautionary Principle in Environmental Law and Policy: Elusive Rhetoric and First Embraces. – Journal of Environmental Law and Practice, October 1999, vol. 8, No. 3, p. 355.

[56] J. B. Wiener, M. D. Rogers (Note 50), p. 21.

[57] *Ibid.*, p. 19.

tion and did not delegate the European Communities direct environmental powers. The latter were enacted in the Treaty only in 1987. Nevertheless, many environmental directives were established in the framework of the European Communities before 1987. The competency of the European Communities in environmental matters was derived from article 2 of the Treaty of Rome which foresaw as the objective of the European Communities, in addition to economic expansion, a rapid raising of the standard of living in Member States. It is obvious that a high quality of life environment is one of the inseparable parts of the standard of living. The European Communities is not solely an economic union and the objective of the Communities is also to achieve social progress and continuous improvement of the conditions of life and work of its inhabitants. Hence economic expansion was treated not only as a quantitative, but also as a qualitative indicator.*[58] Attention to so-called "soft values" in the EC has arisen continuously. Support of the EC for the precautionary principle appears therefore to be a logical result of previous development.

The EC position on the precautionary principle has found its expression in the above-mentioned Communication from the Commission on the precautionary principle. It has to be noted that the purpose of the Communication is not only to contribute to the formation of common understanding of the contents of the precautionary principle and principles of its application, but also "to avoid unwarranted recourse to the precautionary principle, as a disguised form of protectionism"*[59]. The last mentioned goal was probably caused by two circumstances.

– Many countries and international institutions, as it was persuasively demonstrated in the *Hormones case*, do not share the favourable attitude of the European Communities to the precautionary principle and consider the application of the principle inappropriate. The principle is found to be too uncertain, its application unpredictable and in many cases arbitrary. Elimination of the latter deficiency is one of the goals of the Communication. The Communication obviously aims at depriving opponents of the precautionary principle of the arguments favouring effective attacks against the principle. The EC wants to prove that the principle has a definite content and its application is subject to certain rules. Amongst principles of the application of the precautionary principle it is especially stressed that "precautionary measures should be proportional, non-discriminatory and consistent".*[60] Thus, the principle appears not to be an arbitrary, unjustified, and expensive instrument of environmental and health risk management.

– The Communication addresses measures to avoid misuse of the precautionary principle by the Member States. The Treaty establishing the European Community delegates Member States certain opportunities to establish stricter environmental measures than those enacted in the environmental directives — that is to choose higher levels of protection of the environment. Article 95 (5) of the EC Treaty delegates a Member State such a right, if a Member State deems it necessary to introduce national provisions based on new scientific evidence relating to the protection of the environment on grounds of a problem specific to that Member State. The Commission has obviously reached a conclusion that Member States can — based on this article and making use of the precautionary principle — destabilise seriously the harmonisation of environmental regulations within the framework of the EC. There is a hope that this kind of danger can be avoided by reaching a unanimous understanding on the content and principles of application of the precautionary principle.

Article 174 of the Treaty establishing the European Community establishes precautionary principle as one of the main principles of EC environmental policy. EC institutions therefore have an explicit obligation to take into account the precautionary principle while taking environmental harmonisation measures. According to article 174 (1) of the EC Treaty the objectives of the Community environmental policy also include protecting human health and promoting external measures at an international level. When establishing measures which have effects outside the Community, the precautionary principle has consequently to be taken into account too. Article 6 of the EC Treaty stresses the important role of the precautionary principle in the EC too — environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of all Community policies. As the precautionary principle is one of the fundamental principles of environmental law, it undoubtedly forms a part of environmental protection requirements referred to in article 6 and an obligation of integration extends to this principle also.*[61]

The EC Treaty gives us a good example of possible effects of the precautionary principle. Article 174 of the Treaty establishes the foundations of forming an environmental policy of the Community. Amongst other foundations an obligation to take account of "available scientific and technical data" is pointed out also.

[58] See J. Jans. European Environmental Law. Europa Law Publishing, 2000, pp. 4–5.

[59] Communication from the Commission on the precautionary principle (Note 13).

[60] *Ibid*., p. 4.

[61] See G. Majone. What Price Safety? The Precautionary Principle and its Policy Implications. – Journal of Common Market Studies, 2002, vol. 40, No. 1, p. 94.

Without the precautionary principle this foundation of policy can be interpreted in a way that in a case if scientific data on the hazardousness of certain activities or substances are insufficient, inconclusive, or uncertain, there is no justification for control measures to be taken. The result is contrary while interpreting the foundation in connection with the precautionary principle — precautionary measures must be applied in case of insufficient, inconclusive, or uncertain evidence, referring, however, at essential danger.[*62] The fact that such obligation is subjected to the supervision of the Court of the European Communities is important also.

The role of the Court of the European Communities in promoting the precautionary principle has to be stressed especially. The Court of the EC and the Court of First Instance have had to control the lawfulness and justification of application of precautionary principle in many cases. In its decision on the Commission's decision banning the export of beef and beef products from the United Kingdom (cases C-157/96[*63] and C-180/96[*64], 5 May 1998) the Court ruled that:

> "When there was such uncertainty regarding the risk to human health, the Community institutions were empowered to take protective measures without having to wait until the reality and seriousness of those risks became fully apparent."

The Court in its decision referred to paragraph 1 of article 174 of the EC Treaty — according to which one objective of EC policy on the environment shall be to contribute to the pursuit of protecting human health, and to paragraph 2 of article 174 — according to which the policy shall aim at high level of protection, which shall be based on the precautionary principle. The Court of First Instance used similar justifications in case T-199/96 (*Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm* SA[*65]), which dealt also with the protection of human health. In case T-70/99 (*Order on application for interim relief in Alpharma Inc. v. Council of the* EU[*66]) the President of the Court of First Instance ruled that:US economic interests

> "[…] economic interests cannot outweigh the need to protect public health."

This way it appears that the Court of the EC has supported the precautionary principle in a quite vigorous way.[*67]

K. von Moltke finds that different approaches to the precautionary principle reflect the differences of governance structures in the US and Europe. The way that the US responds to uncertain risks is adapted to the disjointed character of the US government, "which requires the constant construction of a formal record at one level or in one branch of government since any decision is liable to be reviewed at another level or in another branch that functions independently. In particular, decisions based on relatively ambiguous scientific findings are liable to be questioned over and over again […]".[*68] This statement, at least part of it, seems to have solid foundations. The precautionary principle can be handled, first of all, as a decision-making tool and application of this instrument in differently constructed structures is inevitably different. The United States and the European models of the separation of powers may consequently bring along differences in the decision-making mechanism and arguments used in it.

One more group of arguments consists of those pointing at the particular national specialties of the American legal system. The American legal system has been claimed to be more open. In this case it is meant that environmental organisations and private citizens have wider and more effective access to justice (*e.g. via* citizen suits). These organisations and individuals may therefore attempt to enforce provisions of international environmental agreements internally.[*69] In Europe access to justice is of a more restricted character.[*70] Under these circumstances it is understandable that the US is much more careful in binding itself to international obligations than the EC. It is quite possible that representatives of the European Union and the United States may treat a text containing matters related to the precautionary principle in completely different

---

[62] See J. Jans (Note 57), pp. 33–34.

[63] Available at: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996J0157 (16.06.2003).

[64] Available at: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996J0180 (16.06.2003).

[65] Available at: http://curia.eu.int/jurisp/cgibin/form.pl?lang=en&Submit=Submit&docrequire=alldocs&numaff=T199%2F96&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100 (16.06.2003).

[66] Available at: http://curia.eu.int/jurisp/cgibin/form.pl?lang=en&Submit=Submit&docrequire=alldocs&numaff=T70%2F99&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100 (16.06.2003).

[67] EC Court and Court of First Instance have treated the precautionary principle in a quite favourable way in several other cases too, *e.g.* case T-13/99 *R Pfizer Animal Health SA/NV v. Council of the European Union*; case C-6/99 *Association Greenpeace France and Others v. Ministère de l'Agriculture et de la Peche and Others*; case C-473/98 *Kemikalieinspektionen v. Toolex Alpha AB*.

[68] See K. von Moltke. The Dilemma of the Precautionary Principle in International Trade. Available at: http://www.iisd.org/pdf/precaution.pdf.

[69] See R. Kagan. Adversarial Legalism: The American Way of Law. Harvard University Press, 2001, pp. 15–24.

[70] The most widespread standing standard in Europe is violation of rights, sometimes justified interest.

ways — Europeans as a rhetoric, Americans as a legal text that has to be enforced by the court.*[71] J. Wiener and M. Rodgers stress also that the need for precautionary measures is stronger in the countries where the right for damage compensation is less effective.*[72] The system of environmental civil liability in the US is undoubtedly the most radical in the world.*[73] Radical schema of civil liability may give industry an additional stimulus of risk assessment and management, acting this way as a generally preventive tool. The present writer, however, shares the opinion that precautionary principle cannot be replaced by civil liability. The standpoint of commentators, who see the cause of the hesitations of the US in the lack of the proportionality principle, is interesting too. It has been said that in Europe the abuse of the precautionary principle could be avoided by the proportionality principle of precautionary measures.*[74] As a comment it has to be added hereby that the relation between precautionary and proportionality principles is obviously one of the most important disputed subjects in the above-mentioned Communication on the precautionary principle.*[75]

4. Conclusions

Though one case does not provide sufficient data to draw far-seeing conclusions, it appears that the European Communities and the United States have distinctly different approaches regarding the precautionary principle — analysis of the possible causes of the differences makes it possible to state that this is not merely coincidental. The reluctance of the US to apply the precautionary principle in international trade relations derives in the first place from the economic interests of the US in the spheres of the economy where new technologies are applied. The economic aspect is obviously not the only reason why the attitude of the environmental policy of the US is dubious, so far as the precautionary principle is concerned. This may have several cultural-psychological and political causes, and causes deriving from the specifics of the legal system. General development of environmental policy in the European Community, inclusion of the precautionary principle into the Treaty, and the favouring attitude of the European Court to the Principle are the factors that help to ground logically the favouring attitude of the representatives of the European Communities to the precautionary principle.

