

№ 14

2020 მაისი/May

www.lawandworld.ge

სამართალი და მსოფლიო

ევროპის უნივერსიტეტის სამართლის
საეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტის
საერთაშორისო საეცნიერო
რეფერირებადი ჟურნალი

LAW AND THE WORLD

INTERNATIONAL REFEREED
SCIENTIFIC JOURNAL OF THE LAW
SCIENTIFIC-RESEARCH
INSTITUTE OF THE EUROPEAN
UNIVERSITY

სამართალი და მსოფლიო –
თქვენი გზამკვლევი სამართლის სამყაროში

LAW AND THE WORLD –
Your Guide in Legal World

თბილისი
Tbilisi



ჟურნალის საერთაშორისო აღიარება
International Recognition of Journal



გამოქვეყნებული სტატიის სიზუსტეზე პასუხისმგებელია ავტორი. მისი პოზიცია შეიძლება არ ემთხვეოდეს ჟურნალის სარედაქციო კოლეგიის შეხედულებებს.

The authors of the articles published in this journal are each solely responsible for the accuracy of their respective articles. Their respective views do not necessarily coincide with the views of the Editorial Board.

აკრძალულია გამოქვეყნებული მასალის გამრავლება ან გავრცელება კომერციული მიზნებისათვის.

Reproduction on distribution of the materials published in this journal for commercial purposes is prohibited.

მთავარი რედაქტორი:	იოსებ კელენჯერიძე
რედაქტორი:	ზურაბ ჭყონია
ტექნიკური რედაქტორი:	ნათია გაბედავა
ქართული ტექსტის კორექტორი:	ნათო გიგაური
ინგლისური ტექსტის კორექტორი:	მარიამ ბობოხიძე
დაკაბადონება:	თამარ ძავზარაძე

Chief Editor:	IOSEB KELENJERIDZE
Editor:	ZURAB CHKONIA
Technical Editor:	NATIA GABEDAVA
Proof-reader of Georgian text:	NATO GIGAURI
Proof-reader of English text:	MARIAM BOBOKHIDZE
Imposer:	TAMAR QAVZHARADZE

გამომცემლობა „დანი“
Publishing „Dani“
ISSN 2346-7916

ამ ჟურნალის ელექტრონული ვერსია შეგიძლიათ იხილოთ ჟურნალის ვებგვერდზე:
The online version of the journal is available on the website:



www.lawandworld.ge
E-mail: info@lawandworld.ge

სარედაქციო ხოლგია

იოსებ კელენჯერიძე

მთავარი რედაქტორი, საერთაშორისო სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

ზურაბ ჭყონია

რედაქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, სამართლის მეცნიერთა კავშირის თავმჯდომარე

მერაბ ტურავა

სამართლის დოქტორი, გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის პროფესორი, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლე

ლევან ჯაყელი

საერთაშორისო სამართლის დოქტორი, ბათუმის შოთა რუსთაველის სახელობის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი

შალვა ჟურდანიძე

სამართლის დოქტორი, გურამ თავართქილაძის სახელობის თბილისის სასწავლო უნივერსიტეტის პროფესორი, სამართლის მეცნიერთა კავშირის გამგეობის წევრი, ადვოკატი

ანნა ჭილიტაშვილი

სამართლის დოქტორი,

ევროპის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი

ირმა მერებაშვილი

სამართალმცოდნეობის დოქტორი, ტექნიკური უნივერსიტეტის პროფესორი

გიორგი ლლონი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

მერაბ გაბინაშვილი

თბილისის სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლე, თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის თავმჯდომარე

გია მეფარიშვილი

სამართლის დოქტორი, კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის პროფესორი

ლევან მესხორაძე

ევროკავშირის პროექტის ხელმძღვანელი, ევროკავშირის, ევროპის საბჭოს, ამერიკის იურისტთა ასოციაციის ეროვნული/საერთაშორისო ექსპერტი

ბაკურ ლილუაშვილი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

ეკატერინე ლაფარი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

თათული დოლიძე

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

რთინ მიგრაული

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო

უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის წევრი, ადვოკატი

გიორგი გორაძე

სამართლის დოქტორი, სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის პროფესორი

გიორგი ხატიძე

ევროპის უნივერსიტეტის მოწვეული ლექტორი, საქართველოს პარლამენტის წევრი

უცხოელი წევრები

ჰანს იურგენ ზახორკა

ევროპული ინსტიტუტის ლიბერტას დირექტორი (გერმანია), ყოფილი ევროპარლამენტარი, ევროკავშირის საგარეო საქმეთა შერნალის მთავარი რედაქტორი, ადვოკატი

ჰაბრიტ ტერი

კენტის უნივერსიტეტის სამართლის დოქტორი (ინგლისი), კელის საჯარო ადმინისტრაციის უნივერსიტეტის პროფესორი (გერმანია)

ჟინებ ვანესა ბროუ ოდი

საერთაშორისო და ჰუმანიტარული სამართლის მაგისტრი, დიპლომატიური ასისტენტი კოტ-დ'ივუარის საგარეო საქმეთა სამინისტროში

მარტინ მარტინეზი

ლოს ანჯელესის სამართლის სახალხო კოლეჯის პროფესორი, კალიფორნიისა და ნიუ-იორკის ადვოკატურის წევრი

დემიდ კოლბე

ვალპარაისოს უნივერსიტეტის სამართლის დოქტორი, ინდიანას შტატის ადვოკატთა ასოციაციის წევრი

შილიამ ბილ ვოტკინსი

სამხრეთ კაროლინას (აშშ) მოქმედი პროკურორი, ოკლანდის (აშშ, კალიფორნია) დამოუკიდებელი ინსტიტუტის მკვლევარი

მარკ სპეისერი

ფლორიდის შტატის საოქლესა-სამართლოს მოსამართლე (აშშ)

Editorial Board

IOSEB KELENJERIDZE

Editor-in-Chief, Doctor of International Law, Affiliated professor of European University

ZURAB CHKONIA

Editor, Associate Professor of European University, Chairman of the NNLE Legal Scientists Union

MERAB TURAVA

Doctor of Law, Professor of Grigol Robakidze University, Judge of the Constitutional Court of Georgia

LEVAN JAKELI

Doctor of International Law, Associate Professor of Batumi Shota Rustaveli State University

SHALVA KURDADZE

Doctor of Law, Professor of Guram Tavartkiladze Tbilisi Teaching University, member of Union of Law scientists, Advocate

ANNA CHIGITASHVILI

Doctor of Law, Associate Professor of European University

IRMA MEREBASHVILI

Doctor of Law, Professor

of Technical University

GIORGI GLONTI

Doctor of Law, Professor of European University

MERAB GABINASHVILI

Judge of Tbilisi Appeal Court, the Chairman of the Chamber for Civil Cases of Tbilisi Court of Appeals

GIA MEPARISHVILI

Doctor of Law, Professor of Caucasus International University

LEVAN MESKHORADZE

Head of the European Union projects, international/national consultant of the Council of Europe/American Bar Association Rule of Law Initiative (ABA ROLI)/Promoting Rule of Law in Georgia (PROLoG)/Georgia Bar Association (GBA)

BAKUR LILUASHVILI

Doctor of Law, Affiliated professor of European University

EKATERINE LAPHACHI

Doctor of Law, Affiliated professor at the European University

TATULI DOLIDZE

Doctor of Law, Affiliated professor of European University

ROIN MIGRAULI

Associate Professor of Iv. Javakhishvili Tbilisi State University, Member of LEPL Georgian Bar Association, Advocate

FOREIGNER MEMBERS

HANS-JÜRGEN ZAHORKA

The director of European Institute "Liberta" (Germany), Former member of European Parliament, Chief Editor of European Union Foreign Affairs Journal (EUFAJ), Advocate

PATRICK C. R. TERRY

Doctor of Law at Kent University (England), Professor of University of Kelly Public Administration (Germany)

GINETTE VANESSA BROU ODY

Master in International and Humanitarian Law, Diplomatic Assistant at the Ivorian Ministry of Foreign Affairs

GIORGI GORADZE

Doctor of Law, professor Sulkhani-Saba Orbeliani University

GIORGI KHATIDZE

Invited Lecturer at European University, Member of Georgian Parliament

MARTIN J. MARTINEZ, J.D.

Professor of Law in People's College of Law, Los Angeles, Member of the California and New York Bars

DAVID C. KOLBE

Doctor of Law at Valparaiso University, Lawyer of Indiana State Bar Association

WILLIAM J. WATKINS

Acting prosecutor of South Carolina (USA), (representative at the Appeal Court), Researcher of the independent Institute of Oakland (USA, California)

MARK A. SPEISER

Judge of circuit court of Florida (USA)

- 7** STRUCTURE, CONTENT ANALYSIS AND DIMENSIONALITY
OF A VICTIMOGENIC SITUATION
Mindia Ugrekhelidze
- 14** THE AMERICAN CRIMINAL JURY TRIAL –
JUSTICE AND DEMOCRACY IN ACTION
David C. Kolbe
- 21** REVIEW OF THE SAUDI ANTI-SEXUAL HARASSMENT LAW:
EVOLUTION AND CHALLENGES
Dr. Mohammed F. Aljeday Alsubaie
- 41** THE DATA PROTECTION OFFICER (DPO) – ENSURING GREATER
DATA PROTECTION COMPLIANCE
Kakhaber Goshadze
- 48** DIE VERFASSUNGSGEPRÄGTE RECHTSORDNUNG DES
KONSTITUTIONALISMUS – ZUM VERHÄLTNIS VON VERFASSUNGS –
UND GESETZESRECHT IM VERFASSUNGSSTAAT
Christoph Degenhart
- 61** VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE 21ST CENTURY TELESCOPE
Irina Batiashvili
ქალთა მიმართ ძალადობა 21-ე საუკუნის ტელესკოპში
ირინა ბათიაშვილი
- 78** IDEA OF PRIVATE PRISONS – THROUGH THE PRISM
OF GOALS OF PUNISHMENT
Papuna Guruli
- 83** ქმედების მცირე მნიშვნელობის კვალიფიკაციის
თავისებურებები თანამედროვე სისხლის სამართალში
თათია დოლიძე
MAIN SPECIFICATIONS OF ASSESSING ACTIVITIES OF MINOR
IMPORTANCE IN MODERN CRIMINAL LAW
Tatia Dolidze, PhD

- 96 ევროპის კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოსა და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს ურთიერთმედების ასპექტები N2/13 დასკვნის შემდეგ
ირაკლი პაპავა
ASPECTS OF THE INTERACTION BETWEEN THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AFTER OPINION NO. 2/13
Irakli Papava
- 117 შინაგანი რწმენა და მისი ფორმირების ძირითადი ფაქტორები
ირაკლი ნადარეიშვილი, ჯემალ ლომსაძე
INNER CONVICTION AND KEY FACTORS IN ITS FORMATION
Irakli Nadareishvili, Jemal Lomsadze
- 130 მდიაცხია ქართულ ისტორიულ წყაროებში, მისი უპირატესობები, შესაძლო ნაკლოვანებები და სამართლებრივი რეგულირება, როგორც მათი აღმოფხვრის საშუალება
ანა გურიელი
MEDIATION IN GEORGIAN HISTORICAL SOURCES, ADVANTAGES, POSSIBLE DISADVANTAGES AND EXISTENCE OF LEGAL REGULATION AS A WAY OF THEIR ELIMINATION
Ana Gurieli
- 141 აღკვეთის ღონისძიებების გამოყენების უახლესი სტანდარტების ანალიზი ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს კრეცედენტული სამართლის მიხედვით (საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალთან შესაბამისობის ანალიზი)
თამარ ავალიანი
THE ANALYSIS OF THE RECENT STANDARDS OF APPLYING COMPULSORY MEASURES ACCORDING TO THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
(The Analysis of the Criminal Procedure Code of Georgia and its Compliance with the Case Law of the European Court of Human Rights)
Tamar Avaliani

- 163** მუდღეოთა სართო საკუთრების კანონისმიერი რეჟიმი
(საქართველოს სამოქალაქო კანონმდებლობის ანალიზი)
ნიკოლოზ ფხალაძე
COMMON OWNERSHIP OF SPOUSES
(Analysis of the Georgian Civil Law)
Nikoloz Pkhaladze
- 178** საქმე Neilson: როგორ მივიდა სასამართლო უკუმიტიმებიდან
იდენტიფიკაციის პრეზუმფციამდე
თამარ მსხვილიძე
CASE NOTE NEILSON: HOW THE COURT CAME
FROM THE RENVOI TO THE PRESUMPTION OF IDENTITY
Tamar Mskhvilidze
- 186** მესამე პირების წინაშე დირექტორის პასუხისმგებლობის
რეგულირება ქართულ საკანონმდებლო სივრცეში
ეთო რუხაძე
REGULATION OF DIRECTORS LIABILITY TO THE THIRD PARTIES
IN GEORGIAN LEGISLATIVE FRAMEWORK
Eto Rukhadze

STRUCTURE, CONTENT ANALYSIS AND DIMENSIONOLOGY* OF A VICTIMOGENIC SITUATION

Mindia Ugrekhelidze

*PhD in Law,
Professor at Caucasus International University (CIU)*

KEYWORDS: Victimogenesis, Victim resistance, Dimensionology

1. METHODOLOGICAL PRELIMINARY

A necessary condition for effective victimologic prevention of crime is to identify the factors of individual victimisation and establish a mechanism for their interaction in a victimogenic situation. This task must be resolved on a fundamental methodological basis, according to which an individual criminal behaviour arises from the interaction of personality (individual) and specific life situation. But it is necessary to differentiate and further specify this provision in each specific case, comprising a victimogenic situation. This particular variety of criminogenic situation always implies that a specific victim of the crime is one of the main characters of the criminal drama, along with a perpetrator, not just as the target of the offense, but as an actor who, by his/her behaviour and special personality, objectively contributes to the commission of the crime against him/her.

Consequently, in a victimogenic situation, an offender's behaviour interacts with an inadequate personal selfmanifestation of the victim which leads to a crime. It is not hard to see that one of the main features of the victimogenic situation is an "abundance", a certain "redun-

* The neologism "Dimensionology" is used in the essay as a special term to express the spatial dimension of the subject matter of victimogenic situations. In this regard, the term "Phenomenology" will be its closest analogue, but without mentioning the spatial nuance. See M. Ugrekhelidze "The Phenomenology of Post-Criminal Emotional Feelings", Journal "Law and the World", 2017, №7, p. 29.

dancy” of the subjective factor in the genesis of the crime.

2. STRUCTURAL LACE-FRAME

In the situation described above, the task of prevention is complicated for two reasons: the first is the need to neutralize not one, but two completely independent sources of harmful behaviour. And the second reason is that both of these sources by their nature are subjective. However, subjective factors are difficult to predict and then prevent. Two sets of subjective factors with such a coincidence greatly complicate a victimogenic situation and impede its prediction. When mentioning an offender and his/her victim as subjective factors of victimisation, it should be kept in mind that the term “subjective” is only conditional here. Subjective factors can be perceived as much as we can imagine each of them independently, without interrelation. But since a crime is not the result of mere coexistence of the perpetrator and the victim, but the outcome of their very complicated interaction, therefore, the importance of each of them can be clarified only after finding out how they correlate with each other in the process of interaction.¹ No one in the literature has argued that a victim of the crime is an indivisible element of the objective situation where an offender commits his/her criminal activity. It cannot be really denied. But the other side of the question is equally important: are, in particular, the behaviour and personality of an offender treated as a part of the objective situation? Such an issue may naturally be raised for further analysis of a victimogenic situation where the victim is as active as the perpetrator. We believe that a key “author” and “subjective source” of the crime within the system of the perpetrator-victim is not only the perpetrator. The latter is also an objective element of the victimogenic situation with respect to the victim. In this dimension, it becomes clear that the perpetrator and the victim in a vic-

timogenic situation play an external role of the objective factor in relation to each other. At the same time, each of them retains the quality of the “creator” of the crime, its “co-author”, the first one falling within the framework of both so-called “joint culpability”, and the second one – predominantly only in the sense of “concausation”. However, this only partially reveals the dialectical interrelationship between objective and subjective preconditions of victimisation. The next step in the study of this interrelationship is to clarify the specific nature of the circumstances that characterize an offender, on the one hand, and the personality and behaviour of the victim, on the other hand.²

3. THE VICTIMISING ROLE OF THE FACTOR ORIGINATED FROM AN OFFENDER

During the victimologic description of an offender, it is necessary to identify one of his/her personal characteristics, which is usually a specific factor of victimisation. At present, it is somehow doubtful that all the personal qualities, characteristics or attributes of an offender, directly affecting the process of victimisation, can be named. Therefore, it is very difficult to completely differentiate and classify them in terms of creating a generalized model of the mechanism of their impact on the victimful behaviour. Nevertheless, there is still considerable empirical evidence that different perpetrators show (more or less) different abilities to resist, be exposed to, or be affected by influence of the interaction between a particular situation and a victim in a victimogenic situation. In other words, some people are less affected by very attractive or, conversely, deterrent factors, in general, by “situational temptation”, compared to others. Obviously, a universal significance cannot be given to this ability or feature of an offender, which may conventionally be called victim resistance. However, from the point of view of victimologic prevention and theory, it is necessary to consider its importance even

1 Meier B.-D., Täter-Opfer – Ausgleich und Wiedergutmachung im allgemeinen Strafrecht, jus. 1996, S. 431.

2 Ibid., 48.

for impertinent (provocative) behaviour of a victim (affected crime; exceedance of the limits of self-defence), which have a predominant share in the overall structure of victimful delinquency. In such a case, it is very important that the perpetrator “does not follow”, “escapes from”, and “resists” a victim’s provocative action, which is a subjective characteristic of the offender’s personality, which we have called victim resistance. This feature largely determines the real possibility of a victim-provocateur, as well as the degree of intensity of the crime committed against him/her. In this regard, it is also an objective factor of victimisation, a kind of *conditio sine qua non*... This once again shows, in a more crystallized form, the organic connection between the objective and subjective factors of victimisation.

4. THE CONTRIBUTION OF VICTIMISING FACTORS ORIGINATED FROM A VICTIM HIMSELF/HERSELF

The following is a brief analysis of the victim and his/her behaviour. When distinguishing the subjective features of the victim, it is not necessary to return to the aspects of the issue already studied.³ Their classifications are already known and simply, it can be filled with: I-relatively stable (permanent, dispositional); II- variable with two main groups of transitional features. The first group will include personality features, characteristics, or traits such as temperament, emotionality (stiffness and balance), mental pathologies and anomalies, ethnic views, level of legal awareness, social and value orientation, etc. The second group may include moods and spirits, temporary health disorders, fatigue, biorhythmic impairment of psycho-physical strength, etc. Such a classification has not only cognitive value; It is also practically valuable because it helps to rationally plan victimologic prevention (for example, professional-technical selection; carrying out educational or medical activities, etc.) and to

determine the degree of culpability of the offender in order to individualize punishment.

A victimful behaviour in a victimogenic situation must be evaluated objectively as well as subjectively. Both of these substantively differentiate the victim’s behaviour from the offender’s action.

- Subjectively, a victimful behaviour may be both culpable (intentional, negligent) and non-culpable. Therefore, unlike an offender’s behaviour, culpability is not a necessary element of the victimful behaviour. And if, nevertheless, the so-called “culpability of the victim” in the recent past often was referred to as a necessary component of every victimogenic situation, due to the lack of special terminology at that time, this was done conditionally; This expression contained a much broader meaning, which implied almost all cases of causal conditioning on the part of the victim. In this regard, it would be better to completely refuse the use of the term “culpability of a victim” and replace it with the term “victimful behaviour”. That’s what happened. Consequently, a victim’s behaviour is not victimizing only if it does not cause or simply does not contribute to the commission of a crime. This does not fully mean that the identification of culpability, in the *sensu stricto* of this word is superfluous in the victim’s action. It is rather necessary, first, to resolve the issue of liability of the victim himself/herself and, secondly, to determine the degree of culpability and responsibility of the perpetrator.⁴
- Objectively, a victimful behaviour may be simply dangerous (risky) when it creates conditions or poses a real threat of harm to the victim himself/herself (e.g., defiant behaviour of a woman that evokes erotic passions in a man); Or even **socially dangerous** when it creates conditions or poses a real threat to the interests of others, including the offender (for example,

³ For more details see Maeck M., Opfer and Strafzumessung, Stuttgart, 1983.

⁴ See Ebert U. Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung? JZ, 1983, S. 640.

an unlawful attack on a person, which has led to an affective state of the person). It is very important to find out whether a victimful behaviour was dangerous (risky) or socially dangerous, in terms of both prevention and criminal law to address the victim's responsibility.⁵ This is understandable because criminal measures cannot be applied to a victim if his/her actions were not socially dangerous. In addition, the degree of social danger of the victimful behaviour must be identified in each case, because the crime is mainly separated from other types of lawful or wrongful actions by this criterion (Criminal Code of Georgia, Article 7(2)).

5. THE ESSENCE OF A QUANTITATIVE DIMENSION

It is recognized that the degree of danger of a victimful behaviour collaterally affects the responsibility and punishment of a person, through the influence of the offender's behaviour on the degree of social danger.⁶ We can easily agree that a victimful behaviour increases the probability, chance, and danger of committing a crime against a victim. But the danger of committing a crime and the social danger of the crime as such are not identical things. Therefore, in our opinion, a universal mechanism for influencing the responsibility and punishment of the offender through a victimful behaviour is not the degree of social danger of criminal behaviour, but **the degree of culpability of the offender** that is a moral and legal expression of the degree of his/her free will in each specific case of the crime committed.

Even if social danger implied guilt, it would no doubt be superfluous to further clarify the concept that the danger of victimful behaviour influences the individualization of punishment. But the practical significance of separating these categories from each other will become clear if we recall that socially dangerous actions some-

times may not be imputed to an individual at all. Articles 33 and 34 of the Criminal Code of Georgia clearly state the possibility of non-culpable commission of a socially dangerous action. But, if the action is both dangerous and culpable at the same time, then the degree of culpability of an offender (subjective element) may be affected by not only the social danger of the criminal act (objective element) but also by the danger of victimful behaviour or social danger (objective element). Accordingly, the connection between objective and subjective factors in a victimogenic situation is much more complex and deeper than in ordinary cases.

6. THE SPACE OF VICTIMOGENESIS AND EXPECTATIVE NORMS

Finding out how a victimful behaviour correlates with legal or other social norms, serves to further clarify the objective content of the victim's behaviour. The above understanding of victimful behaviour helps us to solve this problem.

As mentioned above, a victimful behaviour is either dangerous, that is, risky for a victim as such or socially dangerous, that is, jointly dangerous for many others, and perhaps, inter alia, for the victim as well. Such understanding of objective content of victimful behaviour involves a wide range of cases that may contradict not only with legal and moral norms, but also with other types of social norms. Such are, for example, customs, including outmoded, harmful customs (e.g. blood feud, bride-price, etc.), traditions (tribal, family, friendly, criminal, etc.), rules of cultural behaviour, norms of care and prudence, etc. If these norms in society or in microsocial groups were always in harmony with legal or moral norms, the problem would be easily solved: then we could confidently say that dangerous or socially dangerous victimful behaviour within its content may be unlawful (wrongful) or immoral. It was this point of view that prevailed in Soviet legal literature, which was not completely eradicated in the former Soviet Republics. Namely,

5 Ibid., 641.

6 Maeck M., Op.cit., S. 172.

a victim's behaviour is characterized as "negative", "improper", "wrong", "indecent", "rebukable" or «reprehensible».

But the case is much more complicated because some social norms either clearly contradict moral and legal principles (e.g., blood feuds and the custom of bride-pricing), or are not even directly related to the moral or legal content of social prohibitions and requirements, for example, personal safety standards warn people not to harm just themselves, but not the others. In this way, they do not completely lose the purpose of regulating human behaviour and fully function in the limited but fully defined areas of life and activities of citizens – for example, in the middle and small social communities. Failure to comply with such norms by those directly affected may easily become a determinant or contributing factor to the commission of a crime.⁷

Expectations of the members of the relevant social group play a crucial role at this moment, who, by virtue of custom or tradition, tend to assume that the relevant category of people will behave in accordance with the **expectative norms** tailored to a particular situation. These norms may be called expectative in the view that it is they who have a crucial orientation commitment to find out what is and what is not expected from an individual regardless of the social group (community) to which he/she belongs and what are the specifics of the situation. And if expectations are not met, some kind of "sanctions" – collective or individual – may be applied to an actor. Such sanctions are sometimes manifested in an unlawful act in response to the violation of **expectative norms** and as a result, the actor becomes the victim of the crime. A clear example of this is the well-known case of a newly widowed young lady being brutally beaten and tortured in one of the remote mountain villages for refusing to be dressed in black until her death, in contradiction to local customs. The denial of the victimity of such behaviour due to the fact that they do not contradict moral or legal norms, but

are inconsistent with the **expectative norms** of certain micro-social groups (and therefore, with the subjective expectations), would meant overlooking and ignoring the obvious facts. No less well-substantiated is the victimity of behaviour that violates the personal safety and wellbeing rules (for example, leaving an apartment unattended for a long time or without proper alarm). This violation is more a technical deficiency in behaviour than a legal or moral sin. Because of all above, it is not surprising that the causal role of the so-called "culpability of the victim" in judicial practice is not necessarily related to a negative moral or legal assessment of the victim's behaviour.⁸ This is confirmed by the practice of the Supreme Court of Georgia, whose rulings and resolutions often stated that "when passing a sentence, a court shall take into account **the role of a victim's behaviour** in the result of the criminal act (*italics mine – M. U.*).⁹

7. RECIPE FOR SUCCESS: DYNAMIC BALANCE BETWEEN RIGID SUBJECTIVE AND LABILE OBJECTIVE FACTORS IN A VICTIMOGENIC SITUATION

In conclusion, we must study and consider a victimful behaviour in the broad context of its relation to any social norms, and not only in the

⁸ Ibid., 21.

⁹ Judgement of 8 July 1968 issued by the Plenum of the Supreme Court of Georgia on the case of I.K. See "Bulletin of the Supreme Court of the Georgian SSR", 1969, №1, p. 14. See also "The Herald of Justice", 1994, №2, p. 17, where paragraph 29 of Judgment №5 of the Supreme Court of the Plenum of 6 July 1994 on the Case of Intentional Murder states: "It is extremely important to correctly assess the victim's behaviour in order to choose a proportionate, fair punishment for the offender. If the victimful behaviour is substantiated, at the time of sentencing the court must take this circumstance into account as a mitigating circumstance of lesser responsibility for the lesser degree of culpability". The subsequent judicial practice of Georgia confirms, deepens and develops this tendency, according to which a victimful behaviour of the victim (*italics mine-M. U.*) is considered to be a mitigating circumstance if the limits of self-defence are exceeded (See Decisions of the Supreme Court of Georgia, 2005, №4, p. 13-14.).

⁷ See Ugrekhelidze M. The Importance of the Degree of Culpability for the Individualization of Punishment, "Soviet Law", 1978, №6, p. 55.

context of its conformity with the moral and legal requirements.¹⁰ This will enable us to raise and resolve the issue on the following conceptual basis: whether an individual victimisation is a result of a kind of inconsistency between the rigid subjective expectations of a social group (or community) and the labile situation in which a potential victim suddenly manifests himself/herself? In my opinion, there is a reliable basis for such assumption, and then there is a clear need to strike a dynamic balance between objective and subjective factors in the social environment through early prevention. To this end, all the preventive efforts may be implemented in two main strategic directions: I-Maximum approximation of the deviant social expectations of individual social communities (associations) with the general social (moral, legal) standards; II-Identifying the most typical forms of victimful behaviour, imposing social control on them and developing flexible measures for appropriate prevention.*

ABSTRACT

- Victimogenic situation is a private variety of criminogenic situation where one of the main actors of the criminal drama, along with a perpetrator, is a specific victim of the crime, though being not merely a target of the crime, but the person who, thanks to his/her behaviour and particular personal characteristics, objectively contributes to the commission of the crime against himself/herself.
- The study of a victimogenic situation and appropriate prevention must be based on a consistent methodology, according to which an individual criminal behaviour arises from the interaction of personality

(individual) and a particular real-life situation.