[71] See J. B. Wiener, M. D. Rogers (Note 41), pp. 22–23.

[72] *Ibid.*, p. 23.

[73] See E. T. James. An American Werewolf in London: Applying the Lessons of Superfund to Great Britain. – The Yale Journal of International Law, Summer 1994, vol. 19, No. 2, pp. 350–352.

[74] See D. Geradin. Trade and Environment. A Comparative Study of EC and US Law. Cambridge University Press, 1977, pp. 95–99.

[75] See Communication from the Commission on the precautionary principle. COM (2000) 1 final of 2 February 2000, pp. 18–19. The principle of proportionality in this case shows a need to take into account the following circumstances.

- The measures envisaged must make it possible to achieve the appropriate level of protection.
- Measures based on the precautionary principle must not be at the same time disproportionate to the desired level of protection and must not aim at zero risk.
- Though a total ban may not be the only solution, this opportunity has to be taken into account also.
- If it is possible to achieve the same goal with milder measures, these measures have to be given the advantage.
- If it is possible to replace the substances or products concerned by safer substances or products, it has to be done.
- In evaluating the proportionality of the action (measures to limit or eliminate risk) not only immediate and direct effects should be taken into account, but also long-term effects. This applies in particular to effects on the ecosystem.

Paul Varul

Professor of Civil Law,
University of Tartu

Debtor's Liability under Bankruptcy

1. Types of debtor's liability

The liability of a debtor who has been declared bankrupt may consist of:

1) liability for insolvency, as the bankruptcy is caused by the debtor's permanent insolvency;
2) liability for violation of the obligations arising in the bankruptcy proceedings.

Liability may come in the form of criminal or civil liability, but also in other legal remedies that do not fall under criminal or civil liability. Criminal liability is provided for by §§ 384 and 385 of the Penal Code[*1] (PC) as liability for causing insolvency and for concealing assets and debts in bankruptcy proceedings. Civil liability implies the obligation to compensate for damage if the constant insolvency that caused bankruptcy was caused by a grave error in management or if a member of a directing body of the legal person otherwise violated his or her obligations and caused damage to the legal person. The concept of a grave error in management has been defined in § 28 (2) of the new Bankruptcy Act[*2] (NBA). Other legal remedies include detention of the debtor, which may be applied if the debtor fails to perform his or her obligations in the bankruptcy proceedings (NBA § 89). Prohibition of business (NBA § 91), which may also be called liability under bankruptcy law, also belongs to the same subtype of liability and it may be applied during the bankruptcy proceedings after bankruptcy has been declared, as well as within three years after the end of the proceedings.

The aforementioned three types of liability — criminal liability, civil liability, and liability under bankruptcy law, are discussed below in view of their different implications depending on whether the liability pertains to causing insolvency or failure to perform the obligations arising in the bankruptcy proceedings. It is important to note that the application of one type of liability does not exclude the application of others; the types of liability may be applied severally, jointly, or all collectively.

---

[1] Karistusseadustik. Passed on 6 June 2001, in force since 1 September 2002. – Riigi Teataja (the State Gazette) I 2001, 61, 364 (in Estonian).

[2] Pankrotiseadus. Passed on 22 January 2003, will enter into force as from 1 January 2004. – Riigi Teataja (the State Gazette) I 2003, 17, 95 (in Estonian). The Bankruptcy Act (BA) passed in 1992 is currently in force; it was largely amended in 1996 and entered info force together with these amendments on 1 February 1997. – Riigi Teataja (the State Gazette) I 1997, 5, 32 (in Estonian). This article mainly focuses on the new Bankruptcy Act.

2. Criminal liability of debtor

The reasons for the debtor's insolvency may vary to a great extent. It is important to identify the reason for insolvency particularly from the viewpoint of application of liability. According to NBA § 163 (5), the court shall set out in the ruling terminating the bankruptcy proceeding whether the cause of the debtor's bankruptcy was an act with criminal elements, error in management, or other fact. A great variety of conditions may serve as other circumstances; to decide on the application of liability, it should be identified whether the insolvency was caused by a criminal offence or by a grave error in management.

Where insolvency is caused by a criminal offence, the debtor is at fault in causing insolvency. One should distinguish between bankruptcy offences and offences that are committed by the debtor, but are not wilfully aimed at materially reducing the debtor's solvency or causing insolvency.[*3] According to NBA § 28 (1), the court must notify the prosecutor or police to decide on the institution of criminal proceedings if it appears in the bankruptcy proceedings that the debtor has performed an act with criminal elements in relation to the insolvency. There is thus an obligation to report bankruptcy offences and other insolvency-related offences. When speaking about the debtor's criminal liability for causing insolvency, we are speaking about bankruptcy offences only; in the case of other criminal offences, the bankruptcy of the debtor is not decisive, while the mandatory condition for conviction of a bankruptcy offence is the prior declaration of bankruptcy and intentional causing of insolvency.

Section 384 of the PC specifies causing insolvency as a bankruptcy offence. Causing of insolvency is understood as material reduction of solvency or causing oneself's insolvency through destroying, damaging, squandering or unjustified grant or assignment of assets or investment thereof in a foreign state or assumption of unjustified obligations or grant of unjustified benefits, or preferring one creditor to another while being aware that due to the existing or expected economic difficulties the acts of the debtor may violate the interests of the creditor. Such an act is punishable only if the court has declared the bankruptcy or established the insolvency of the offender or terminated the bankruptcy proceedings by abatement since the assets of the debtor are insufficient to cover the costs of the bankruptcy proceeding and it is impossible to recover or reclaim the assets (BA § 15 (1) 2); NBA § 29 (1)), let alone to satisfy the creditors' claims. This restriction is justified — otherwise, the court should decide on insolvency in a criminal proceeding, and this would be rather difficult to do when no bankruptcy proceedings have been instituted before and no interim trustee in bankruptcy has been nominated.[*4] The aforementioned offence presumes that the debtor has intentionally reduced their solvency or caused insolvency by such acts. At least indirect intent is presumed.[*5] The PC does not distinguish between whether these acts are performed before the bankruptcy proceedings or not; declaration of bankruptcy is the decisive criterion. Once bankruptcy has been declared, the debtor may incur criminal liability for acts performed both before and after the declaration of bankruptcy. Of course, it should be kept in mind that after bankruptcy has been declared, the debtor may no longer dispose of and administer the assets of the bankruptcy estate — this right transfers to the trustee in bankruptcy (NBA § 35) and thus, the possibilities of committing a criminal offence described in PC § 384 are much more limited.

The question of the subject of liability is an important problem. It has been noted in the commentaries on the Penal Code that only a natural person may serve as a subject of the criminal offence described in PC § 384.[*6] If we are to agree to such a conclusion, we would have to admit that the members of the management board of a legal person do not incur criminal liability for causing the legal person's insolvency. This is not justified at all, as the intentional causing of the insolvency of legal persons is, in reality, a much more serious problem than the insolvency of natural persons. The Estonian Penal Code should be supplemented in this respect by providing for the liability of the management board members of a legal person for causing the insolvency of the legal person. A good example is the regulation of the liability of the company officers in British law in sections 206–211 of the Insolvency Act (1986). The criminal offences of company officers are: fraud in anticipation of winding up, transactions in fraud for creditors, misconduct in course of winding up, falsifica-

[3] For example, disclosure of business secret (§ 377), unjustified use of business secrets (§ 378), failure to submit or incorrect submission of results of audit or special audit (§ 379), incorrect presentation of financial status (§ 381), submission of incorrect information to auditor or person conducting special audit (§ 382), *etc.* are criminal offences pursuant to the PC. These are offences that may be related to insolvency, but they are not bankruptcy offences.

[4] According to BA and NBA, the court institutes bankruptcy proceedings on the basis of a bankruptcy petition by the debtor or a creditor, and appoints an interim trustee in bankruptcy. One of the main tasks of the interim trustee in bankruptcy is to identify the financial status of the debtor and submit a respective report to the court. The court decides on the insolvency of the debtor primarily on the basis of the interim trustee's report.

[5] According to PC § 16 (4), a person is deemed to have committed an act with indirect intent if the person foresees the occurrence of circumstances which constitute the necessary elements of an offence and tacitly accepts that such circumstance may occur. The law distinguishes between indirect intent, deliberate intent, and direct intent.