- A victim in the victimogenic situation is almost as active as the perpetrator. Therefore, it is necessary to investigate the specific nature of the circumstances in this strange tandem of “perpetrator-victim”, which characterises the personality and behaviour of the offender, on the one hand and the personality and behaviour of the victim, on the other hand.
- The victimological characterisation of an offender makes it necessary to identify a personal characteristic, which is usually a **specific factor of victimisation**. Such determining factor is **victim resistance**, that is, the dispositional ability of the offender to resist, endure, evade, and not to give way to be tempted to commit a crime to the detriment of the alleged victim of the crime.
- A victimful behaviour in a victimogenic situation must be assessed both subjectively and objectively. From a subjective point of view, the victimful behaviour may be either culpable or non-culpable. As for an objective assessment, the victimful behaviour may be simply dangerous (risky) when it creates the conditions or poses a real threat of harm to the victim himself/herself; or it may also be socially dangerous (unlawful) when it creates the conditions or poses a real threat to the interests of others.
- The universal mechanism for influencing an offender’s responsibility and punishment through a victimful behaviour is not the degree of social danger of criminal conduct, but **the degree of culpability of the offender** that is a moral and legal expression of the degree of his/her free will in each specific case of the crime committed.
- We consider the victimity of such conduct, which violates not only the moral and legal requirements, but also **the expectative standards**, for example, the protec-

¹⁰ See Schünemann B., Zur Stellung des Opfer im System der Strafrechtspflege, NStZ, 1986, S. 437.

* The above essay was specially prepared for the International Victimological Conference, which was to be held on 29 May this year in Tbilisi under the aegis of the Georgian Academy of Criminology Sciences, but was not carried out due to a sudden pandemic and appropriate restrictions.

tive rules of personal safety and welfare (negligent abandonment of a child or any other good; neglect of alarms, etc.), to be fully recognised. In this regard, a long-term tradition of Georgian judicial practice is worth mentioning.

- It follows from the above stated that individual victimisation is the result of a discrepancy between the rigid subjective

expectations of a particular social group (community) and the unstable situation where a potential victim presents himself/herself inadequately. That's why, there is a clear need to strike a dynamic balance between objective and subjective factors of the victimogenic situation through early prevention.

THE AMERICAN CRIMINAL JURY TRIAL – JUSTICE AND DEMOCRACY IN ACTION

David C. Kolbe

*J.D., Attorney at Law, Licensed in Indiana, Colorado,
and United States Courts,
Former Prosecuting Attorney,
Senior Visiting Professor – Center for International
Legal Studies*

KEYWORDS: Criminal Jury Trial, Rule of Law, Fundamental Human Rights

INTRODUCTION

Only 2% of roughly 80,000 persons charged with crimes in 2018 in federal court in the United States of America had their cases heard by juries of their peers. In those trials, 83% of defendants were convicted and 17% were acquitted. Approximately 90% of criminal cases are resolved by way of plea agreement and sentencing with only 8% dismissed.¹ The percentages of jury trials and plea agreements are roughly the same at the state level. Civil cases are also tried by juries but are not the focus of this article.

The jury trial has a long history in the world which this article summarizes below. Specific attention is given to its importance in the formation of the government of the United States of America. The right to trial by jury in a criminal case in the United States has not changed significantly since it was included in the Bill of Rights in 1791 and applied to all states and territories in 1868.

¹ Gramlich J. Only 2% of federal criminal defendants go to trial, and most who do are found guilty, official link on web site: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/06/11/only-2-of-federal-criminal-defendants-go-to-trial-and-most-who-do-are-found-guilty/>.

This author believes that the right to trial by jury preserves a fundamental human right under rule of law even when rarely used by the criminal defendant. In this article the author aims to assess whether the criminal jury trial should remain a fundamental part of the American legal system by cogently discussing the major advantages and disadvantages of trial by jury.

HISTORY OF CRIMINAL TRIAL BY JURY

The jury trial system has its roots in antiquity. First recorded evidence of the jury system is found in Athenian law and described by Aristotle. The following timeline generally describes the development of trial by jury as follows:²

- (c. 350 BCE) The Athenian jury system

In descriptions of the Athenian system of law, written around 350 BCE, Aristotle describes the use of a jury system. Jurors are selected at random and assigned to courts at the last minute, probably to prevent bribery, and after hearing the case from both sides, they cast their vote by dropping a ballot into one of two jars. Jurors are expected to know Athenian law already.

- (c. 950 CE) Norway's system of things

Around 950 CE, Norway establishes a system of things, where farmers can set laws and convict people of breaking them. The main things are Borgarting, Eidsivating, Gulating and Frostating, but smaller courts exist throughout the country. These are some of the earliest instances of a jury system, and England and Scotland later adopt similar systems.

- (997 CE) The Wantage Code

In 997 CE, King Aethelred of England issues the Wantage Code, an early English law code written in Old English. Using Scandinavian vocabulary, the code features perhaps the earliest description of a jury of presentment to decide cases, as well as regulations for trial by ordeal,

which assumes God will intervene for the innocent.

- (1155 CE) Henry II of England's early jury system

When Henry II ascends to the English throne in April, 1155 CE, he reforms the Norman government by weakening the feudal ties of powerful English and Norman barons. Among other changes, he replaces local laws with a system of common law, which includes trial by jury. Previously, English courts used the old Germanic custom of trial by ordeal or battle.

- (1166 CE) The Assize of Clarendon jury system

In 1166 CE, Henry II sets forth a series of ordinances called the Assize of Clarendon that establish the jury system systematically throughout England. Aiming to improve criminal law procedures, the Assize creates the presenting (or grand) jury of 12 men in each hundred and 4 men in each township. This jury informs the King's judges of serious crimes committed in local districts. Jurors are supposed to collect information on the accusations before meeting.

- (1215 CE) The Magna Carta guarantees judgment by peers

When King John signs into law the Magna Carta on June 15, 1215, he guarantees that no free man will be punished without "the lawful judgment of his peers." This guarantee restricts the judicial power of the king. While the jury system is already in use, the Magna Carta inspires later governments to see trial by jury as a basic right to protect citizens from arbitrary government.

- (1215 CE) The Fourth Lateran Council bans trial by ordeal

Pope Innocent III calls the Fourth Lateran Council to convene on November 11, 1215, and by the end of the counsel the church bans clerical participation in trial by ordeal. Without the church's sanction, trial by ordeal drops in use. Most of England now turns to the jury system, already in use in assizes.

- (1275 CE) First Statute of Westminster makes jury trial compulsory

Edward I holds a parliament at Westminster and issues the first Statute of Westminster

2 Development of the Jury System Timeline, official link on web site: https://www.softschools.com/timelines/development_of_the_jury_system_timeline/374/.

in 1275 CE. This ordinance alters land law and makes trial by jury compulsory in criminal cases. The rest of Edward's ordinances amend the unwritten common law in England and remain active for much of the Middle Ages.

- (1670 CE) Bushel's Case determines that jurors cannot be punished for their verdict

In November 1670, two Quakers, including William Penn, are arrested for unlawful assembly. In the subsequent trial, the jury submits a verdict of not guilty, and the judge demands jurors pay a fine for contempt of court. Juror Edward Bushel refuses to pay, and Penn protests that the decision violates the Magna Carta. In Bushel's subsequent petition for justice, the court rules that jurors cannot be punished for their verdict as long as they have acted properly.

- (1733 CE) The trial of John Peter Zenger in the United States of America

In 1733 CE, German immigrant John Peter Zenger is accused of libel, for printing unflattering articles about the royal governor of the American colony of New York. In the subsequent trial, the jury returns a verdict of not guilty, in an attempt to protest the rule of an unfair governor. This trial also establishes the American right to freedom of the press.

- (1798 CE) Trial by jury is established in Germany

Germany's first modern jury system is established in the Rhenish provinces in 1798 CE, with a court of 12 citizens. As the monarchy takes power, this system is gradually pushed back in favor of a more tyrannical system of justice, where judges wield most of the power.

- (1804 CE) The Napoleonic Code establishes jury trials in France

The Napoleonic Code goes into effect on March 12, 1804, and establishes clearly written civil laws to replace feudal laws in France. The Code strongly influences other legal systems in developing countries. It supports jury trials (or petit jury), but avoids implementing a grand jury.

- (1733 CE – Present) The jury trial in the United States of America

In the United States the right to vote and the right to a jury trial are considered the two funda-

mental rights which most effectively reflect democracy. One of the American founding fathers, John Adams, once wrote:

*"Representative government and trial by jury are the heart and lungs of liberty. Without them we have no other fortification against being ridden like horses, fleeced like sheep, worked like cattle, and fed and clothed like swine and hounds."*³

Another founding father, author of the Declaration of Independence and later president, Thomas Jefferson, wrote:

*"I consider trial by jury as the only anchor yet imagined by man, by which a government can be held to the principles of its constitution."*⁴

Perhaps the most significant case in American jurisprudence by which the right to trial by jury was affirmed is the case of John Peter Zenger (mentioned above). Zenger was a publisher who wrote a column in his weekly newspaper criticizing the New York British Royal Governor William Crosby. Governor Crosby had Zenger arrested and imprisoned for the crime of libel. In 1735, Zenger was tried before a jury of his peers and was found not guilty. The jury reasoned that because he printed the truth, he could not be held guilty of libel. Zenger's case demonstrated the power of a jury of peers' ability to thwart the tyranny of a government official. Furthermore, it guaranteed freedom of the press and became one of the foundations by which the American Revolution took place just 41 years later.⁵

By 1774 the American colonials, in anticipation of separation from Great Britain, met at the First Continental Congress in Philadelphia. The Congress resolved that the colonials were entitled to "the great and estimable privilege of being tried by a jury of their peers in the vicinage." In

3 Zouhary J. Jury Duty: a Founding Principal of American Democracy, 2020. Civil Jury Project, New York University School of Law, official link on web site: <https://civiljuryproject.law.nyu.edu/jury-duty-a-founding-principal-of-american-democracy/>.

4 Thomas Jefferson quotes, official link on web site: https://www.azquotes.com/author/7392-Thomas_Jefferson/tag/jury.

5 White BA, 2017. Trial by Jury "Inherent and Invaluable" official link on web site: <https://www.wvaj.org/index.cfm?pg=HistoryTrialbyJury>.

1776, Thomas Jefferson, in the Declaration of Independence, asserted this charge against Britain's King George III:

*"Depriving us in many cases, the benefits of trial by jury."*⁶

Subsequent to the Declaration of Independence, each colony was required to write its own state constitution, all of which were based upon the rights outlined in the Magna Carta and the British Bill of Rights and included the right to jury trial.⁷ The United States Constitution was developed in 1777 and subsequently ratified on June 21, 1788. On September 25, 1789 the first ten amendments to the constitution were created and subsequently ratified by the states on December 15, 1791. The 6th amendment provides the right to a speedy, public, and impartial trial by jury. Specifically, it reads:

*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed.*⁸

The 14th amendment, ratified on July 9, 1868, assured that the federally protected 6th amendment right to trial by jury was a right available to persons in all states and territories.⁹ The right to trial by jury in a criminal case in the United States has not changed significantly since 1868.

DISADVANTAGES OF CRIMINAL TRIAL BY JURY

There are numerous disadvantages in trying a criminal case before a jury. However, the author focuses on three predominate ones here: bias, income inequality, and ignorance of the

law. The first is rooted in the jurors' pre-conceived notions. The jury system is designed, in the ideal, to minimize bias and encourage the jury panel to make its decision purely based upon the facts and the law. Theory and reality sometimes diverge. Inescapably, jurors bring their biases into the jury proceedings. Gifted and experienced advocates are able to expose these biases in the voir dire (jury selection). Biased jurors can be removed with or without cause. But in some instances the community sentiment is so overwhelming that the removal of every biased juror is simply not possible. Perhaps the most poignant example of irreparable community bias in the United States is analyzed and exposed in the famous American novel by Harper Lee, "To Kill a Mockingbird". The story is that of a young black man accused of raping a white woman in the early 20th century in the American Deep South where slavery had previously prevailed until 1865. Even after the Civil War and well into the early 1960s, blacks remained second-class citizens and were subjected to, in effect, apartheid. In Ms. Lee's epic novel, the protagonist, Jim Robinson, is accused of murder. He is represented by attorney Atticus Finch who, during the trial, exposes the lies and the false allegations against Robinson. It is clear to all that he is innocent. Robinson is called to testify on his own behalf and denies rape but admits to helping a young white woman move furniture in her home after she requested his help. When asked why he would help a white woman, he stated that he "felt sorry for her". This was not a crime but was a clear violation of community standards in the Deep South. No black man was entitled to feel sorry for a white woman. Robinson was convicted of murder, notwithstanding all of the facts and evidence which proved his innocence, based wholly upon the injustice of community bias.¹⁰ The jury in "To Kill a Mockingbird" further demonstrates a fundamental risk in the system which is that the jury makes its decision in complete secrecy, and jurors are never required to dis-

6 Declaration of Independence, 1776, official link on web site: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>.

7 White BA, 2017. Trial by Jury "Inherent and Invaluable", official link on web site: <https://www.wvaj.org/index.cfm?pg=HistoryTrialbyJury>.

8 Bill of Rights Transcript, 1789, official link on web site: <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>.

9 6th Amendment to the United States Constitution, 1868. National Archives and Records Administration, official link on <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript#toc-amendment-vi>.

10 Lee H, To Kill a Mockingbird, 1960, renewed 1988. Published by arrangement with McIntosh and Otis, Inc.

close the reasons for their decisions. Thus, it is very difficult to prove any fundamental underlying bias.

Deeply held biases can be extremely difficult to overcome because humans suffer from cognitive dissonance. This condition is defined by an extreme resistance to information contradictory to personal beliefs, ideals, or values. Prospective jurors, like all people, come to the courtroom with deeply held beliefs with respect to crime, judges, lawyers, and the court system. It is difficult to expose these biases in jury selection. Furthermore, the jury selection provides a limited number of opportunities, also called strikes, to remove those prospective jurors who most prominently display their biases. The great danger with juries is that for some jurors facts do not change their minds.¹¹

Another potential disadvantage for defendants in the criminal justice system is related to the fact that the United States has the highest level of income inequality among its post-industrialized peers.¹² Thus, the vast majority of criminal defendants lack sufficient financial resources to hire highly skilled and competent trial attorneys. In the hands of less competent attorneys, these defendants are therefore exposed to a greater risk of conviction at trial to all of the charges filed without the benefit of sentencing and charge limitations provided in plea agreements. Alternatively, many defendants are forced into less than ideal plea agreements. It is without debate that there is a direct correlation between poverty, minority status, and injustice within the legal system.