[6] J. Sootak, P. Pikamäe (compilers). Karistusseadustik: Kommenteeritud väljaanne (Penal Code: Commented Edition). Tallinn, 2002, § 384, comm. 2.3 (in Estonian).

tion of company's books, material omissions from statements relating to the company's affairs, false representations to creditors.[*7] There is no need to provide in the Estonian Bankruptcy Act for the criminal liability of debtors who are natural persons or the management board members of debtors which are legal persons; however, PC § 384 should be amended so as to provide for the criminal liability of management board members of a debtor which is a legal person for acts aimed at material reduction of the solvency of the legal person or causing its insolvency, or a new section should be inserted in the PC, analogous to § 384, for management board members of debtors that are legal persons.

An important change in Estonian law is the obligation of management board members of legal persons to file a bankruptcy petition if it is obvious that the legal person is permanently insolvent, set out in § 36 of the General Part of the Civil Code Act[*8] (GPCCA). The provision was effected after the adoption of the PC. Criminal liability should be provided for the intentional violation of this obligation.

Besides supplementing the PC by the management board members' liability for causing the insolvency of a legal person, there is the possibility of interpreting PC § 384 so that the liability of management board members is incorporated into the liability of the debtor. Such an interpretation is made possible by the GPCCA, in which the approach to a legal person and its management board is based on the "organic theory", implying that the acts of management board members are also understood as the acts of the legal person.[*9] One could claim that if management board members perform the acts listed in PC § 384, their acts can be regarded as the acts of a debtor within the meaning of PC § 384, and they would be the subjects of criminal liability. This interpretation would be contrary to the aforementioned explanations of the commentaries on the PC, but would enable the application of criminal liability for intentional causing of the insolvency of a legal person to the management board members without amending the present wording of the law.

Another bankruptcy offence as provided in PC § 385 (1) is concealment of the assets or debts of the debtor or submission of incorrect information concerning the assets or debts or other facts which are significant for a creditor by a debtor in bankruptcy or enforcement proceedings. According to PC § 385 (2) perjury concerning the facts and information specified in subsection 1 is an additional offence. The need to set out these acts as bankruptcy offences and the related criminal liability arise from one of the main obligations of the debtor as provided in the Bankruptcy Act — the duty to provide information (BA § 36; NBA § 85). A debtor must give to the court, trustee, and bankruptcy committee the information they need in relation to the bankruptcy proceedings, particularly concerning the debtor's property, including debts, and business professional activities. Receiving information from the debtor is essential to successful and quick bankruptcy proceedings, as some information may be obtained only from the debtor. The court may require the debtor to swear in court that the information concerning property, debts and business activities is correct to the debtor's knowledge (BA § 37; NBA § 86). This requirement of the Bankruptcy Act has meaning only if backed by criminal law. However, the shortcoming of PC § 385 (2) is that it does not provide for liability for refusal to take an oath. There is no justification for the fact that perjury is a criminal offence, but refusal to take an oath is not; also, PC § 385 (1) provides for liability for submitting false data, but not for refusal to submit any data at all. A debtor who does not wish to submit truthful data yet wants to avoid criminal liability may refuse to submit any data and to take an oath, and he or she cannot be punished under PC § 385 (1) or (2).[*10] Appropriate additions should be made to PC § 385. A debtor can be punished under § 385 (1) if the debtor refuses to give information on their assets and debts, but NBA § 85 also requires the debtor to give information on their business activities, as well as other information not relating to assets and debts.

PC § 385 (1) was formalised at a time when the principal aim of criminal liability in this respect was to secure performance of the debtor's liability to give information under BA § 36 (1). After the PC, the new Bankruptcy Act was passed that provides for not only the debtor's liability but for the duty to give information on the debtor's assets to third parties who are in possession of the debtor's assets or have proprietary obligations to the debtor (NBA § 85 (2). Employees of the debtor, as well as former employees who has resigned within the previous two years before filing of the bankruptcy petition, have the same duty (NBA § 85 (3). No criminal liability has been provided for the failure of a third party or employee of the debtor to give information. In this respect, the PC needs to be taken into accordance with the new Bankruptcy Act and PC § 385 has to be supplemented.

---

7 I. Fletcher. The Law of Insolvency. 3rd ed. London, 2002, pp. 699–703.

8 Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Passed on 27 March 2002, entered into force on 1 July 2002. – Riigi Teataja (the State Gazette) I 2002, 35, 214 (in Estonian).

9 The organic theory behind the definition of a legal person's nature is particularly referred to by GPCCA § 31 (5), according to which the activities of a body of a legal person are deemed to be the activities of the legal person, and GPCCA § 34 (1), which states that the management board or a body substituting for the management board of a legal person is deemed to be the legal representative of the legal person in relations with other persons unless otherwise provided by law.

10 In such case, only a specific remedy pertaining to liability can be applied, namely detention (NBA § 89 (1) 1) and 3)), which can be insufficient and cannot substitute for criminal liability. Detention as a remedy pertaining to liability under bankruptcy law is discussed further below.

The question of the subject of liability is a problem also in the case of PC § 385. According to the commentaries on the PC[*11], only a debtor who is a natural person can be the subject of PC § 385. Such a conclusion is incorrect. According to NBA § 90, when the debtor is a legal person, the specific obligated person is determined from the circle of persons listed in NBA § 19 (1).[*12] This subsection defines the following persons to be the obliged persons in the case of a debtor which is a legal person: member of management board and supervisory board, liquidator, partner in a general partnership, general partner in a limited partnership, shareholder holding at least one-tenth of the shares, procurator, and person responsible for accounting. Therefore, all these listed are obligated pursuant to NBA § 85 (1) to inform the court, trustee, and bankruptcy committee at their request, or to take an oath in court if ordered by the court. Upon failure to perform these obligations under the circumstances listed in PC § 385, all the persons listed in NBA § 19 (1) can be the subjects of criminal liability as provided by PC § 385. Besides, one has to keep in mind the rule provided in NBA § 19 (3), according to which management and supervisory board members, liquidators, procurators and persons responsible for the accounting of a debtor which is a legal person may serve as the performers of the debtor's obligations in bankruptcy proceedings, and hence, as subjects of the liability provided by PC § 385 even if they have been released from their duties within one year prior to the commencement of bankruptcy proceedings.

3. Civil liability of debtor

The civil liability of a debtor is expressed in the obligation to compensate for damage. When speaking of this kind of liability, we can only speak about liability for causing insolvency; no civil liability is provided for violation of the debtor's obligations after the declaration of bankruptcy. Members of a directing body of a legal person have the obligation to compensate for damage pursuant to GPCCA § 37 (1): members of a directing body of a legal person[*13], who cause damage to the legal person by violation of their duties, shall be jointly and severally liable to the legal person. The liability of members of a directing body does not depend on whether the legal person has been declared bankrupt or not. However, the declaration of bankruptcy is an indicator suggesting that insolvency may have been caused by violation by the members of the directing body of their duties. According to NBA § 163 (5), the cause of bankruptcy has to be identified in the bankruptcy proceedings and if the cause lies in a grave error in management, the trustee must file a claim for compensation against the person at fault in the grave error. According to NBA § 28 (2), a grave error in management is understood as the violation by a debtor, whether a natural person or a member of the directing body of a legal person, of their obligations intentionally or due to gross negligence.[*14] Thus, the NBA provides for a narrower basis for the liability of the directing body of a legal person via a grave error in management than the GPCCA. But this does not mean that after bankruptcy has been declared, claims for compensation of damage can be filed against the directing bodies of a legal person only if their obligations were violated intentionally or due to gross negligence. A claim for compensation may also be filed after the declaration of bankruptcy on the basis of GPCCA § 37 (1), which does not presume intention or gross negligence. According to GPCCA § 35, the members of a directing body of a legal person shall perform their obligations arising from law or the articles of association with the diligence normally expected from a member of a directing body and shall be loyal to the legal person. Failure to exercise "the diligence normally expected" does not necessarily imply intention or gross negligence.

If we conclude that besides the grave error in management as provided by NBA § 28 (2), a claim for compensation of damage may be filed on general bases under the GPCCA, the question may arise of the need to define a grave error in management as the basis for civil liability in the Bankruptcy Act at all, as the general bases for a legal person's liability set out in GPCCA §§ 35 and 37 (1) already include a grave error in management. The need to define the concept of a grave error in management in NBA § 28 (2) mainly

[11] Karistuseadustik: Kommenteeritud väljaanne (Note 6), § 385, comm. 4.

[12] The currently applicable Bankruptcy Act relies on the same principles, see BA §§ 12 (4) and 40.

[13] According to GPCCA § 31 (2), the directing bodies of a legal person are: management board, and if the legal person has a supervisory board, then the supervisory board is also its directing body.