African Americans are imprisoned at a rate of more than 5 times the white population. African Americans and Latinos make up approximately 32% of the United States population but comprise 56% of persons incarcerated as of 2015.¹³

Clearly, there is a correlation between criminal charging and jury conviction rates which weighs heavily against minorities and impoverished. Furthermore, studies show there has been a systematic effort to insure juror bias by excluding minorities from the jury panel.¹⁴

In addition, jurors are almost universally inexperienced in the law. Their impressions of the legal system are formed based upon cinema, television shows, and books they may have read. Their ignorance of the law is both a blessing and a curse. The ideal juror should come into the proceedings open-minded, willing to follow the judge's instructions on the law, and earnestly absorb the evidence. But the lack of understanding of the law can lead to confusion and jurors can be susceptible to being misled by gifted and articulate advocates bent on confusing the issues. In some jury trials the process is far less about finding the truth than the performance of the attorneys and their theatrical attempts to sway the jurors. Thus the jury trial can devolve into a spectacle at the cost of justice. Perhaps the most vivid example of this perversion of justice is the case of *People of the State of California v. O.J. Simpson*. Simpson, a highly gifted athlete and celebrity, was accused of murdering his ex-wife and a male companion. Simpson employed, through the course of the trial, ten attorneys who were described as the "Dream Team". Despite clear and compelling evidence of guilt, Simpson's attorneys were able to sow sufficient reasonable doubt in the jurors' minds so that Simpson was acquitted. He was later found liable in civil court for the killings and held to a multi-million dollar judgment.¹⁵ The Simpson trial exposed several flaws within the jury system: the advantage of wealth, the advantage of gifted trial attorneys, and the immense burden placed upon lay jurors who were subjected to sequestration during the

11 Teasdale B. Why Don't Facts Change People's Minds? January 20, 2018, official link on web site: <https://www.varsity.co.uk/science/14447>.

12 UN Report: 40 Million in Poverty, US Most Unequal Developed Nation, June 22, 2018, official link on web site: https://www.upi.com/Top_News/US/2018/06/22/UN-report-With-40M-in-poverty-US-most-unequal-developed-nation/8671529664548/.

13 Criminal Justice Fact Sheet, official link on web site:

<http://www.naacp.org/criminal-justice-fact-sheet/>.

14 Liptak A. New York Times, August 16, 2015, official link on web site: <https://www.nytimes.com/2015/08/17/us/politics/exclusion-of-blacks-from-juries-raises-renewed-scrutiny.html>.

15 1995: OJ Simpson verdict: 'Not guilty', On this day: 3 October, BBC, official link on web site: http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/october/3/newsid_2486000/2486673.stm.

nearly nine month jury trial. While the jurors were not necessarily ignorant of the process, they were clearly vulnerable to the “Dream Team” attorneys. The defense theorized that the forensic evidence was tainted and that Simpson was the victim of a frame-up based upon racial bias. Most jurors did not have college degrees and some critics contend that they did not understand the forensic evidence.¹⁶ Other critics further contend that the verdict was rooted in racial bias in favor of Simpson, an African American. One of the jurors, Lionel Cryer, a former Black Panther Party member, gave Simpson the black fist salute after the verdict. He later stated that he would render a guilty verdict.¹⁷

The great American writer, Mark Twain, recognized flaws in the jury trial system, describing the jury trial process as follows:

*The jury system puts a ban upon intelligence and honesty, and a premium upon ignorance, stupidity, and perjury. It is a shame that we must continue to use a worthless system because it was good a thousand years ago... I desire to tamper with the jury law. I wish to so alter it as to put a premium on intelligence and character, and close the jury box against idiots, black legs, and people who do not read newspapers. But no doubt I shall be defeated – every effort I make to save the country “misses fire”.*¹⁸

And in another instance Twain stated the following:

The humorist who invented trial by jury played a colossal practical joke upon the world, but since we have the system we ought to try and respect it. A thing which is not thoroughly easy to do, when we reflect that by command of the law a criminal juror must be an intellectual vacuum, attached to a melting heart and perfectly maca-

*ronian bowels of compassion. – “Fosters case,” New York Tribune, 3/10/1873.*¹⁹

Twain overstates the flaws in the jury system but his points are well-taken. Jurors are ordinary citizens with varying degrees of intelligence, education, and moral compass and little or no legal experience who are thrust into the legal arena and expected to do justice.

ADVANTAGES OF TRIAL BY JURY

There are many advantages to the criminal trial by jury. First, such a jury trial offers the opportunity to educate citizens on how the system works. While it is true that the vast majority of jurors come in to the system ignorant of the law, it is clear that they leave the system highly educated. From this experience they are able to discuss with family and friends how the process works. For the most part, it is the author’s opinion from his experience in a substantial number of jury trials that most jurors leave the process with a positive view. And one can safely conclude that these jurors express their experiences to family and friends who are able, as citizens, to better understand how the process works.

The jury trial also provides an excellent tool for prosecutors to learn how jurors think and what they believe is a just verdict. This is so because prosecutors may interview jurors after their service. From these interviews, prosecutors are able to become highly educated on the best forms of advocacy and whether the laws they are endeavoring to enforce reflect community sentiment.

Additionally, the criminal jury trial provides an excellent forum for cross-examination. The American legal system is adversarial in nature. Fundamental to the system is the right of a criminal defendant to confront and cross-examine any and all witnesses against him or her.²⁰ Cross-ex-

16 Hutson M, Unnatural Selection, Psychology Today, 2007, official link on web site: <https://www.psychologytoday.com/us/articles/200703/unnatural-selection>.

17 Coggan D, O.J. Simpson jurors reflect on the history-making trial in Oxygen’s The Jury Speaks, Entertainment Weekly, 2017, official link on web site: <https://ew.com/tv/2017/07/22/jury-speaks-oj-simpson-trial/>.

18 Mark Twain quotes, Jury, official link on web site: <https://www.twainquotes.com/Jury.html>.

19 Mark Twain quotes, Jury, official link on web site: <https://www.twainquotes.com/Jury.html>.

20 6th Amendment to the United States Constitution, 1868. National Archives and Records Administration, official link on web site: <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript#toc->

amination must be considered a fundamental pillar of justice which, when used properly, exposes the opponent's fallacies and brings forth the truth. Several thousand years ago King Solomon stated the following in his collection of proverbs:

*In a lawsuit the first to speak seems right, until someone comes forward and cross-examines.*²¹

In the American criminal proceeding, with a relatively passive judge and partisan advocates, the greater the degree of adversarial cross-examination, the greater the likelihood that the truth will be exposed.

Perhaps the most fundamental advantage of the jury trial is that it permits citizens rather than government officials to endeavor to reach a just verdict on alleged misconduct. History clearly teaches us that when judgments with respect to citizens are left in the hands of government officials, corruption and injustice are not far behind. As Thomas Jefferson said:

*I consider trial by jury as the only anchor ever yet imagined by man, by which a government can be held to the principles of its constitution.*²²

The Frenchman, Alexis de Tocqueville spent several years observing and writing about early America. In 1835 he wrote:

*The civil jury is the most effective form of sovereignty of the people. It defies aggressions of time and man. During the 16th Century the civil jury did in reality save the liberties of England.*²³

The same, of course, can be said of the criminal jury trial. Later, Supreme Court Justice Hugo Black wrote:

*It is essential that the right to trial by jury be safeguarded as the Bulwark for civil liberty.*²⁴

Jefferson further stated the following:

*Freedom of religion, freedom of the press, freedom of person under protection of Habeas Corpus; and trial by juries impartially selected, these principles form the bright constellation which is gone before us, and guided our steps through an age of revolution and reformation.*²⁵

Jefferson's words were compelling approximately 250 years ago. They are just as compelling today. Jurors remain empowered to judge both the law and the facts and while they may not ignore or rewrite the law, they may decide, without explanation, whether the law applies to the evidence presented.²⁶ Citizens, not government officials, hold justice in their hands.

CONCLUSION

There are obvious disadvantages to the criminal jury trial. Jurors, like all of us, have biases and deeply held beliefs. Furthermore, income inequality and juror ignorance pose significant risks to administration of justice. But the alternative to the criminal jury – cases heard by government-appointed judge panels – is not the answer. Rather, we must work diligently to reform the ills of the jury system and in that way assure citizen participation in the business of government and the administration of justice. In doing so both rule of law and fundamental human rights are preserved and protected.

amendment-vi.

21 Proverbs 18:17, Holy Bible, New International Version, 2011, official link on web site: <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Proverbs+18%3A17&version=NIV>.

22 Thomas Jefferson quotes, official link on web site: https://www.azquotes.com/author/7392-Thomas_Jefferson/tag/jury.

23 White BA, 2017. Trial by Jury "Inherent and Invaluable"; official link on web site: <https://www.wvaj.org/index.cfm?pg=HistoryTrialbyJury>.

24 White BA, 2017. Trial by Jury "Inherent and Invaluable"; official link on web site: <https://www.wvaj.org/index.cfm?pg=HistoryTrialbyJury>.

25 Thomas Jefferson quotes, official link on web site: https://www.azquotes.com/author/7392-Thomas_Jefferson/tag/jury.

26 Hornberger J. March 4, 2020. The Right of Trial by Jury, official link on web site: <https://www.fff.org/2020/03/04/the-right-of-trial-by-jury/>.

Review of the Saudi Anti-Sexual Harassment Law: Evolution and Challenges

Dr. Mohammed F. Aljeday Alsubaie

Assistant professor / Collage of Law – Dar Al Uloom University

KEYWORDS: Harassment, Sexual Harassment, Anti-Sexual Harassment Law

INTRODUCTION

Sexual harassment is one of the most debated issues in society. This is mainly because of its prevalence and effects both to the victims and other associated parties. It is a pervasive problem existing in almost every institution, organization and society. Despite its pervasiveness, it can also be elusive and in most cases go unnoticed with the victims suffering in silence. Considering its apparent yet complex nature, there has always been the consistent need to research and understand more about the subject of sexual harassment in an attempt to find effective strategies and solutions for its prevention. However, while it can be complicated and pervasive, sexual harassment is increasingly prevalent in the workplace. This may be due to several factors, including the complex nature that includes the different forms of it, such as verbal, non-verbal or physical sexual harassment.

Sexual harassment is a common threat for women in the workplace and public and can violate both criminal and civil laws. It is the unwanted sexual behaviour towards the female that occurs by the other party regularly in a position of authority. For example, a teacher towards the student, a doctor towards the patient, or an employer towards the employee. Behaviours of harassment can either be in the form of a sexual gaze or sexually suggestive words or actions. The most important aspect when analyzing the conduct of sexual harassment is that it is must

be unwanted or undesirable. Sexual harassment involves sexual conversations, jokes, flirting, or offensive sexual comments or statements (Ah-san, 2007).

Sexual harassment happens in all countries and cultures. Yet, the definition of what constitutes sexual harassment varies. Interpretations of behaviours being sexual may differ according to culture. Religion plays a significant role in how certain societies view, perceive, and handle sexual behaviours (Kalra and Bhugra, 2013). For example, where some cultures are more conservative, they often understand that sexual harassment only occurs if the woman is dressed provocatively or seductively. Not only cultural factors affect the interpretations of sexual behaviours, but also male and female definitions of what practices constitute sexual harassment may differ (Ulusoy, Swigart and Erdemir, 2011).

Seventy-eight countries around the world have passed laws and legislation prohibiting sexual harassment in the workplace.¹⁶ Even though there are many policies and legislation to prevent sexual harassment, yet it remains pervasive and underreported. Not filing a complaint or not reporting sexual harassment incidents makes these policies and legislations inefficient since these policies initially depend on reporting these sexual harassment incidents (Hersch, 2015). It is critical to address the issue of sexual harassment and to combat all forms of harassment against women, whether if the event occurs in the workplace or any other place.

Although Saudi Arabia is a religious and conservative country, sexual harassment against women does occur. Some Saudis argue that since Saudi society is traditional and adheres to a sex segregation policy, sexual harassment incidents do not happen and are minor. However, incidents of sexual harassment in Saudi Arabia occur and continues to occur despite the affirmation of Saudi Arabia's conservative nature.

Incidents of "Al Nahda Tunnel in Riyadh", "Dhahran Mall in the Eastern Region", and "Jeddah's Corniche", are all infamous sexual harassment incidents that took place in these places in Saudi Arabia. These incidents of sexual harass-

ment were recorded and spread all over social networking sites and outraged the Saudi public for some time.

The case of "Al Nahda Tunnel" in Riyadh happened on September 23, 2005, in Al-Nahda tunnel in Al-Malaz district in Riyadh, when a group of young men grouped two girls wearing the abaya from head-to-toe. They touched and hugged them from behind. They were arrested after the video was published all over local newspapers. Later, the perpetrators were arrested, and the court sentenced them to imprisonment ranging from 12 years to 6 years, and between 600 and 400 lashes (Al-Jam'an, 2014).

Unfortunately, this incident was not the only one. On October 2013, another sexual harassment incident took place in Dhahran mall in the Eastern Region of Saudi Arabia. It reached the point where the young perpetrators physically battered the girls who were harassed after the girls tried to defend themselves and stop the harassment. This specific sexual harassment incident happened in the broad of daylight and front of a famous location (Dhahran Mall). This particular incident raised the question of the effectiveness of the role of security services in malls in preventing similar events in the future.

Saudi Arabia, in the last couple of years, has been changing considerably. Reforms and regulations are implemented quickly as a part of the Kingdom 2030 Vision. Not only the country is changing and growing, but also aspects of Saudi society are changing too. Saudis now are more adamant on fighting for their rights. Human Rights activists are calling for legal rights more impressively women's rights.

Sexual harassment against women in Saudi Arabia is a sensitive and complex issue, and what adds to its complexity is the shortage of studies, analysis, and regulation before 2018. It is considered one of the most controversially debated topics in Saudi Arabia, especially regarding its punishment. Before the passing of the Anti-Sexual Harassment Law in Saudi Arabia in June 2018, there was no explicit punishment or penal code on the crime of sexual harassment. In Saudi Arabia's criminal justice, there are no written

legal guidelines that deal with the crime of sexual harassment and its punishment. Saudi Arabia applies Sharia, which is well known as Islamic law. In Islamic criminal law, the discipline of sexual harassment falls under the category of ta'zir punishments, which are punishments under the discretion of the judge (Albassam, 2012). As a result, there was no clear or specific punishment for sexual harassment in Saudi Law formerly. The punishment ranged from severe to mild depending on the judge, and naturally on other factors regarding the incident of the harassment. A judge can give his decision on a sexual harassment case and give a punishment of 3 months in prison, and another judge on a similar situation may give the perpetrator a sentence for up to a year or more. Thus, the absence of written penal code for sexual harassment made judges rely only on their interpretations in determining specific punishments for sexual harassment.

All of these factors urge the need for developing sexual anti-harassment law to ensure justice for the abused and prosecuted women in the Kingdom. The sexual anti-harassment law was developed after several discussions and efforts by the Saudi authorities where some challenges were encountered during the development of the law.

This study is intended to discuss the evolution and challenges that hindered the promulgation of the Anti-Harassment Law and why the long-overdue Law took this long to be passed.

1. RESEARCH OBJECTIVES

Due to the complexity of the issue of sexual harassment in Saudi Arabia and the variety of factors that are all intertwined, it has become appropriate to discuss the matter of sexual harassment against women and the Anti-Harassment Law. To consider all its aspects in an attempt to reach comprehensive solutions, three features were found. First, the challenges that hindered the promulgation of the Anti-Harassment Law and why the long-overdue Law took this long to be passed. Second, the pros and cons of the

Anti-Harassment Law compared to other sexual harassment laws in some Arab countries. Third, it was essential to deliberate on how the male guardianship system in Saudi Arabia affects women's rights in the country especially now changing the application of the Anti-Harassment Law and other similar legislation such as the Law of Protection from Abuse that tackles the issue of domestic violence in the country.

2. LITERATURE REVIEW

The issue of sexual harassment against women, in particular in the workplace, is the focus of many organizations and advocates of women's rights around the world such as the United Nations and the International Labor Organization (ILO) (Serantes and Suárez, 2006). Sexual harassment is a common threat for women in the workplace and public and can violate both criminal and civil laws. It is the unwanted sexual behaviour towards the female that occurs by the other party regularly in a position of authority. For example, a teacher towards the student, a doctor towards the patient, or an employer towards the employee. Behaviours of harassment can either be in the form of a sexual gaze or sexually suggestive words or actions. The most important aspect when analyzing the conduct of sexual harassment is that it must be unwanted or undesirable. Sexual harassment involves sexual conversations, jokes, flirting, or offensive sexual comments or statements (Matulewicz, 2016).

Sexual harassment happens in all countries and cultures. Yet, the definition of what constitutes sexual harassment varies. Interpretations of behaviours being sexual may differ according to culture. Religion plays a significant role in how certain societies view, perceive, and handle sexual behaviours (Sapiro and Campbell, 2018). For example, where some cultures are more conservative, they often understand that sexual harassment only occurs if the woman is dressed provocatively or seductively. Not only cultural factors affect the interpretations of sexual behaviours, but also male and female definitions

of what practices constitute sexual harassment may differ (Powell and Henry, 2017).

2.1. Sexual Harassment

Before explaining the term sexual harassment, we must first clarify the term harassment. Harassment is a repetitive unwelcomed offensive behaviour. It refers to several practices that are repetitive, annoying, or irritating conduct that can torment the victim (Taylor, Alexopoulos and Ghaznavi, 2016). It can be any offensive behaviour that affects the dignity and integrity of a person psychologically or physically. Harassment means to target someone with a behaviour that is intended to alarm, annoy, torment or terrorize, and create reasonable fear in the victim that affects their safety. Accordingly, sexual harassment is considered one of the kinds of harassment. Sexual harassment is often known as the unwanted actions or statements of a sexual nature that violates the victim physically, psychologically and assaults the victim's dignity. In short, it is defined as unwelcome or unwanted behaviour of a sexual nature. When describing sexual harassment, we must first take into consideration the quality of the practice, which in this case must consist of sexual life and must be unwelcomed. It is also considered a form of sexual violence. As stated before, what makes sexual harassment different from any other sexual act is that it is unwelcomed and not agreeable by the two people. Thus, it is only considered sexual harassment if it is unwelcomed. The sexual conduct is deemed to be unwelcomed if the person did not ask for it or request it or offer it, and that the unwelcomed behaviour is considered undesirable or offensive. Sexual harassment also can occur regardless of whether the offender thinks the behaviour to be aggressive or not. It is easy to determine whether one has been sexually harassed. Acts such as unwelcome touches or pinching in the working areas, making sexually-oriented remarks, sexual advances from employers or property owners in return of favour are signs of sexual harassment. Additionally, receiving offensive images through smartphones, questions that get personal about one's sexual

life, awarding low marks at school or university because of rejecting sexual suggestions or even having a colleague follow another home without seeking their consent are considered as forms of sexual harassment (Espelage et al., 2016).

Countries have differed in dealing with the issue of sexual harassment. Some have defined it as an act committed through abuse of power or coercion to obtain a benefit of a sexual nature. Others limited it to actions and behaviours that are of sexual life. The concept of sexual harassment, whether it is based on sex or power, is often how scholars perceive sexual conduct. Researchers believe that sexual harassment is mainly based on the concept of unequal power. According to a 1992 study conducted by the International Labor Organization (ILO), sexual harassment is wholly associated with power. It occurs in societies where women are often treated secondary in society compared to men (Singla, 2015).

Some believe that it is challenging to consider a specific definition of sexual harassment. They argue that it is not easy to define or measure because it constitutes many behaviours, and that interpretations of what behaviours are sexual and what is not may differ from country to country, culture to culture, and even from a male or female perspective (Kalra, G., & Bhugra, 2013). Not only that, but also some argue that a person's generation may determine how you perceive sexual harassment. A person sees sexual harassment depends on the person's age, for example, such as Generation "Baby-boom" where women were born between (1946-1964) are the ones that will not make a big deal if sexual harassment happened to them in the workplace and would not report it. Even "Generation X", who are women born between (1965 to early 1980s), also would not have reported a sexual harassment incident. On the other hand, Millennials, who are people born after 1980, are born in a feminist world where equality stands between men and women. Millennials are the ones that are more likely to make a big deal out of sexual harassment if it happens and report it and would not tolerate it (Atuhaire et al., 2018).

2.2. Sexual Harassment under International Law

As sexual harassment appears to be an international issue, it is thus significant to have a view on sexual harassment under international law. This part of the study considers the main international conventions that aim at combating the issue of sexual harassment and violence against women.

Over recent years, sexual harassment has emerged as among the common problems in many countries, a fact that has led to it being regarded as a global issue. It is a problem that not only affects the workplace environment but also can provide devastating impacts towards the health, morale, confidence and performance ability of its victims. Nationally and internationally, this has economic, social, cultural and political effects. The fact that this is a global concern, there has been increasingly high need to come up with laws and regulations concerning the status of women and their protection. This led to the emergence of international laws that have evolved.

As stated above, internationally, sexual harassment is illegal and a violation of human rights and a form of sex discrimination. Many countries around the world have laws and legislation prohibiting sexual harassment. Laws and legislation on sexual harassment are different from country to country since some are under the protection of civil law and others under criminal law. Some countries combat sexual harassment under labour law, some under criminal law, and others under their equality and non-discrimination laws (Eisold, 2016). Laws prohibiting sexual harassment are relatively new around the world and have only recently been adopted in some countries. The United States and the United Kingdom are considered some of the first countries that addressed sexual harassment in the late 1970s and 1980s (Miller and Moore, 1990). The United States is an example of a country that put an effort on this issue more than any other country in the world. Other states passed laws prohibiting sexual harassment conduct in the 1980s and early 1990s (Zippel, 2004). Similarly, most coun-

tries in the Middle East, considering their strict adherence to Islam, view sexual harassment as a crime worthy of punishment under the law.

2.3. International Conventions on Sexual Harassment

In the last few decades, the issue of sexual harassment has rapidly increased in the Middle East. For a long time, sexual harassment and violence against women had to remain hidden with little known about what the women go through and experience. In the past few years, the issue of sexual harassment has caught the attention of many as the media outlets as it brought this issue to the spotlight, such as the #MeToo movement. As a result, many activists came together to combat sexual harassment.

Many governments and non-governmental organizations, and international organizations have been focusing on the issue of gender-based violence and collecting data on it in different countries and regions. However, there is a dearth of data on the nature and the various types of violence against women as it is considered a significant concern and barrier to effective legislation (Basu, Jaising and Collective, 2005).

Some international organizations have focused on the issue of sexual harassment in the workplace which include the United Nations through UNHRC, the International Labor Organization (ILO), the Organization of American States (OAS), the European Union (EU), World Health Organization (WHO), and the Caribbean Community (CARICOM). These organizations focus on the issue of sexual harassment as a human right violation and a form of violence and discrimination. At the international level, conventions are usually held to formulate policies and regulations not directly related to sexual harassment but to principles on human rights that prohibit sexual misconduct. In other words, International conventions deal with sexual harassment broadly as a form of violence against women and as discriminatory behaviour, while national laws focus more closely on illegal conduct (Dhir, 2005). Most of the conventions discuss how to promote dignity in the workplace, protection from

sexual discrimination, and a safe working environment for all employees.

One of the notable conventions is the (ILO) Discrimination Employment and Occupation Convention, 1958. This convention addresses discrimination at the workplace based on multiple grounds that include sex and demands that countries affiliated with the International Labor Organization (ILO) declare and seek a nationalistic policy structured to encourage equality at the workplace in terms of both treatment and opportunities to eradicate discrimination. The convention was established before awareness of the issue of sexual harassment became widespread. Regardless, it recognized the seriousness of the problem, perceiving it as a severe manifestation based on sex and a human rights violation. The convention further noted that it is essential for the eradication of sexual harassment to be included as an integral part of the available legislation or related policy, free from other systems associated with discrimination with regards to sex. According to the convention, sexual harassment affects equality in the workplace. It damages an organization by weakening the pillars upon which relationships at the workplace are anchored and in the process impairing productivity (Al-Hadad, 2016). Considering the seriousness of such repercussions, the convention posits that it is vital to take adequate measures to prevent and eradicate sexual harassment in the workplace.

The other prominent international convention associated with sexual harassment is the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989. It focuses on the rights of indigenous and tribal people. The meeting also focused on the prohibition of sexual harassment at the workplace. Under this, it indicates that every government should do anything possible to limit any discrimination between employees associated with the individuals to whom the said convention applies as well as other employees, including establishing measures to guarantee that these people are protected against sexual harassment (Saul, Kinley and Mowbray, 2014).

2.4. The Legal System in Saudi Arabia

The legal system in the Kingdom is based on Sharia or Islamic law. Sharia is mostly derived from the Quran and Sunnah. They are the primary sources and foundation of Sharia. Sharia plays a fundamental role in the legal system of Saudi Arabia. It is the fundamental law of the land. The first Article of the Basic Law of Saudi Arabia states that the Quran and Sunnah are the State's Constitution. Accordingly, statutes and regulations in the Kingdom, as well as any international conventions ratified by it, must be following the Quran and Sunnah. In addition to the Quran and Sunnah, the consensus of Muslim Jurists after the death of Prophet Mohamed (ijma), and legal reasoning or analogy (qiyas) are secondary sources of Sharia. Also, Islamic jurisprudence is considered the first reference in Saudi Arabia concerning criminal cases, civil contracts, personal status, and property (Saudi General Authority for Statistics, 2017).

Saudi Arabia, since it was first founded, did not function under a written constitution until the promulgation of the Basic Law of Governance in 1992. On March 2, 1992, King Fahd bin Abdul-Aziz issued the Basic Law of the Kingdom by Royal Order No. (A/90) (Saudi Basic Law of Governance, 1992). It is considered an equivalent of a constitution in other countries. It illustrates the basic principles of the three authorities of the State, which are the executive, legislative, and judicial authority. It also describes the role of the King and the framework when ruling the country. The Basic Law includes many Articles that not only identifies the power of the King when ruling the country, but also his authority in appointing and promoting judges, ministers, and officers. The Basic Law also identifies the role, rights, and duties of Saudi citizen and Saudi families.

The Basic Law of Governance declares the Quran and the Sunnah (Traditions of the Prophet Mohammed) as the State's Constitution. Article 1 of the Basic Law of Governance states, "The Kingdom of Saudi Arabia is a fully sovereign Arab Islamic State. Its religion shall be Islam, and its

constitution shall be the Book of God and the Sunnah (Traditions) of His Messenger, may God's blessings and peace be upon him (PBUH). Its language shall be Arabic, and its capital shall be the city of Riyadh." (Saudi Basic Law of Governance B, 1992). The Article specifies that the Quran and Sunnah of the Prophet Mohammed serve as the Kingdom's Constitution. They are considered the primary sources of law in Saudi Arabia. Article 7 of the Basic Law of Governance states, "Governance in the Kingdom of Saudi Arabia derives its authority from the Book of God and the Sunnah of His Messenger, both of which govern this Law and all the laws of the State." (Saudi Basic Law of Governance C, 1992). This Article establishes the religious base of Saudi rule. The article confirms that the Kingdom obtains its governmental power and authority from Islamic law. The government's system and regulations stem from the interpretation of Islamic law, and accordingly, any laws or regulations in the Kingdom must apply provisions of Islamic law.

The role of Sharia in Saudi Arabia is exceptional. Saudi Arabia is not like any other Muslim country in the world. Sharia is the State's Constitution, the only source of political legitimacy, and the law of the land or common law. Sharia is the basis of the legal system of Saudi Arabia; thus, civil and criminal law in the country is based on the provisions of Islamic law. Saudi Arabia is one of the major Muslim countries that apply Sharia in an uncodified form. The application of the uncodified Sharia in Saudi Arabia is often criticized. Some Islamic countries identify areas which Sharia law is applicable and enforce them in a codified form (Vogel, 2012). However, in Saudi Arabia, the Kingdom considers the uncodified Sharia is the law of the land and reject any legislation that opposes Sharia.

The Saudi Judicial system consists of two significant authorities, the Sharia Courts and the Board of Grievances. Sharia Courts and the Board of Grievances both are separate bodies and have different functions in the judicial system. Sharia Courts, for example, has jurisdiction over criminal, civil, and commercial cases filed by individuals against each other. On the

other hand, the Board of Grievances has authority over the circumstances that involve the government.

2.5. Sexual Harassment in Islamic Criminal Law

As previously mentioned, Saudi Arabia applies Sharia law as the basis of its legal system. Thus, it is critical to have a background on Sharia law, the categories of crimes and punishments under Islamic criminal law, and correctly and most importantly, where the crime of sexual harassment stands in these categories.