[14] The new Bankruptcy Act no longer provides a list of possible grave errors in management, but has replaced it by the general clause contained in NBA § 28 (2). Subsection 60 (3) of the currently applicable BA provides a sample list of grave errors in management, such as use of the property of the legal person in one's own interests, entry into transactions on behalf of the legal person in one's own interests, concealment of property of the legal person, an incorrect indication of the value of property on the balance sheet, unreasonable increase in the obligations of the legal person, etc. The bases for the civil liability of persons responsible for a legal person are likewise stipulated in fairly great detail in the British 1986 Insolvency Act and the Scottish 1985 Bankruptcy Act (see *e.g.* J. Fletcher (Note 7), pp. 703–715 and D. W. McKenzie Svene. Insolvency Law in Scotland. Edinburgh, 1999, pp. 321–332). By providing only the concept of a grave error in management in the new BA as the basis for the civil liability of members of directing bodies of a legal person, the legislator has wished to be more flexible in defining the bases for liability, without limiting it to a list of specific cases. It is up to judicial practice to determine what consititutes a grave error in management in each case.

arises from the fact that in the case of identification of a grave error in management, the trustee in bankruptcy must, under NBA § 163 (5), file a claim for compensation of damage against the members of the directing body of the legal person who are at fault in the error. The trustee may do likewise, but is not directly obliged to do so, under GPCCA §§ 35 and 37 (1). As in the case of a grave error in management, the trustee is required to file a claim for compensation of damage against a member of the directing body of the legal person but it is questionable whether omission of the list of situations typical of grave errors in management, which has been provided in § 60 (3) of the currently applicable BA and in the laws of many other countries, was justified.*[15] The trustee is liable for failure to perform their own duties; hence the trustee must have a clear possibility to decide when a claim for compensation of damage should be filed. It is therefore advisable that the law provide a sample list of circumstances that would be understood as grave errors in management; the list should be non-exhaustive for purposes of flexibility of regulation. Such a list would also have a preventive effect on the members of directing bodies of legal persons, for whom it would serve as a list of prohibited acts.

The problem concerns giving substance to the grave error in management of a debtor who is a natural person as provided in NBA § 28 (2) and finding its legal meaning in the bankruptcy proceeding. A grave error in management made by a natural person may, for example, lie in the wrongful violation of accounting obligations, *etc*. The grave errors of a natural person are particularly related to the management of a company owned by such natural person. If a debtor who is a natural person has made grave errors in management, however, the trustee cannot file a claim for compensation of damage against the debtor like the trustee must do in the case of a member of the directing body of a legal person. The main difference is that the members of a directing body of a legal person are independent persons in respect of the debtor; they are subjects of independent liability, their assets are separate of those of the debtor, and the bankruptcy estate can be increased by filing a claim for compensation of damage against their assets. Where the debtor is a natural person, all the assets owned by that natural person which can be the subject of the claim are already a part of the bankruptcy estate by virtue of the bankruptcy order, and so are the assets acquired by the debtor after the declaration of bankruptcy (NBA § 108). Also, the natural person is liable with his or her own assets for any claims still unsatisfied after the bankruptcy proceedings. Therefore, it would be meaningless to file a claim for compensation of damage against a debtor who is a natural person on the grounds of grave errors in management, as the natural person is already liable to the creditors with all of the debtor's assets, and is also liable for his or her own insolvency regardless of the reason. Neither would the Bankruptcy Act allow for such claims, as only the claims that existed before the bankruptcy (NBA § 93 (1)) or which arose after the declaration of bankruptcy, but can be regarded as mass liability under NBA § 148 (1) can be filed against the debtor. In the case observed, the claim would not belong to either of these groups. Having reached the conclusion that a claim for compensation of damage arising from a grave error in management cannot be filed against a debtor who is a natural person, the question arises of the legal implication of defining a grave error in management made by a debtor who is a natural person in NBA § 28 (2) — is it necessary or not?

A grave error in management made by a debtor who is a natural person has a different legal implication than the errors made by members of directing bodies of legal persons. The new feature in Estonian bankruptcy law is the regulation of exempting a debtor who is a natural person from obligations (NBA Chapter 11)*[16], according to which a debtor can be exempted of debts within three years after the end of the bankruptcy proceedings if the debtor has met his or her obligations to the creditors during this time as provided in the Bankruptcy Act. The court decides on the institution of proceedings to exempt a debtor who is a natural person from debts. Subsection 171 (2) of the NBA provides for the circumstances under which the court will not institute such proceedings. Several of these circumstances may be understood as grave errors in management. For example, the court does not institute proceedings for exemption of the debtor from obligations under NBA § 171 (2) 2) when the debtor has, within the three years before the bankruptcy proceedings or after that, intentionally or due to gross negligence, submitted incorrect or incomplete data on his or her economic situation for obtaining support or other benefits from the state, local government or foundation, or to evade taxes.

The grave errors in management of a debtor who is a natural person may also have another meaning in the bankruptcy proceedings. For example, a debtor who is a legal person must not engage in enterprise, be a member of a directing body of a legal person, or a liquidator or procurator of a legal person as from the declaration of bankruptcy until the end of bankruptcy proceedings without the permission of the court (NBA § 91 (1)). Upon granting permission, the court may take considerable account of the debtor's former acts; if the debtor has made grave errors in management, the court will probably not trust the debtor and will not allow him or her to engage in enterprise or be a member of the directing body of a legal person.

Thus, the grave errors in management of a debtor who is a natural person do not serve as the basis for his or her civil liability for insolvency, but may have a legal implication under the Bankruptcy Act during and after the bankruptcy proceedings.

[15] *Ibid.*

[16] The main example was the German Insolvency Statute of 5 October 1994. – Bundesgesetzblatt 1994 I 2866, §§ 286–303.

4. Debtor's liability under bankruptcy law

Liability under bankruptcy law can be understood as the application of the legal remedies set out in the Bankruptcy Act that can be applied only in bankruptcy proceedings. Particularly, the legal remedies in which liability under bankruptcy law is expressed are detention and prohibition on business. Both remedies can be applied only after the declaration of bankruptcy and their substance arises from the Bankruptcy Act.*[17] The aim of detention as a legal remedy and a means of imposing liability is to ensure the performance of the debtor's obligations in bankruptcy proceedings; the bases and procedure for application of detention are set out in NBA § 89.*[18] Detention may be applied particularly when the debtor fails to perform the duty to give information, to participate in the bankruptcy proceedings, or to take an oath, as well as if the debtor violates the prohibition on leaving his or her residence or disposal of the bankruptcy estate. The detention period may last up to three months. Detention is mainly aimed at compulsory performance of obligations; the debtor must be released if he or she performs the debtor's obligations during detention, *e.g.* gives the required information and takes an oath. Where detention is applied for violation of prohibitions, the court may release the debtor from detention before the end of the three-month term, if there is reason to believe that the debtor will not continue the violations and his or her release does not impede further bankruptcy proceedings. Where the debtor is a legal person, the court decides which one of the persons specified in NBA § 19 (1) and (3) is to be detained; the person must have violated the obligations or prohibitions imposed on him or her before that.

Prohibition on business is the remedy pertaining to liability for insolvency under bankruptcy law. The prohibition on business as provided in NBA § 91 (1) applies automatically to a natural person after he or she has been declared bankrupt — the person may not engage in enterprise, be a member of a directing body, liquidator, or procurator of a legal person without the permission of the court. Automatic application of the prohibition on business presumes that the debtor must be liable for his or her bankruptcy. If the court finds that the debtor need not be liable for causing his or her own insolvency, as the insolvency was due to other reasons or there are other weighty arguments, the court may release the debtor from the prohibition on business in full or in part.

In the case of a debtor which is a legal person, the court may decide to which ones of the persons listed in NBA § 19 (1) and (3) to apply the prohibition on business. It would be imaginable that the prohibition on business should apply to the management board members of a legal person automatically upon declaration of bankruptcy as in the case of natural persons, and the court could decide on whom to release from such liability. The management board members or former management board members should be liable for the insolvency of a legal person in the first place.

Prohibition on business can be applied to a debtor by a decision of the court within three months after the end of bankruptcy proceedings, if the debtor has been convicted of a criminal offence relating to bankruptcy or execution procedure, a tax offence, or an offence relating to a company as provided by law (NBA § 91 (3)). A natural person can be the subject of all these offences. A legal person can be the subject of certain offences*[19], particularly tax offences, such as fraudulent miscalculation of tax (PC § 386) and failure to withhold tax (PC § 389). If a debtor which is a legal person has been convicted of any of these criminal offences, the court may apply prohibition on business after the end of the bankruptcy proceedings to the persons listed in NBA § 19 (1) and (3). If any of these persons has been convicted of any of the aforementioned offences, but the legal person has not, the prohibition on business cannot be applied to the person. This fact is a shortcoming of the wording of NBA § 91 (3); the provision should be amended to the effect that the prohibition on business could be applied to the persons listed in NBA § 19 (1) and (3) after the end of the bankruptcy proceedings if the debtor which is a legal person and the person specified in BNA § 19 (1) and (3) have been convicted of the offence referred to in this provision.

[17] The compliance of detention and prohibition on business as a means of imposing liability under bankruptcy law has been discussed in: P. Varul. On Effect of Constitution on Bankruptcy Law. – Juridica International, 2002, vol. 7, pp. 153–156.

[18] Bankruptcy laws of many other countries also provide for the application of detention. See *e.g.* the Swedish Bankruptcy Act (1987: 672), chapter 6, §§ 9–12.

[19] According to PC § 14 (2), prosecution of a legal person does not preclude prosecution of the natural person who committed the offence.

Margus Kingisepp

Doctor iuris,
Lecturer of Civil Law
Institute of Law, University of Tartu

Scope of Claim for Consequential Damage in Delict Law

1. Introduction

The entry into force of the Law of Obligations Act (LOA)[*1] on 1 July 2002 has generated the first discussions and positions regarding the implementation of the Act. Rules of compensation for damage must be based on clear conditions that are unambiguously intelligible for the parties, and ensure that civil relationships work in society fluently. Therefore, when regulatory law changes, a relevant legal theoretical basis needs to be created and developed for a better understanding of the changes and for assistance to the forming legal practice.