Sharia law or Islamic law is a timeless and comprehensive system covering many topics of humans matters and issues. Despite generations changing, Sharia law remains the ultimate fundamental legal system set down provisions and rules to every human act existed. As the Quran states, "And we have sent down to you the Book as clarification for all things and as guidance and mercy and good tidings for the Muslims." Allah (SWT) did not leave any ruling on a primary or slight issue, or an act is affecting the human's life without addressing it in the Quran. The Quran clarifies what is forbidden and what is not.

In many cases, the Quran provides a specific punishment for a particular criminal act, for example, hudud crimes. Hudud crimes are one of the three types of offences in Islamic criminal law that have fixed punishments in the Quran. Hudud crimes have set penalties; most of them are stated in the Quran, and others are indicated in the Hadith. The second type of offences in Islamic law is qisas crimes. Qisas crimes include murder or bodily injury. These types of crimes have the punishment of qisas (retribution) or diyyah (financial compensation). In the case where there is no fixed punishment in the Quran or Sunnah for a particular crime, it is the responsibility of Muslim jurists to criminalize that act and determine the suitable punishment for it. For instance, the case of ta'zir punishments (discretionary punishments). Ta'zir crimes are the third type of offences in Islamic law. The sanctions for them are considered for minor offences.

2.6. The Islamic Perspective on Sexual Harassment

Sexual harassment is considered a severe offence in Islam. In all religions, fornication and adultery are extreme sexual offences. In Islamic law, the law not only criminalizes adultery but also goes further and commends the ways and behaviours to diminish sexual desires and temptations. Islamic law prevented sexual harassment and included many provisions in the Quran and Hadith relating to the prevention of Zina. Muslim law also has addressed in detail the relationship between men and women outside of marriage in the most precise way. It has set down rules and clear and reliable guidelines to acknowledge men and women on how they must conduct themselves and behave with one another.

The term "sexual harassment" is often not used in Sharia law. Nonetheless, it is not considered an unfamiliar act or behaviour. The conduct of sexual harassment existed in prehistoric times and was mentioned in the Quran in *surah Yusuf*. The verse states,

"And she, in whose house he was, sought to seduce him. She closed the doors and said, "Come, you". "He said, [I seek] the refuge of Allah. Indeed, he is my master, who has made good my residence. Indeed, wrongdoers will not succeed." And she certainly determined [to seduce] him, and he would have inclined to her had he not seen the proof of his Lord. And thus [it was] that We should avert from him evil and immorality. Indeed, he was of Our chosen servants." Yusuf, 12:23-24.

A man or woman can initiate sexual harassment. Women are not the only ones who experience sexual harassment, and men experience sexual harassment as well. Both men and women can be guilty of sexual harassment whether it can be by gazing, flirting, groping or any other type of sexual advances. Islamic law condemns all these sexual behaviours. Hence, Islamic law has set provisions and rules preventing them.

One of the first and significant rules or provisions in Islamic law for preventing behaviours that lead to sexual harassment or any other sexu-

al advances is the prohibition of gazing. In Islam, Muslim men are forbidden to look or stare at a woman stranger to them, meaning a woman not related to them. As the Quran states, "Tell the believing men to reduce [some] of their vision and guard their private parts. That is purer for them. Indeed, Allah is Acquainted with what they do." An-Nur, 24:30. In this verse, Allah commands Muslims to lower their gaze because it leads to serious crimes such as Zina. Zina and sexual harassment cause grand corruption among Muslim society; thus, it is the reason why Allah ordered all Muslims to lower their gaze initially. Islamic law also commanded Muslim women not to stare and not expose their adornment and must be covered to men strangers to them.

As reviewed above, Islamic law has prohibited sexual harassment and all unwelcomed sexual advances. Islamic law has regulated the relationship between a man and a foreign woman to prevent any triggers of sexual harassment. Texts in the Quran and Hadith specifically address the certain behaviours a Muslim man and woman must act upon. Islamic law prohibited Muslim men from gazing, speak flirtatiously to a woman and be in a final mixed place with a foreign woman without any essential purpose. Islamic law also commanded Muslim women to cover and dress decently and guard their chastity against illicit sexual acts. All these provisions certainly diminish temptations for any sexual act and result in preventing Zina and sexual harassment.

One of the most significant discussions on the crime of sexual harassment is that punishment of sexual harassment in Saudi Arabia is under the category of the uncodified ta'zir sentences. These punishments in Islamic law, are at the discretion of the judge. Judges rely solely on their interpretations to determine a suitable punishment for sexual harassment. Depending on the circumstances of the case, a judge may rule for severe punishment for sexual harassment, and another judge may not. A judge may blame the woman for dressing in a certain way which may reduce the sentence on the harasser. Since there are no fixed punishments in the Quran or Sunnah for ta'zir punishments such as for hudud

penalties, the sentence of sexual harassment is at the full discretion of the judge.

2.7. The Status of Women in Saudi Arabia

There has been a significant development in the role and status of Saudi women socially. During the last few years, Saudi women have engaged and undertaken many roles in Saudi society. Saudi women went from the primary purpose of a mom, daughter, and wife, to becoming one of the country's most substantial forces educationally, socially, economically and politically. They are taking extra roles to cover up the family expenses for the increasingly inflated Saudi economy.

In recent years, the status of women in Saudi Arabia has transformed. For instance, the new Vision 2030 of Saudi Arabia that is led by Crown Prince Mohamed Bin Salman aims to increase the participation of Saudi women in the labour market and has given priority to the development of women's abilities and activating their role in the economy. The development of women's endowments and investment of their energies is one of their priorities. The vision aims at empowering Saudi women to find suitable opportunities to contribute to the development of society and the economy. The Kingdom of Saudi Arabia is heading in the Vision of 2030 to serve the community in all its fields. The status of women plays a significant role in this vision. This role is evident in the efforts of different ministries to empower women and raise their level of localization or to give advantages to establishments that employ women. Then comes the role of Saudi women themselves in proving their worth and entitlement to empowerment.

Today, Saudi women are successful in many fields and are outstanding in the labour market. Saudi women are successful in medicine, engineering, and are remarkable businesswomen. Previously, Saudi women were not allowed to vote or specialize in fields such as engineering, law, political science, agriculture, and journalism or even practice law and be a lawyer. Now, women in Saudi Arabia can specialize in any of the

fields above, and there are many successful female lawyers and engineers.

2.8. Sexual Harassment Against Women in Saudi Arabia

In recent years, sexual harassment against women in Saudi Arabia has been receiving considerable media attention. Another infamous incident of sexual harassment that occurred in past years was the video published on YouTube on July 25, 2015, in Taif, Saudi Arabia. The video showed a young woman harassed by two men as she walks on the street. In the video, one of the men appears to approach the girl and grope her from the side. People who viewed the video were outraged by the actions of the two young men, especially since the girl was fully covered; as Saudi society often perceives women's covering as a deterrent to sexual harassment. After the video had been published, and after other incidents of sexual harassment surfaced on the web, consumers of social media pushed for a clear penal code on sexual harassment in Saudi Arabia (Abdullah, 2015).

Saudi Arabia lacked a regulation that clearly defines sexual harassment and identifies an apparent punishment for it. On June 2008, the Saudi Shura Council started to outline a draft law for unwanted sexual advances. The study of the draft law was deferred. Later, in 2014, the Shura Council suspended the draft once again after some conservative Council members criticized the law explaining that it will encourage mixing between men and women in society. The opponent members contend that approving such legislation, which in their perspective is imported from the West, will legalize men and women working together in a single environment. Others refused to discuss the bill because they believe that the Law of Protection from Abuse is sufficient. The Law of Protection from Abuse was issued in 2013, which criminalizes domestic violence against women and children in Saudi Arabia. The Law also states in its articles the punishments for the offenders of domestic abuse. The Law places the subject of domestic abuse under the responsibility of the Ministry of Social Affairs.

In the Law of Protection from Abuse, abuse is defined as,

Any form of exploitation; physical, psychological or sexual, or the threat thereof committed by an individual against another exceeding the limits of powers and responsibilities derived from guardianship, dependency, sponsorship, trusteeship or livelihood relationship. The term "abuse" shall include the omission or negligence of an individual in the performance of his duties or responsibilities in providing basic needs for a family member or an individual for whom he is legally responsible.¹

The case of the Anti-Sexual Harassment Law returned to the discussion in the Shura Council after King Salman (The current King of Saudi Arabia) issued a Royal Order to the Ministry of Interior to prepare the draft of Anti-Harassment Law on September 29, 2017.² The draft law determines the punishments necessary to prevent behaviours of all types of sexual harassment. This Royal Order shows how the government in Saudi Arabia is keen on the safety of society and providing safe work environments for women in particular.

On Tuesday, May 28, 2018, Saudi Arabia took a step in the right directions as the Saudi Shura Council or "Majlis Al-Shura", approved the bill of Anti-Sexual Harassment Law. However, the Shura Council has limited powers as it serves only as an advisory authority, not a legislative body. The Council can only suggest recommendations and propose laws but cannot enforce them. The draft law was approved by an 84-vote majority in the 150 members of the Shura Council. The approval came four weeks before the historical event of lifting the ban on women's driving in Saudi Arabia. King Salman bin Abdul-Aziz made this significant decision on September 26, 2017, by issuing a Royal Order to allow women to drive the beginning of June 24, 2018. A day after the approval of the Shura Council, the Cabinet or the Council of Ministers, which reviews draft laws

and regulations in the Kingdom, approved the bill on May 29, 2018.

The draft law of the Anti-Harassment Law was prepared by the Ministry of Interior on the orders of King Salman who heads the Council of Ministers. The decision is in agreement with the Crown Prince Mohammed bin Salman's 2030 Vision plan for a future and modernized Saudi Arabia. However, the approval of the draft law did get mixed reactions. Some still believe that there is no need for such law since it might encourage more mixed environments in the Kingdom. This groundbreaking new law on sexual harassment protects both genders and aims at combating the crime of sexual harassment and preventing its occurrence. The rule applies the punishment on the perpetrators and protects the victims to preserve the privacy of the individual and his dignity and personal freedom guaranteed by the provisions of Islamic law and regulations³.

The law states in Article 3 that people must inform authorities of any attempted sexual harassment incident in the street or anywhere else. According to the law, the punishment may reach up to two years imprisonment and a fine of up to 100,000 SR or one of the two penalties.⁴⁹² The bill also increased the sentence up to five years imprisonment and with a fine up to 300,000 SR if it occurred in the workplace and other cases.

3. DISCUSSION

Saudi Arabia has taken many years to realize that sexual harassment is a serious issue that needs to be addressed by law. Some say that Saudi Arabia is one of the least countries facing sexual harassment cases because of the Islamic system prohibiting working and mixing between men and women. However, that did not prevent some from harassing women in markets, hospitals and even car chasing on the streets.

Due to the importance of finding a deterrent punishment for sexual harassers, the Saudi Shu-

1 Article 1, Law of Protection from Abuse, Royal Order No. M/52, (15/11/1434H, 21/9/2013).

2 Royal Decree No. 96/M, (16/9/1439H, Jun. 1, 2018), Umm Al-Qura, No. 4730 (23/9/1439H, Jun. 8, 2018), Approval of the Anti-Harassment Law, <https://www.uqn.gov.sa/articles/1528406489385942200>.

3 The Council of Ministers is the direct regulatory authority headed by the King as the Prime Minister of the Council.

ra Council in June 2008, began to outline a new law that reinforces punishments on the offenders of sexual harassment and unwanted sexual advances. The proposed Anti-Sexual Harassment Law was published in AlYaum Newspaper on Saturday 10/03/1430AH – 07/03/2009 and contained 17 articles⁴. It included punishments for up to one year and fines up to 100,000 Saudi Riyals⁵. The study of the draft law was then deferred. In 2014, the draft law was discussed again by the Shura Council but got deferred again after some conservative Council member criticized the law explaining that it will encourage mixing between men and women in society.

Dr. Mazen Abdul Raziq Belila, a member of the Shura Council in 2009, suggested the draft law that combats sexual harassment in Saudi Arabia⁶. He stated that the draft law was prepared to prevent sexual harassment with funding from the private sector and that a legal scientific analysis was carried out included access to all laws and regulations that dealt with combating sexual harassment in the Arab, Islamic, and Western countries. With having access to all laws and regulations on sexual harassment around the world, the analysis devises what is appropriate for the Saudi society and what is not such as being contrary to Islamic provisions⁷. The proposed punishments in the draft law of 2009 were imprisonment for up to three years and a fine of 100,000 Saudi riyals. Also, it was noted that the proposed law does not distinguish if the perpetrator was a man or woman.

On September 26, 2017, the King of Saudi Arabia King Salman issued a Royal Decree al-

lowing women's driving⁸. In the first time in history women were able to drive legally and have the right to receive a driver's license in Saudi Arabia as of June 24, 2018. Two days following this decision, King Salman issued another Royal Order, ordering the Minister of Interior to prepare the draft of the Anti-Harassment Law that criminalizes sexual harassment and submit it within 60 days to be implemented. The Royal Decree reads, "Considering the dangers sexual harassment poses and its negative impact on the individual, the family, and society along with its contradiction of Islamic principles, our customs, and traditions ... the ministry shall prepare a draft law to tackle sexual harassment."⁹ The law that criminalizes sexual harassment will have a clear definition of sexual harassment and what behaviors constitute an act of harassment. A clear definition of sexual harassment and an unambiguous regulation will help authorities on how to deal with complaints on sexual harassment by taking the right decision and imposing suitable punishments on the perpetrators.

Some consider that the approval and issuance of the Anti-Harassment Law was hassled. One of the possible explanations of the hasty issuance of the Anti-Harassment Law is to pave the way for women's driving and act as a preemptive measure to curb any harassment incidents that might occur after lifting the ban on women's driving. However, the Anti-Harassment Law does not only protect women but all genders including children. The Anti-Harassment Law was studied and discussed for many years in Saudi Arabia but got delayed due to many reasons. In the next paragraphs, the discussion is about some of the challenges that delayed and

4 Alkhalidy, M. (Mar, 2009). "A Law to deter harassment: Imprisonment of 3 years and a fine of 100,000 Riyals". ALYAUM, <http://www.alyaum.com/article/2658157> (last visited December, 20, 2019).

5 One hundred thousand Saudi Riyals are roughly equivalent to USD \$26,664. <https://www.xe.com/currencyconverter/convert/?Amount=100%2C000&From=SAR&To=USD>.

6 "Saudi Arabia studies draft law punishing Sexual Harassment in the Workplace", ASHARQ AL-AWSAT, (Feb.7, 2009), <http://archive.aawsat.com/details.asp?section=43&article=506018&issue no=11029#.WOV0ZFPyvVr> (last visited December, 19, 2019).

7 Ibid.

8 "Royal Order Issued to adopt the Provisions of the Traffic Law and its Executive Regulation, including Issuance of Driving Licenses for both Males and Females", SAUDI PRESS AGENCY, (Sep. 26, 2017). <https://www.spa.gov.sa/1671323> (last visited, December, 17, 2019).

9 Rodolfo C. Estimo Jr. & Aisha Fareed. (Sep, 2017). Saudi society welcomes new law criminalizing sexual harassment", ARAB NEWS. <http://www.arabnews.com/node/1169576/saudi-arabia> (last visited Apr. 20, 2018).

postponed the issuance of the Anti-Harassment Law in Saudi Arabia.

In spite of the law been passed with many people in Saudi Arabia supporting it, the Anti-Sexual Harassment Law had many opponents since the days it was under the study in the Shura Council. Opponents claim that a law on sexual harassment leads to the validation of mixing between the sexes. However, these opponents clearly overlooked the guidelines that Sharia provisions had put in place in such cases. Their claim mostly on any new regulation or decision in the country, that it leads to (*iktilat*) which is the mixing between the sexes, such as the decision on lifting the ban on women's driving. Many opponents on the lifted ban on women's driving criticized the decision claiming that women driving leads to depravity and more mixing in the society.

The question is, are the opponents on the Anti-Sexual Harassment Law aware of the seriousness of the crime of sexual harassment that the crime does not just affect women but children also; or do they just desire to disrupt all that has to deal with protection and empowerment of women linking any law or decision in the country that it leads to *iktilat*.

Underestimating the crime of harassment and its effect and spread in the society, and delaying the approval of laws that combat such crimes is detrimental. Conservatives believed that there was no need for an Anti-Sexual Harassment Law in Saudi Arabia because it is too influenced by Western foreign laws and could contain articles contrary to Sharia. Conservatives considered that Anti-Sexual Harassment Law is grounded on liberal concepts and thus not "Islamic". They believe it is too influenced by Western laws because Western laws are secular laws; therefore, any law based on Western laws is a secular law which is contrary to Sharia law. In addition, the term "sexual harassment" is considered a Western term that is rarely used in Islamic provisions or Saudi legislations. Thus, conservatives believe that enacting a law on sexual harassment is not based on the Islamic Jurisprudence (the Quran and Sunnah) hence there is no need for it. The argument that claims that the term "sex-

ual harassment" does not exist in Sharia law, does not preclude the fact that sexual harassment is a crime and a form of violence that must be criminalized by law. Many also use the argument, for example, that there is a law on sexual harassment in the United States that refutes all behaviors relating to sexual harassment and yet, sexual harassment is still a serious issue that threatens the American society. Nevertheless, laws are always imperative, especially when laws include articles affirming strict punishments on the offense.

b. Conservatism and the Concept of *Iktilat* (mixing):

One of the main and first problems that hindered the promulgation of the draft Anti-Sexual Harassment Law in Saudi Arabia is the issue of mixed environments and the mixing between the two sexes (*Iktilat*). Conservatives debate that mixing between the sexes is prohibited under Sharia, and if such law is approved it will increase mixed environments especially work environments. They believe that *iktilat* will lead to moral decay and corruption in the Saudi society as it did to Western societies where sexual harassment prevails. The separation between the two sexes in public is justified under the Sharia. This argument is used in particular for the issuance of the Anti-Sexual Harassment Law, which, according to this explanation, if passed, would set women on a slippery slope towards immorality. Conservatives believe that there are other ways to reduce sexual harassment incidents in the country rather than issuing an Anti-Sexual Harassment Law.

One of the main and first problems that hindered the promulgation of the draft Anti-Sexual Harassment Law in Saudi Arabia is the issue of mixed environments and the mixing between the two sexes (*Iktilat*). Conservatives debate that mixing between the sexes is prohibited under Sharia, and if such law is approved it will increase mixed environments especially work environments. They believe that *iktilat* will lead to moral decay and corruption in the Saudi society as it did to Western societies where sexual harassment prevails. The separation between the two sexes in

public is justified under the Sharia. This argument is used in particular for the issuance of the Anti-Sexual Harassment Law, which, according to this explanation, if passed, would set women on a slippery slope towards immorality. Conservatives believe that there are other ways to reduce sexual harassment incidents in the country rather than issuing an Anti-Sexual Harassment Law.

Today society is changing. Even though schools, universities, and governmental agencies are segregated in Saudi Arabia; nevertheless, mixed environments do exist such as in malls, hospitals, and many workplaces around the country especially in the private sector. Accordingly, in August 2014 as stated before, the Shura Council decided to withdraw the Anti-Harassment Law based on the refusal of some members of the Council arguing that the law will enhance and increase the concept of mixing in society. The Shura Council returned discussing the draft law the following year in January. Three members of the Shura Council in February 2015 demanded reviewing the draft law in a broader and comprehensive manner by extending it to all types of harassment, extortion, psychological and financial exploitation. Also, they discussed changing the title of the Law to “the Law of Protection of Self-Assurance.” After that, the Shura Council decided to include the draft Anti-Harassment Law on the list of discussions in the upcoming three years. It was recommended in the study that the draft Anti-Sexual Harassment Law should become an independent separate law from other laws¹⁰. Meaning, rather being a section of articles included in an existing law such as the Saudi Employment Law, being a separate law is much fitter since it can become more effective. Also, passing a new law is much easier than amending an existing one.⁶⁰⁹ The draft law at that time also stressed that whenever the perpetrator was superior to the victim, the punishment would be increased.

10 “Saudi Arabia: Study of a draft law punishing Harassment between the Sexes in the Workplace”, ALSHARQ ALAWSAT, (Feb.7, 2009) <http://archive.aawsat.com/details.asp?section=43&article=506018&issueno=11029#.V9XBhFeqzVr>. (last visited December. 19, 2019).

After many videos surfaced on the web that shows men harassing women in a city in Saudi Arabia, many have used social media networks to regenerate the activism against sexual harassment against women in the country.

Regarding the Anti-Harassment Law, most people agree on the fact that the long overdue law was supposed to be passed years ago. The law was recently passed in May 2018 as a part of the reforms that aim at protecting individual’s dignity in the society from all forms of harassment and abuse. Many people in Saudi Arabia were requesting a clear punishment on the crime of sexual harassment many years before. Saudis were posting their opinions about demanding the issuance of the law and advocating a clear punishment on sexual harassment on social media platforms. Human rights activists were fighting and demanding legal rights and the issuance of the Anti-Harassment Law. As there was a constant demand by the Saudi people on the issuance of the Anti-Harassment Law in the past years, instead, the Saudi government in 2013 passed the Law of Protection from Abuse in its place. After its issuance, many Saudis claimed that there is still a lack of a clear legislation to punish sex offenders in the country even after the issuance of the Law of Protection of Abuse since it only covers the issue of domestic abuse. Saudi people argued that a lack of a clear punishment has dramatically increased the audacity of the perpetrators and harassers, as their behaviors go beyond verbal harassment to physical, sexual harassment, knowing that there is no deterrent punishment.

After lifting the ban on women’s driving, the call for a law or punishment on sexual harassment by the Saudi people increased. Many saw that issuing a law on sexual harassment in the Kingdom is critical nowadays especially after allowing women to drive.

Fortunately, in May 2018, the Anti-Harassment Law in Saudi Arabia was approved by the Council of Ministers and was published in the Official Gazette June 8th ,2018¹¹. The passing of

11 Royal Decree No. 96/M, (16/9/1439H, Jun. 1, 2018), Umm Al-Qura, No. 4730 (23/9/1439H, Jun. 8, 2018),

the Law is considered part of this reformist step that aims at the protection of the physical and dignity of individuals in Saudi Arabia.

Many Saudi praised the law when it was passed since it focuses specifically on the crime of sexual harassment. The law is aimed to combat sexual harassment in the Kingdom by stating a clear and specific punishment for it, as well as it protects all genders including children. As stated in this dissertation, the Anti-Sexual Harassment faced a considerable amount of disapproval, and many conservatives did not want this Law to be approved or passed as they believe it will encourage more mixed environments in the country which will then lead to immorality. In spite of what appeared to be strong praise and complete support on the issuance of the Anti-Sexual Harassment Law in the Saudi society and the human rights community in particular; unfortunately, the Anti-Harassment Law still to this day is undergoing critical scrutiny. Unfortunately, there is a part of society that always tries to question regulations being passed and question their aims and depreciate them. These opponents state redundant suspicions and reservations on statues or regulations before full comprehension of the law and its articles. This part of the society passes judgment on all the country's developments and achievements questioning every little thing the nation does or passes.

One of the challenges that hindered the promulgation of the Anti-Sexual Harassment Law in Saudi Arabia is the punishment of sexual harassment. Opponents argued that there was no need for an Anti-Sexual Harassment Law because the punishment of sexual harassment falls under the category of ta'zir punishments in Islamic law that do not require a law, as ta'zir punishments are discretionary and are under the Judge's discretion. One reason for the rejection is also that they claim that by applying an anti-harassment law it will limit a qadi's (judge) discretion. This argument is also improper. Conservatives want the punishment of sexual harassment to be under the discretion of the judge. Unfortunately,

some judges may blame the victim (the woman) for the harassment and not the harasser, either because she wanted to work in a mixed work environment or went out without a mahram. Before the passing of the Anti-Harassment Law, sexual harassment was not a defined crime and the punishment for it was considered discretionary subjected to the jurisprudence of judges. As a result, the sentence on a harasser may vary. One judge may lessen the punishment on an offender, and another may intensify the punishment while the committed crime is the same. Also, other facts or accusations in a case may result in a reduced sentence for the offender. For example, blaming the victim for the way she dressed, or for her presence in a place might result in a minor punishment for the offender. It all depends on the ruling of the judge and the circumstances of the case.

In light of these many disagreements and controversy on the Anti-Sexual Harassment Law, the Law was withdrawn and suspended by the Shura Council in 2014. The Law was withdrawn because of the pressures of some members of the Council claiming that the proposed law will promote the concept of mixing between the sexes. While the argument might have made sense at the time, nevertheless, it should no longer be fitting. Times and societies are changing drastically. Currently, mixed environments between the sexes in the Saudi society exist and are expanding each day. Mixed environments in Saudi Arabia exists in hospitals, malls, restaurants, and many workplaces and no one can deny that fact. Even the Shura Council today has become a mixed environment that includes leading Saudi women in the country. Women have become more involved in the decision-making process and no one can underestimate their value or their precise development and political involvement in the country.

Protecting humans and their rights is one of the State's duties mentioned in Article 26 of the Basic Law which states, "The State shall protect human rights in accordance with Islamic Sharia."¹² This article declares that it is the respon-

Approval of the Anti-Harassment Law, [https://www.uqn.gov.sa/articles/1528406489385942200 /](https://www.uqn.gov.sa/articles/1528406489385942200/).

12 Article 26, Basic Law (Saudi Arabia).

sibility of the State to protect human rights. Furthermore, one of the main purposes of Sharia law is to protect Muslims dignity and protect their life from harm. Accordingly, to achieve these purposes of Sharia, it is necessary to establish laws and regulations that bring justice and security to the Muslim community and protect them from any harm or injury. Therefore, the question arises, what is the hurdle of passing a law which does not contradict Sharia and that protects women and all individuals from harassment?

The argument remains. Any new project, idea, decision, or bill presented in the Shura Council has supporters and opponents. As deliberated above, it is obvious that there were opponents against the passing of the Anti-Harassment Law in Saudi Arabia. The main disagreements over this law are the disagreements over the importance of its existence, and its benefit to the country. Nevertheless, these oppositions were the reasons behind the delay of the passing of the Anti-Harassment Law.

For a long time, sexual harassment and violence against women had to remain hidden with little known about what women go through. It is only a couple of years ago that the issue of sexual harassment in Saudi Arabia caught the attention of many as the media outlets brought it in the spotlight. Many women would upload videos of their incidents of street harassment on the internet. Such videos would receive a considerable amount of views as it caused significant concern in the society. Citizens and women's rights activists have progressively used the media as a tool to report their sentiments about women's issues in Saudi Arabia. Before social media platforms, citizens did not express their demands and opinions about what is happening in the country like nowadays. Now the public in Saudi Arabia is more open to sharing their experiences and views on every little thing that happens to them in the country. Many people openly expressing their opinions on every situation in the country resulted, for example, in the activists that are against sexual harassment coming together to fight the problem and demanding a clear punishment for it in the Kingdom.

Regarding activism on lifting the ban on women's driving, women began demanding their right to drive in the nineties of the last century. One of the first movements challenging the ban on women's driving emerged in the 1990s after 47 women protested in which they led cars in the streets of the capital of Riyadh. The government arrested them, forced them to leave their jobs, and forbid them from traveling. The case returned to public opinion in 2011 by a number of women driving their cars and posting videos of them driving on the internet. The ban on women's driving was one of the main criticisms of the Saudi government in the field of human rights and gender equality from human rights organizations. It has become the main criticism because Saudi Arabia was the only country in the world where women were banned from driving despite the absence of an explicit prohibition regulation.

The lifted ban opened more employment opportunities for women making them less dependent on the men. The lifted ban also brought about economic empowerment for the Saudi women, and more women could now seek jobs and create jobs in return. They also felt more secure as compared to the periods in which the ban was still active. The decision of lifting the ban on women's driving was a start of a joyous journey from some Saudi women, as the next move was to advocate for the total ban on the male guardianship system that contributed more to the violation of their rights and their treatment as second-class citizens. This era of reforms welcomed a new wave on women empowerment on the kingdom.