The purpose of this article is to analyse the question of the scope of claims for compensation of damage in delict law from the position of the persons whose damage consists of consequential damage only. The author therefore first tries to explain which damages may be treated as consequential damage and to point out the differences between consequential damage and direct damage. The analysis that follows mainly focuses on the circumstances and conditions under which the payment of or refusal to pay compensation is justified in the case of consequential damage.

The discussion is structured mainly according to the modern legal principles generally accepted in Europe, the regulation of the new Estonian Law of Obligations Act, as well as the traditions common to current judicial practice.

[1] Võlaõigusseadus. – Riigi Teataja (the State Gazette) I 2001, 81, 487; 2002, 53, 336 (in Estonian).

2. About the bases for distinguishing between direct and consequential damage

As a rule, compensation for damage is made possible to a person who incurs direct damage. Yet, it is questionable whether a person who only incurred consequential damage should have the right to claim compensation.[*2]

To explain which persons who have incurred damage are entitled to compensation, a line should be drawn at first between direct and consequential damage.

According to the traditional approach, direct damage is understood as direct damage to or loss of property, as well as the expenses incurred in this relation. According to Estonian law, property damage also includes reasonable expenses on filing a claim for compensation and identifying the amount of damage, as well as on preventing or diminishing damage. Damage that does not fall within the scope of direct damage can thus be viewed as consequential damage.

Consequential damage may become apparent in different ways.

(1) Consequential damage can imply a further negative impact caused by direct damage, particularly loss of income. For example, when a person who has suffered a car accident cannot undergo training and expect higher wages, the loss of income may be regarded as consequential damage.

(2) Consequential damage may also become apparent independently of direct damage, in forms such as pure economic loss or non-patrimonial damage.

As opposed to Scandinavian countries and Germany, the Estonian regulatory law does not define consequential damage, but the term was used in the draft Civil Code of 1940 and signified the damage caused by the concurrence of special circumstances (§ 1371).

According to the delict law approach, loss of income (*lucrum cessans*) is expressed in the income that a person would probably have received as a result of his or her preparations if the damaging circumstance had not occurred.[*3] In the legal theory of foreign countries, the term 'pure economic loss' has been used instead of loss of income. Legal theory speaks about pure economic loss where the damage does not pertain to persons or things, but to other matters related to economic activities.[*4] In this sense, economic loss can be understood as damage arising from commercial transactions as well as other economic activities.

The author believes that it is not correct to equalise loss of income with pure economic loss. Pure economic loss is rather a part of loss of income, but the latter also includes the potential gain outside economic activities (such as the potential gain resulting from training). Distinction between direct or actual damage (*damnum emergens*) and loss of income (*lucrum cessans*) is familiar to all European law families. It is similar to the distinction between existing and future damage.

The Austrian Supreme Court has found that loss of income is direct damage, if receiving the income was almost certain. According to the position of the court, loss of income may be regarded as direct damage if the entitlement to income actually existed.[*5] Estonian law does not allow for such interpretation, as according to the meaning of the Law of Obligations Act, direct damage includes reduction in value and expenses incurred in relation to damage, while loss of income associates with potential income.

3. Restrictions on compensation for consequential damage

3.1. General bases of restrictive approach

Compensation for consequential damage only is clearly limited in both the judicial practice and regulatory law of different countries. The Danish judicial practice has found that entitling a person who has suffered

[2] For example, when a surgeon working in a private hospital is injured in a car accident, he or she himself or herself may claim compensation for damage. The problem is allowing for compensation for damage to the employer, who loses additional income because of the incapacity for work of the surgeon (the damage is only consequential).

[3] Loss of income is defined in Estonian law in LOA § 128 (4).

[4] See for example J. Spier. How to Keep Liability Within Reasonable Limits? A brief outline of Dutch law. – J. Spier (ed.). The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut. Kluwer Law International, 1996, p. 6.

[5] U. Magnus. Unification of Tort Law: Damages. The Hague: European Centre of Tort and Insurance Law, 2001, p. 11.

only consequential loss to compensation is not justified.[*6] Article 1151 of the French *Code Civil* also provides *epressis verbis* that only damage that is "the immediate and direct consequence of the violation of an obligation" is subject to compensation. The predominant approach of German law in delimiting the circle of persons entitled to compensation is described in the writing by Karl Larenz.[*7] According to this, third parties who have no absolute rights or to whom the protection set out by a legal provision does not extend, are not entitled to compensation. However, events where damage is being attempted against a third party directly under BGB § 826 are an exception.

The author of the article supports the restricted approach when defining the circle of persons entitled to compensation, mainly because giving the right of claim to a person who has only suffered consequential damage would result in an unreasonable extension of the sphere of application of delict liability. For example, it is not reasonable to give the right to a claim for compensation to persons whose damage is only expressed by the fact that they must visit a more distant supermarket because their nearby shop burned down.

Allowing for the right of claim to those who have suffered consequential damage only would also materially damage the legitimate expectations of the tortfeasor. It is important for every person who may potentially cause damage to know and be familiar with the practically recognised criteria of liability. Knowing such criteria would also enable an adequate and rational assessment of the potential risks of damage. The principle of private autonomy gives the tortfeasor the opportunity to manage their own liability risks based on their knowledge, by making choices between the permitted (obliged) and prohibited alternatives of behaviour. The limit of protected legal merits must be clearly understandable for participants in law. Uncontrolled risk may lead to an unreasonable limitation of people's freedom to act, which would be contrary to the main goal of a market economy-based society.

The legal-economical aspect of the issue also justifies the limitation of the circle of persons entitled to compensation. When providing the right of claim not only to the person who incurs direct damage but to all other persons who have indirectly suffered from the event, the legal system would be overloaded by the number of claims, and this would significantly increase the cost of maintaining the legal apparatus. Payment of larger compensation for damage is often excessively ruining for the tortfeasor.

3.2. Teaching of legal protection of a provision as limiter of consequential damage

Teaching of the purpose of the protective provision helps to further delimit the circle of persons entitled to compensation for consequential damage. According to the theory of legal protection of a provision, the scope of compensation for damage is limited depending on whether the type and method of causing damage is covered by the aim of protecting the violated provision or not.

Normzweck's teaching is reflected in Estonian positive law directly in LOA § 127 (2): "Damage shall not be compensated for to the extent that prevention of damage was not the purpose of the obligation or provision due to the non-performance of which the compensation obligation arose". According to delict law regulation, the unlawfulness of causing damage is excluded if the purpose of the violated provision was not to protect the aggrieved person against that type of damage. Like Estonian law, the sphere of application of the legal provision is also limited in the Dutch Civil Code, according to which there is no obligation to compensate for damage if the purpose of the violated provision was not to protect against the type of damage that the aggrieved person incurred (6.163).

According to the position adopted by the Austrian judicial practice, the teaching on the protective provision allows for compensation for consequential damage only to the persons entitled to compensation for direct damage; damage to third parties is not covered by the protective purpose of the provision.[*8] The author believes that Estonian legal practice should be shaped on the basis of the same position, by allowing for compensation of consequential damage only to persons who have incurred direct damage and whose absolute rights have been violated.

[6] A. Vinding Kruse. Law of Torts. – H. Gammeltoft-Hansen, B. Gomard, A. Philip (eds.). Danish Law. A General Survey. Copenhagen: G.E.C. Gads Publishing House, 1982, p. 174.

[7] K. Larenz. Lechrbuch des Schuldrecht. Part 1. 14th ed. München: C.H.Beck, 1987, pp. 598–599.

[8] H. Koziol. The Limits of Expanding Liability. – J. Spier (ed.). The Auditor-Case. Kluwer Law International, 1998, pp. 71–72.

4. Problems of compensating for consequential economic loss

4.1. Restrictive nature of pure economic loss

The patrimonial damage of the aggrieved person may consist of only economic loss. Satisfaction of a claim for compensation of pure economic loss has often met opposition and hesitation in Continental European courts.[*9]

The cautious attitude to compensation for consequential economic loss is usually reasoned by the fear that because of the speculative nature of economic loss, compensation may place the aggrieved person in a better position than the aggrieved person would have been in if the damaging event had not occurred. Another powerful argument is the weak relation between pure economic loss and the damaging event, compared to direct damage, which is why the establishment of a lower protective standard toward this type of damage is justified.[*10] An important argument in the restrictive attitude to economic loss is currently also the need of "keeping the floodgates shut" so to avoid an unlimited liability of the tortfeasor.

In the author's opinion, broad-scale compensation for economic loss expressed as consequential damage only will result in the conflict of two major public interests. When weighing the aggrieved person's interest in full compensation on the one hand and people's general interest in freely determining and planning their behaviour on the other hand, the latter may prove to be a higher social value. For people to be able to reasonably use their freedom to act, they have to perceive the limits and legal consequences of their risks as clearly as possible. Uncontrolled extension of liability would not enable that if the venturer has no clear understanding of what kind of damage they might be liable for.

The judicial practice of European countries so far shows that the courts have accepted compensation for pure economic loss in a limited way in the case of property damage, not in other cases.[*11]

As opposed to delict law, the need to compensate for loss of income has been broadly accepted in contract law in respect of contracting parties. This is because contracting parties can exactly shape their behaviour in respect of the other party and avoid risks according to all the contractual conditions.[*12]

A restrictive attitude to pure economic loss is most apparent in the law of the Nordic countries. The Swedish law on compensation for damage provides for compensation for loss of income only in the case of a criminal offence.[*13]

According to § 5 of the Finnish law on compensation for damage, compensation usually covers only personal injury and property damage, not pure economic loss. Economic loss is subject to compensation only if the law prescribes a punishment for the act, the act was performed by using public authority, or there are other highly important reasons.[*14]

German law basically denies the possibility of compensation for pure economic loss, unless such loss is related to a violation of a personal right or property damage, except where the defendant violated the protective law or the court establishes that the rights of an incorporated and acting company have been violated.[*15]

The Dutch *Burgerlijk Wetboek* as well as the Estonian LOA do not pose direct limits to compensation for pure economic loss. In limiting compensation for damage in the Netherlands, the main question is whether the purpose of the legal provision violated by the tortfeasor was to protect the aggrieved person against economic loss or not.[*16] The same basic question has to be asked in Estonian law. Before deciding, we have to ascertain if there are any legal provisions that prescribe compensation for economic loss besides other damage in the event of an offence. In the author's opinion, the LOA like the Germanic law primarily pro-

[9] A classical example of pure economic loss is the hypothetical case where the power supply of a city district is cut off when a building company negligently breaks the cable. The cable belongs to the power distribution company. The damage caused to the distribution company by the broken cable would be subject to compensation as direct damage, but the entitlement of the district's inhabitants to compensation and the scope of compensation pose problems. According to the teaching on the legal protection of a provision, consumers of power are not protected if the purpose of the provision is merely to protect the supplier of power against loss.

[10] H. Stoll. Consequences of Liability: Remedies. IECL Vol. XI Torts. Tübingen: J.C.B.Mohr, 1972, p. 31.

[11] J. Spier, O. Haazen. Preliminary Observations. – J. Spier (Note 8), pp. 9–12.

[12] H. Koziol. The Auditor-Case. – J. Spier (Note 8), pp. 28–29.

[13] Chapter 2, article 4 of the Swedish law on compensation for damage. The law defines damage that does not simultaneously harm any person's life, health, or property, as pure economic loss.

[14] E. Aurejärvi, M. Hemmo. Velvoiteoikeuden oppikirja. Helsinki, 1998, p. 147.

[15] K. Zweigert, H. Kötz. An Introduction to Comparative Law. Vol. II. 3rd ed. Amsterdam, 1996, p. 298.

[16] J. Spier. How to Keep Liability Within Reasonable Limits? A brief outline of Dutch law. – J. Spier (Note 8), pp. 161–162.

ceeds from the need to protect absolute rights (property, life, and health). Hence, if the damage that an aggrieved person incurs is only pure economic loss, this cannot be regarded as the violation of an absolute legal right and the establishment of a strong protection standard is not justified.

The author finds that the question of compensation for pure economic loss should be solved, taking into account the meaning of § 483 (1) of the Portuguese Civil Code, according to which persons whose (absolute) rights have been directly violated may claim compensation.*[17] Such a clause in regulatory law would clearly exclude the possibility of compensation for consequential damage only. As LOA does not contain such a restriction, it is up to judicial practice to determine the limits of compensation for consequential damage.

4.2. Issue of pure economic loss in Estonian legal practice

Very little attention has been paid to the issues of compensation for consequential economic loss in the Estonian legal practice so far. Judicial practice shows that Estonian courts are rather modest in ordering the payment of compensation for economic loss. By way of generalisation, it may be said that in most of the cases where a court has decided not to order compensation for economic loss or a court of higher instance has annulled a respective decision, impossibility to establish the damage has been specified as the reason.*[18]

An example of an event that gives insight into the court's positions in the question of compensation for pure economic loss is a case where the plaintiff filed a claim for compensation against the Republic of Estonia for EEK 4,386,355 to cover the economic loss for not issuing a fishing permit. In this case, the Civil Chamber of the Supreme Court found: "Holding a fishing permit does not mean that the plaintiff would have caught and sold fish in the mentioned quantity. Therefore, the fact that the plaintiff could not exercise his right to fish commercially without a fishing permit is not sufficient to reason the causal relationship between the refusal to issue a fishing permit and the loss."*[19]

According to the Chamber's position, loss of income could not be equalised with potential income. One may agree with the court's position on the basis that nobody can guarantee a certain income in a market economy.

Another example of Estonian legal practice is the judgment of the court of first instance where the aggrieved person claimed compensation for loss of income besides direct economic loss. In a judgment made by the Rapla County Court on default, the court ordered the payment of compensation for loss of income. According to the plaintiff, theft of goods from his kiosk resulted in decreased sales, as he was not able to buy new goods because of the loss of current assets. The court calculated the amount of lost income using the plaintiff's last three months' sales before the offence and ordered compensation according to it.*[20]

The author believes that such a case should be settled according to the following principles.

(1) In a market economy, loss of sales is a part of every businessman's risk. Proving one's supremacy over other competitors in the course of economic activities is the driving force of a market economy. If we prohibit all activities that are harmful to competitors (such as alluring clients with better service), it would have an inhibiting effect on enterprise and the development of society as a whole. Cases where changes in economic turnover have resulted from activities that violate the rights of another person (theft, fraud, violence, *etc*.) are an exception, in which case the changes in sales can be taken into account in deciding on compensation.

(2) Economic turnover can be affected by a variety of circumstances and all the effects cannot probably be identified in reality. Therefore, identification of loss on the basis of previous periods' sales can be justified in exceptional cases. However, calculations of potential future income based on the overall economic situation and competitors should not be used to decide on compensation, as such calculations would be speculative.

To summarise the above, compensation for pure economic loss is justified in the author's opinion only if:

a) the loss accompanies violation of absolute legal rights (*i.e*. direct patrimonial damage), and
b) the relation between the loss and the violation is adequately proven.

[17] J. S. Monteiro. Comparative Law Report on Cases 3 and 4. – J. Spier (Note 8), p. 53.

[18] See *e.g.* decision of the Supreme Court Civil Chamber, 21 June 2001, 3-2-1-70-01. – Riigi Teataja (the State Gazette) III 2001, 23, 256 (in Estonian); decision of the Supreme Court Civil Chamber, 20 June 2001, 3-2-1-86-01. – Riigi Teataja (the State Gazette) III 2001, 22, 246 (in Estonian), *etc*.

[19] Decision of the Supreme Court Civil Chamber, 19 October 1999, 3-2-1-90-99. – Riigi Teataja (the State Gazette) 1999, 28, 270 (in Estonian).

[20] Judgment of the Tallinn Circuit Court, 9 November 2001, II-2/1710/01. The circuit court annulled the judgment of the Rapla County Court and referred it to a new hearing.

Also, it should be checked in the course of settlement whether compensation for such damage complies with the purpose of the protective legal provision and falls within its scope of application.

5. Issue of compensation for non-patrimonial consequential damage

The principle that patrimonial damage caused to an aggrieved person can sometimes be accompanied by further non-patrimonial damage to persons close to the aggrieved person is increasingly accepted in the European legal area on the level of regulatory law or judicial practice.

Subsection 134 (3) of the Estonian LOA sets out that in the case of an obligation to compensate for damage arising from the death of a person or a serious bodily injury or health damage caused to the person, the persons close to the deceased or the aggrieved person may also claim compensation for non-patrimonial damage if payment of such compensation is justified by exceptional circumstances.

Based on the analogy of a contract for provision of health care services, persons related to an aggrieved person may be understood as the relatives of the aggrieved person, *i.e*. the patient's spouse, parents, children, sisters and brothers, as well as other persons close to the patient, if this arises from the patient's living arrangements. The circle of persons close to the aggrieved person would also include the aggrieved person's unmarried partner, but not his or her employer or friends, who are not in such close relationship with the aggrieved person. The court has the discretion to identify the level of closeness and nature of a relationship in the case of each dispute.

What kind of exceptional circumstances could justify the payment of compensation to persons close to the aggrieved person? Finding an answer to this question is a complicated problem.

As the main characteristic of non-patrimonial damage is the lack of objective criteria that would enable a direct monetary assessment of the loss, it is difficult to identify the existence of such damage in reality at all.

The non-patrimonial damage incurred by persons close to the aggrieved person could be essentially regarded as consequential damage, if this:

a) is expressed as non-patrimonial damage only;
b) results from patrimonial damage to another person (direct patrimonial damage, loss of income).

From the position of the tortfeasor, the ground for the claim of a person who has suffered non-patrimonial damage only is weak, if the tortfeasor at the time of the offence did not and could not know that the personal injury caused by him or her to the particular person may have a negative impact on other persons. To avoid an excessive broadening of the limits of liability, there must be weighty arguments for compensation for such non-patrimonial damage. No such arguments have been found in the Estonian judicial practice so far, and the courts have dismissed the claim for compensation of a person close to an aggrieved person. For example, in 1998, the Civil Chamber of the Supreme Court dismissed a plaintiff's claim of EEK 360,000 for moral damage. According to the plaintiff's reasoning, his moral damage resulted from his spouse's death, which caused the need to use expensive paid medical aid.[*21] In this judgment, the Supreme Court clearly assumed the position that a surviving spouse cannot be regarded as an aggrieved person.

However, the author finds it justified to compensate persons close to an aggrieved person for non-patrimonial damage if the tortfeasor did or had to foresee the possibility that the offence could result in significant physical and emotional pain and suffering, such as serious physical suffering or a permanent trauma. The Amsterdam Circuit Court has accepted the claim of parents for compensation of non-patrimonial damage in relation to brain damage caused to an infant.[*22]

Compensation for non-patrimonial damage should always be justified if the actual aim of the offence is to cause damage to a person close to the aggrieved person. Such an example can be found from the Finnish legal practice, where compensation was ordered for the pain and suffering of the mother of a child who was killed in order to cause suffering to the mother.[*23]

[21] Decision of the Supreme Court Civil Chamber, 8 December 1998, 3-2-3-16-98. – Riigi Teataja (the State Gazette) III 1999, 2, 26 (in Estonian).

[22] E. H. Hondius. Medical Liability in Dutch Law. – E. Hondius (ed.). Modern Trends in Tort Law: Dutch and Japanese Law Compared. Kluwer Law International, 1999, p. 12.

[23] Judgment of the Finnish Supreme Court, KKO 1983 II 8.

6. Third party incurring consequential damage

According to a generally accepted principle of delict law today, only the person who incurred damage, *i.e.* the aggrieved person is entitled to compensation. Estonian regulatory law contains this principle in LOA § 127 (1), according to which the aggrieved person should be placed in a situation as near as possible to that in which the person would have been if the circumstances which are the basis for the compensation obligation had not occurred. It follows from the meaning of the provision that the circle of entitled persons can be limited to persons who incur such damage due to the offensive act which the legal order considers possible to compensate for.

Although the legal doctrine recognised in Continental Europe does not, as a rule, entitle a third party to compensation for damage, regulatory law provides for exceptions of compensation, where due to the special circumstances of damage, the law equalises a third party to the aggrieved person in their entitlement to compensation. Causing death is the primary exceptional circumstance that entitles a third party to compensation for damage.

6.1. Funeral expenses as consequential damage

Incurrence of funeral expenses by a third party upon causing the death of the aggrieved person may, in the author's opinion, be regarded as a special case of consequential damage.

If we regard causing death as direct patrimonial damage similarly to bodily injury or health damage, this results in further expenses for a third party because of the need to incur funeral costs. The author does admit that this does not constitute consequential damage in the traditional sense, as funeral costs can also be regarded as direct patrimonial damage.

A claim for compensation is justified if a third party has incurred expenses in relation to the event of damage. It is not wise to let the tortfeasor get away without paying compensation in such a situation. The law of Estonia and other Continental European states allows for compensation of funeral expenses to a person who has incurred them. The Danish judicial practice has assumed the position that as an exception, the circle of persons provided by law are entitled to compensation for consequential damage in the event of causing death.[*24] According to LOA § 129 (1), upon causing death, a third party may claim compensation for the reasonable funeral expenses of the deceased person. However, only the person obligated to bear the funeral expenses of the decreased person or who actually incurred the costs may file such a claim. In the author's opinion, the reasonable limits of funeral expenses should be determined taking into account the funeral traditions and customs arising from the deceased person's nationality and place of residence. In the legal practice of the Russian Federation, expenses on a memorial dinner and rituals have been considered as reasonable expenses.[*25] Besides, the social status of the deceased person has to be taken into account as well. Compensation for funeral expenses is distinguished from the traditional compensation for damage by the fact that nobody causes damage to the third party and the expenses are incurred voluntarily or on the bases provided by law.

6.2. Loss of maintenance as consequential damage

Entitling a third party to compensation sometimes serves the goal of ensuring social justice. Many states have considered it necessary to ensure social justice by providing in regulatory law a certain circle of persons, as an exception, who are entitled to maintenance in the event of the aggrieved person's death. Loss of the possibility of maintenance can be classified as damage under loss of income and this can be regarded as consequential damage. Although we assumed the position earlier that as a general rule, compensation for consequential damage only is unjustified, compensation for damage in the form of loss of maintenance as an exception is justified by the existence of mandatory regulation.

According to LOA § 129, the tortfeasor who caused death must pay reasonable compensation to the third parties whom the deceased person was obliged to maintain. When identifying the maintenance obligation, two groups of persons entitled to maintenance can be distinguished:

a) persons whose entitlement to maintenance arises from family law (parents, children, grandparents);

b) persons whose entitlement to maintenance is not provided by family law and arises from delict law regulation.

[24] A. Vinding Kruse (Note 6), p. 174.

[25] O. Sadikov. Kommentarii k Grazhdanskomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii. Part II. Moscow: Infra-M-Norma, 1996, p. 701.

The Estonian law provides for filing claims for compensation on the grounds of delict provisions:

– to a person with whom the deceased person factually cohabited, or
– to a person who was maintained on the basis of a moral obligation.

The preconditions for entitlement to compensation in the case of the latter group of persons are as follows:

(1) the person needs maintenance;
(2) the person cannot receive maintenance in any other manner, and
(3) the person whose death was caused would presumably have continued to maintain the person in the future.

Sweden uses a regulation similar to Estonia: according to its law on delict liability, the circle of persons entitled to maintenance covers the persons entitled to maintenance by law, as well as other persons whom the deceased person actually maintained when alive (such as factually cohabiting persons).[*26] A child who has been conceived but is yet unborn may also be entitled to compensation.

In Estonia, a person who has been maintained is entitled to maintenance in the amount corresponding to the maintenance that the deceased person would have given to the person during his or her presumed lifespan. Thus, maintenance has to be decided, among other things, on the basis of the economic potential of the person claiming maintenance and his or her potential lifespan. The problem is how to consider a surviving spouse's chances of marrying again in the future. According to the Swiss legal practice, the possibilities of the dependant person to find alternative supporters have to be taken into account.[*27] In Israel, assessing the chances of a surviving spouse to marry again is considered offensive.[*28] Neither does the author consider it morally justified to weigh the chances of a surviving spouse in arranging their life in the future, as this would be clearly a speculative practice. Rather, the legal practice forming in Estonia should be guided by the facts known at the time when compensation is decided. If it is established later that the person has alternative supporters, the entitled person maintains the right to demand that compensation be changed according to the support he or she receives.

In the author's opinion, compensation for damage arising from loss of maintenance upon causing death is also justified by the requirement for ensuring prevention as one of the main aims of delict law. General prevention is effective when society as a whole considers causing unlawful damage immoral and unjustified. Thus, society should not give the tortfeasor a chance to escape civil liability in a situation where the aggrieved person can no longer protect their interests.

7. Conclusions

As a rule, the right of a claim is provided for a person who incurs direct damage due to a damaging circumstance. However, it is questionable whether those persons who only indirectly incur the negative impact should be entitled to compensation. The author believes that it is justified to limit the circle of entitled persons to only those persons whose absolute rights have been directly and immediately violated and who fall within the sphere of application of the protective provision. Compensation for consequential damage is justified only if the person also incurred direct loss as a result of the violation, and as an exception in the case of death, a person who incurred funeral costs and a person who was maintained by the deceased should be entitled to compensation.

Similarly (in the author's opinion) to Germanic law, the Estonian LOA is guided by the need to protect absolute rights (property, life, and health). Hence, if the damage incurred by the aggrieved person is pure economic loss, it cannot be viewed as violation of an absolute legal right, and the establishment of a strong protective standard is not justified.

Limitation of compensation for consequential damage is also justified in the author's opinion by the need to keep liability within reasonable limits and by the legal-economical aspect of application of liability.

Compensation for non-patrimonial consequential damage to a person close to the aggrieved person is justified if the tortfeasor did or had to foresee the possibility that the offence could result in significant physical and emotional pain and suffering, such as serious physical suffering or a permanent trauma. Also, compensation for non-patrimonial consequential damage may be considered justified if the damage was actually aimed at a person close to the aggrieved person.

[26] B. Bengtsson. An Introduction to the Swedish Law. 2nd ed. Norstedts, 1987, p. 309.

[27] P. Honegger. Switzerland in European Product Liability. – P. Kelly, R. Attree (eds.). Product Liability. Butterworths, 1992, p. 415.

[28] A. Porat. Introduction to the Law of Israel. – A. Shapira, K. C. DeWitt-Arar (eds.). Tort Law. Kluwer Law International, 1995, p. 152.

Raul Narits

Professor für Rechtsvergleichung,
Leiter des Instituts für Öffentliches Recht,
Universität Tartu

Deutsch-Estnische Rechtsfragen

N. von. Redecker (Hrsg.). Band 13. Studien des Instituts für Ostrecht München. Frankfurt am Main: Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2003. – 108 S.

Die vorliegende Sammlung ist zu einem bedeutungsvollen Zeitpunkt erschienen. Estland wartet auf die Aufnahme in die Europäische Union. In diesem Zusammenhang ist es in jeder Hinsicht interessant, sich mit Fragen der Rechts- und Wirtschaftsbeziehungen von Estland und Deutschland zu befassen. In die Sammlung sind wissenschaftliche Arbeiten von Kollegen sowohl aus Estland wie auch aus Deutschland aufgenommen worden, angefangen von der Juristengemeinschaft (Prof. I. von Münch) bis zum estnischen Gengesetz, das durchaus als Vorbild für die deutsche Rechtsordnung dienen könnte (N. von Redecker).

Den größten Beitrag zur Herausgabe dieser Sammlung hat N. von Redecker geleistet, der Gründungsmitglied der Deutsch-Estnischen Juristenvereinigung und deren stellvertretender Vorsitzender ist. Die erste Jahreskonferenz der Vereinigung hat im Juni 2002 im Schwarzhäupterhaus in Tallinn stattgefunden. Die Veranstaltung ist durch die Deutsche Botschaft in Estland und den DAAD unterstützt worden. Die Veröffentlichungen der Sammlung sind aus den Vorträgen, die im Rahmen der Konferenz gehalten wurden, entstanden. Auch der Autor dieser Buchbesprechung konnte an der Veranstaltung teilnehmen.

In seinem Beitrag „Die Gemeinschaft der Juristen“ fragt Prof. I. von Münch, ob zwischen Juristen besondere Beziehungen bestehen, und falls ja, was dieses Besondere bei den Juristengemeinschaften ausmacht. Inhaltlich hält sich der Autor dennoch hauptsächlich bei den Gemeinschaften der Juristen selbst auf. Trotzdem wirft er am Ende schließlich die Frage nach allgemeinen Juristengemeinschaften auf, die unabhängig von korporativen Rechtsformen und unabhängig vom Juristenberuf sind. Und er antwortet auf die Frage, dass eine Juristengemeinschaft letztendlich umso intensiver ist, je weniger sich die Vertreter verschiedener juristischer Berufe selbst in den Elfenbeinturm ihres Berufes einschließen. In jedem Fall aber sind internationale Juristengemeinschaften von Vorteil und menschlich bereichernd.

Prof. E. Kergandberg erwähnt in seinem Beitrag „Estlands künftiges Strafverfahrensgesetzbuch als rechtspolitische Entscheidung“, dass sich alle größeren Parteien in Estland dahingehend verständigt haben, dass Estland eine neue Strafprozessordnung benötige. Dies ist bis zum heutigen Tag ein politischer Wille, der aber auch schon Wirklichkeit geworden ist, denn am 12. Februar 2003 hat das estnische Parlament (*Riigikogu*) ein entsprechendes Gesetz verabschiedet. Das Gesetz wird am 1. Juli 2004 in Kraft treten und im Vorfeld ist

noch die Verabschiedung der Vorschriften über dessen Einführung erforderlich. In seinem Beitrag macht der Autor den Leser darauf aufmerksam, dass sich in der gesetzgeberischen Wirklichkeit die Arbeit nicht immer in systematischer Weise vollzog. Davon weiß der Autor nicht nur vom Hörensagen zu berichten, sondern er war auch selbst Mitglied der Gesetzgebungskommission. Gleichsam bedeutet dies auch nicht, dass an den in der Fachliteratur vertretenen Auffassungen, heutigen Entwicklungstendenzen des Strafprozesses oder aber der Gesetzgebungspraxis anderer Länder vorbeigeschaut worden wäre. Dennoch wurde bisweilen eher intuitiv zu den Lösungen vorgedrungen. Interessant ist es, zu den Modellen zum Strafprozess („inquisitorisch", „adversary"), zu Legalitäts- und/oder Opportunitätsprinzip, zur Gesetzesstruktur, zum Beweisverfahren, zu den Verfahrensbeteiligten, zum Einfluss des Corpus Juris usw. zu lesen.

Dr. S. Oksaar gibt in seinem Beitrag „Rechtsverkehr zwischen Deutschland und Estland" einen zusammenfassenden Überblick über die wesentlichsten Rechtsgebiete, Problemstellungen und Verträge, die die juristischen Beziehungen zwischen Estland und Deutschland charakterisieren; dies aus der Sicht eines Praktikers. Zusätzlich macht der Autor den Leser auf die akademische Zusammenarbeit zwischen Estland und Deutschland aufmerksam. Ich halte diese Hinweise für besonders wesentlich, denn Estland hat sich seit Wiederherstellung der Unabhängigkeit bei der Gestaltung seiner Rechtsordnung ganz klar am Vorbild von Deutschland orientiert. In dem Beitrag finden wir 16 Bezeichnungen von bilateralen Verträgen, die die beiderseitigen Beziehungen zwischen Estland und Deutschland ausgestalten. Selbstverständlich wird auch auf andere multilaterale völkerrechtliche Verträge hingewiesen, die in den Beziehungen der beiden Staaten ebenso von Bedeutung sind. Die Zukunft der Rechtsbeziehungen von Estland und Deutschland sieht der Autor im Kontext der europäischen Integration. Bekanntermaßen wird am 14. September 2003 das Referendum über den Beitritt Estlands zur Europäischen Union stattfinden. Unabhängig von der Frage, ob Estland im Jahr 2004 Mitglied der EU werden wird oder nicht, kann nach Meinung des Autors der folgende Hinweis nicht unterbleiben: Die aufgrund der Richtlinienbestimmungen der EU harmonisierten Rechtsvorschriften werden in der Zukunft die estnisch-deutschen Beziehungen deutlich spürbarer beeinflussen als rein bilaterale Verträge zwischen Estland und Deutschland.

Dr. B. Jacobs betrachtet in seinem Beitrag „Das estnische Bankensystem", was sich im estnischen Bankwesen im letzten Jahrzehnt ereignet hat. Der Autor erinnert daran, dass am 11. Juni 2002 der zehnte Jahrestag der estnischen Krone in feierlicher Weise mit einer internationalen Konferenz begangen worden ist, zu der die estnische Staatsbank eingeladen hat. Der Autor beschreibt die Aufgaben der estnischen Staats- als Zentralbank und räumt der Einführung des Currency Board Systems (CBS) einen besonderen Stellenwert ein. So beschreibt der Autor, dass gerade die Einführung des CBS ein wesentlicher Schritt während des Reformprozesses war. Die estnische Krone ist schnell zu einem Symbol der Unabhängigkeit und Vertrauenswürdigkeit der Republik Estland geworden. Sie hat es ermöglicht, verantwortungsvolle, umstrittene sowie bisweilen auch schmerzhafte Entscheidungen wie zum Beispiel den ausgeglichenen Staatshaushalt, die radikale Privatisierung usw. zu treffen. Auch heute sind die estnische Staatsbank und der IMF der Meinung, dass das CBS Estland dazu verhilft, in den sog. europäischen Raum einzutreten. Obwohl das, was sich in der estnischen Bankenlandschaft ereignet hat, nicht immer als positiv charakterisiert werden kann, ist der Autor zusammenfassend der folgenden Meinung: Bei den heutigen estnischen Geschäftsbanken handelt es sich um moderne Geldinstitute, die durch einen internationalen Standard charakterisiert und die in der Lage sind, ihren Kunden alle Finanzdienstleistungen anzubieten.

Der Titel des Beitrags von N. von Redecker lautet „Estlands Genbankengesetz – Vorbild für Deutschland?" Der Autor stellt die Behauptung auf, dass die Frage, ob das estnische Gengesetz als Vorbild für den deutschen Gesetzgeber dienen kann, hohe aktuelle Bedeutung besitzt. Natürlich hat sich noch nicht herausgestellt, wie weit der deutsche Gesetzgeber dasjenige berücksichtigen wird, was der estnische Gesetzgeber geschaffen hat. Die Errichtung von entsprechenden Gendatenbanken weist eine Reihe von Vorzügen auf: dies beginnend mit der effektiveren Möglichkeit, weit verbreitete Krankheiten wie zum Beispiel Krebs und Asthma zu bekämpfen bis zur Verwendung der Datenbank zur Bekämpfung der Kriminalität. Tatsächlich wird diese Möglichkeit in dem Beitrag nicht ausführlicher behandelt, weil dies teilweise mit anderen Verwendungszwecken unvereinbar sein würde. Sicherlich ermöglicht nach Auffassung des Autors das in Estland Geschaffene, die sich aus dem Grundgesetz ergebenden Aufgaben zu skizzieren. Dies gilt auch hinsichtlich der Grenzen für die Einführung von staatlichen Gendatenbanken in Deutschland mit dem Ziel, Forschungen in der Medizin zum Zwecke des Gesundheitsschutzes und für entsprechende Statistiken zu erleichtern. Gendatenbanken ermöglichen es, natürliche individuelle Konsultationen zu den Risiken von Erkrankungen usw. zu erhalten. Nach dem estnischen Vorbild wäre die Teilnahme an einer Datenbank freiwillig und würde sechs Arten von Daten, die einen Genspender charakterisieren, beinhalten: persönliche Angaben, genetische Angaben, eine Gesundheitsdiagnose des Spenders, vom Spender entnommene entsprechende Proben, die das Genom des Spenders enthalten, eine Analyse der DNA, die aufgrund der Proben erstellt wurde, und Kodierungsdaten. Schließlich gelangt der Autor zu der Schlussfolgerung, das die Suche nach den besten rechtlichen Lösungen nicht nur allein von West nach Ost verlaufen kann, vielmehr verweist das aufgeführte Beispiel auf einen möglichen Verlauf von Ost nach West. In der Sammlung ist der Text des estnischen Gengesetzes (vom 13.12.2000) abgedruckt.

Zusätzlich enthält die Sammlung die Satzung der Deutsch-Estnischen Juristenvereinigung e.V.

Der Unterzeichnete ist besonders erfreut, dass Herr N. von Redecker Mitarbeiter des international anerkannten Instituts für Ostrecht in München ist und sein Interesse den Rechtsentwicklungen in Estland gilt. Ihm ist es auch zu verdanken, dass solche Sammlungen wie die vorliegende erscheinen können. Wir können sicher sein: Diese Ausgabe, die deutsch-estnischen Rechtsfragen gewidmet ist, wird nicht die letzte ihrer Art sein.