The male guardianship system in Saudi Arabia in the past years has been receiving a considerable amount of criticism. The male guardianship system is one of the most known schemes in Saudi Arabia that is continuously condemned by the people as its significantly affects women's rights in the country. The system considers adult women as minors and restrict their rights to work, travel and affects their mobility, their decisions on health issues, their education, and their freedom to make

crucial decisions concerning their lives. Many Saudis including human rights activists have been calling for the male guardianship system to be abolished. Twitter is also being used by many Saudis stating the demand for the abolishment of the male guardianship system. The activism on the male guardianship system has led to the launch of an anti-male guardianship system campaign ran by Saudi women and Saudi women's rights activists to end this discriminatory system on Twitter. The popular hashtag in Twitter "#IAmMyOwnGuardian" is the campaign which the public and women's rights activists criticize and speak openly about the male guardianship system and cases of discrimination against women in the country. The people in most media outlets all around Saudi Arabia but especially on Twitter, have publicly spoken about the need to abolish the male guardianship system in the country. The male guardianship system in Saudi Arabia affects women dramatically and limits their access to the majority of their rights. Women under the male guardianship system, cannot study abroad, obtain their passport, get married, travel internationally, leave jail or detention centers, or even file a complaint in court without a male's approval. A male guardian (wali) can be the husband, the father, brother, uncle or even a young son. Sharia does not require the application of the male guardianship system. In Islamic law, there is no religious text that states a woman should not study or work or take any decision regarding her life before obtaining her male guardian's approval. Nevertheless, the justification of this system is based on the traditional Hanbali and Wahhabi interpretation of Islamic law. Also, the guardianship system is not codified in Saudi law. There is no codified form of the male guardianship system in the Saudi Laws, instead, the basis this system refers to some historical events and social changes that took place in Saudi Arabia over the past three decades. The application of the male guardianship system gradually began in the late seventies of the last century. The enactment of laws in the Kingdom that

restrict women's freedom of movement and employment with a strict separation between the sexes began in 1977. Until now, the male guardianship still has an impact on the existing laws in the kingdom. It's legalized by the strict interpretations of Sharia doctrines and traditional stereotypes of women to be weak, and that they should not be allowed the freedom that men have. In education matters, women who seek to study abroad have often been subjected to the male guardianship doctrines as they have been required to be under male supervision and company whenever they venture into studying abroad. The system has affected all Saudi women in the Kingdom regardless of their wealth, age, or status in society. The effect has been substantial on women, and some male guardians have used it as an avenue to extort money from them by allowing them to work and in return pay reparations to the men for giving them the opportunity to work or to study.

It is undeniable that the male guardianship system not only affects women's rights in the country but also might affect the efficiency of the Anti-Harassment Law and even the Law of Protection from Abuse. Governmental efforts to illuminate restrictions on women in the country or abolishing the male guardianship system is imperative. The country must abolish the male guardianship and ensure that every woman obtains her ultimate rights and freedom in the country. Providing women their full rights by ending such a system will help women unlock various opportunities in the country's economy.

Considering the complex nature of sexual harassment in Saudi Arabia, it is important to establish comprehensive, specific and effective policies that assure all related issues to sexual harassment are addressed, such as combating sexism and discrimination against women. Passing a law on sexual harassment is needed but not sufficient to change some inadequate behaviors against women that continue to occur in society. Behaviors such as harassment and discrimination should no longer be tolerated in Saudi society. Currently, the government has taken

concrete steps and efforts to protect women and combat sexual harassment against them. The passing of the Anti-Harassment Law is one of these efforts, however, much more can be done to ensure practical application.

To protect victims and especially women from violence and harassment, the government should take all necessary measures relating to violence against women. If the woman's guardian is the harasser or the abuser, how can the victim (the woman) file a complaint to the police if she needs to attend to file a complaint officially. Regardless of that, the issuance of the Anti-Harassment Law as a written penal code might help to eliminate of sexual harassment in the Kingdom.

In a conservative country such as Saudi Arabia, sexual harassment incidents are mostly unreported as victims choose not to report due to fear of social stigma or blame from their parents, or the society in general. It is important for the country to emphasize the issue of sexual harassment and establish legal institutions that respond to claims effectively. As reviewed previously in this dissertation, most Arab women including Saudi women choose not to report their incidents of sexual harassment. The lack of reporting is due to a variety of reasons, such as fear of shame, blame, humiliation, the perception of the Arab society towards women, and the difficulty to prove such harassment incidents. Therefore, establishing legal institutions where women or any victim can report their occurrence privately and be provided by the necessary support, they need is necessary. The Saudi government should make reporting procedures of sexual harassment incidents much easier and more accessible by eliminating obstacles of reporting. The government should take action by not only criminalizing the act and determine a punishment under the law but also by clarifying the procedures of reporting such incidents. The government should also provide multiple avenues easy accessible by the public for reporting and filing complaints to the authorities. It would be preferable if these avenues are run by women, as some victims of sexual harassment might find it easier and more comfortable for them to

report their cases to other women.

An environment that is supportive of reporting sexual harassment incidents facilitates the process of reporting incidents by the victims. Victims will find it easier to report when they believe that the behavior they experienced might constitute sexual harassment. It is vital that the victims of sexual harassment know to whom they should report their incident. Thus, the government should provide various points of contact to whom victims can report to. By providing multiple authorities that handles such complaints, the government breaks down barriers of reporting. An anonymous reporting avenue may also be beneficial to those individuals who do not feel comfortable or find it difficult to approach the authorities or the police. Regarding the workplace, employers in some organizations may also consider implementing a foreperson approach whereby certain workers are the reliable personnel for employees to contact regarding sexual harassment cases.

It is vital to raise public awareness on the importance of reporting incidents of sexual harassment and empowering women to fight for their rights. There must be awareness not only for the importance of reporting such incidents but also on the impact of sexual harassment and how it can affect people especially women or workers in the workplace. More awareness should be raised to change cultural stereotypes in the Kingdom where the woman is blamed for sexual harassment. One of the reasons for continued sexual harassment behaviors is the society's lack of seriousness about sexual harassment as it is the woman's fault. In terms of sexual harassment in the Arab countries, most people blame the woman for it and attribute such incidents to the woman not be fully covered, or dressed in a certain way that can be provocative. As deliberated in this dissertation, incidents happen to women in the Arab world frequently even when the woman is covered from head to toe. Men must have self-control and follow Islamic guidelines on how to communicate with a woman starting at lowering their gaze. To blame women for sexual harassment or sexual assault and forcing them to stay at home and not participate in the devel-

opment of society just to protect her from harassment is unacceptable. It not only limits their rights of equality and abilities as women, but also can make the victims feel as if they deserved to be harassed.

To conclude, sexual harassment is a serious crime whose perpetrator must be punished. It is often that harassers are mostly men, but that does not mean that some women do not harass men. More importantly, the need to educate societies in order to change attitudes toward women is a must. We must ensure that women are seen as individuals and human beings, not sex objects. In addition, sexual harassment of any kind should be clearly criminalized with punishments which prevent men from harassing women or the opposite. Hence, the promulgation of the new Anti-Harassment Law is considered a great step in tackling the issue of sexual harassment in Saudi Arabia. The Anti-Harassment Law is considered an important effort to define the crime of sexual harassment and determine a clear punishment for it since before the passing of the Law judges had full discretion on the punishment ranging from mild to severe and not having to be obligated by precedent.

In the end, it is imperative to recognize that the criminalization and prohibition of sexual harassment in Islamic law and Saudi Arabia are forbidden and a set rule long before the passing of the Anti-Harassment Law and any other related regulations. However, the passing of the Law signifies that the Saudi government has in fact seen that sexual harassment is an issue and a crime that must be tackled. The Anti-Harassment Law was passed to combat the crime of sexual harassment and determine a punishment for it and to protect victims in order to preserve the individual's privacy, dignity and personal freedom guaranteed by Islamic law and regulations. Not only issuing a law on sexual harassment can help, but also there must be awareness and empowerment of women so that we can change the traditional perception of women as they should not be seen as only caregivers raising children as that is their only job in life.

CONCLUSION

Sexual harassment against women in Saudi Arabia is a threatening behavior that harms and effects security and social peace in the country. It is crucial that legislators initiate laws and determine severe clear punishments on sexual harassment to help spread security in all its forms in the society. Therefore, it is fundamental for a legal government intervention.

Before the passing of the Anti-Harassment Law, where sexual harassment was criminalized under the uncodified Sharia and the punishment of sexual harassment was under the discretion of the (qadi) judge, there were no established legal guidelines to tackle sexual harassment. The prevalence of sexual harassment suggests that more stringent legal responses are necessary. Laws and legal guidelines offer protection, however, developing even more strict guidelines in all institutions and ensure all people will be protected from sexual harassment are essential. Thus, through effective legal responses, sexual harassment can be adequately mitigated. Fittingly, Saudi Arabia has passed the Anti-Harassment Law and determined a punishment for it which hopefully the punishment will serve as a deterrent to such unjust behavior.

The purpose of this Law is to prevent all forms of sexual harassment to protect human dignity, freedom, privacy, and protecting and assisting victims of harassment, including most importantly punishing the offenders. Also, passing such law is an essential ground for women in Saudi Arabia to work confidently and move freely in mixed environments without any fear of experiencing any form of harassment or assault.

The Anti-Harassment Law is facing a big challenge today with many incidents that can occur after the ban has been lifted on women's driving. Unfortunately, people after the issuance of the Anti-Harassment Law still question the effectiveness of the Law and how will it be implemented in a precise, serious and safe manner. Only time will determine if the Law will successfully combat sexual harassment or not in Saudi Arabia. In the time being, the government should increase

research and data on the issue of sexual harassment in the country to help the efficiency of the law.

Acknowledgements

The author would like to thank Professor. Salah Hassan for giving his advice and time to support this project. The author would also like to thank. Professor. Ahmed Bakhit for providing the opportunity to do this project.

BIBLIOGRAPHY:

1. Abdullah AG, Physical and Verbal Harassment of a Girl by Two Young Men in Taif, (July 25, 2015).
2. Ahsan, M. (2007). Sex and Sexuality in Islam. *Culture, Health & Sexuality*, 9(5), 551-552.
3. Albassam, B. A. (2012). Political Reform in Saudi Arabia: Necessity or Luxury?. *Journal of South Asian and Middle Eastern Studies*, 35(3), 1-17.
4. Al-Hadad, N. F. A. (2016). *Working women and their rights in the workplace: International human rights and its impact on Libyan law*. Routledge.
5. Al-Jam'an, A. (2014). "Sentenced to Imprisonment and flogging on 11 accused in the case of Al-Nahda Tunnel", ALRIYADH. Available at: <http://www.alriyadh.com/928863>
6. Atuhaire, P. K., Gerring, N., Huber, L., Kuhns, M., & Ndirangu, G. (2018). *The Elusive Peace: Ending Sexual Violence during and after Conflict*. United States Institute of Peace.
7. Basic Law of Governance B, Royal Order No. A/90, (27/8/1412H, Mar. 1, 1992), Article 1, Umm al-Qura No. 3397 (2/9/1412H, Mar. 5, 1992).
8. Basic Law of Governance C, Royal Order No. A/90, (27/8/1412H, Mar. 1, 1992), Article 1, Umm al-Qura No. 3397 (2/9/1412H, Mar. 5, 1992).
9. Basic Law of Governance, Royal Order No. A/90, (27/8/1412H, Mar. 1, 1992), Umm al-Qura No. 3397 (2/9/1412H, Mar. 5, 1992) available at, <https://www.boe.gov.sa/ViewStaticPage.aspx?lang=en&PageID=25>.
10. Basu, A., Jaising, I., & Collective, L. (2005). *Violence Against Women: A Statistical Overview, Challenges and Gaps in Data Collection and Methodology and Approaches for Overcoming Them*. UN Division for the Advancement of Women in collaboration with Economic Commission for Europe (ECE) and World Health Organization (WHO) Expert Group Meeting. Division for the Advancement of Women.
11. Dhir, A. A. (2005). *Human Rights Treaty Drafting through the Lens of Mental Disability: The Proposed International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity with Disabilities*. *Stan. J. Int'l L.*, 41, 181.
12. Eisold, B. (2016). *Some Present-Day Asylum Seekers in the US: Machismo and "Women on the Run"*. *La camera blu. Rivista di studi di genere*, (14).
13. Espelage, D. L., Hong, J. S., Rinehart, S., & Doshi, N. (2016). Understanding types, locations, & perpetrators of peer-to-peer sexual harassment in US middle schools: A focus on sex, racial, and grade differences. *Children and youth services review*, 71, 174-183.
14. General Authority for Statistics, *The Total Population In 2017* (Saudi Arabia),

15. Hersch, J. (2015). Sexual harassment in the workplace. IZA World of Labor.
16. <https://www.stats.gov.sa/en/indicators/1>.
17. <https://www.youtube.com/watch?v=5wS3TY4dQKc>.
18. Kalra, G., & Bhugra, D. (2013). Sexual violence against women: Understanding cross-cultural intersections. *Indian journal of psychiatry*, 55(3), 244.
19. Kalra, G., & Bhugra, D. (2013). Sexual violence against women: Understanding cross-cultural intersections. *Indian journal of psychiatry*, 55(3), 244.
20. Matulewicz, K. (2016). Law's Gendered Subtext: The Gender Order of Restaurant Work and Making Sexual Harassment Normal. *Feminist Legal Studies*, 24(2), 127-145.
21. Miller, B. C., & Moore, K. A. (1990). Adolescent sexual behavior, pregnancy, and parenting: Research through the 1980s. *Journal of marriage and family*, 52(4), 1025.
22. Powell, A., & Henry, N. (2017). Sexual violence and harassment in the digital era. In *The Palgrave Handbook of Australian and New Zealand Criminology, Crime and Justice* (pp. 205-220). Palgrave Macmillan, Cham.
23. Sapiro, V., & Campbell, D. (2018). Report on the 2017 APSA survey on sexual harassment at annual meetings. *PS: Political Science & Politics*, 51(1), 197-206.
24. Saul, B., Kinley, D., & Mowbray, J. (2014). *The international covenant on economic, social and cultural rights: commentary, cases, and materials*. OUP Oxford.
25. Serantes, N. P., & Suárez, M. A. (2006). Myths about workplace violence, harassment and bullying. *International Journal of the Sociology of Law*, 34(4), 229-238.
26. Singla, A. K. (2015). Sexual harassment of women at workplace in India. *International Journal in Applied Studies and Production Management*, 1(4), 58-66.
27. Taylor, L. D., Alexopoulos, C., & Ghaznavi, J. (2016). Touchy Subjects: Sex in the Workplace on Broadcast, Cable, and Internet Television. *Sex Roles*, 75(9-10), 476-489.
28. The Council of Ministers is the direct regulatory authority headed by the King as the Prime Minister of the Council.
29. Ulusoy, H., Swigart, V., & Erdemir, F. (2011). Think globally, act locally: understanding sexual harassment from a cross-cultural perspective. *Medical education*, 45(6), 603-612.
30. Vogel, F. E. (2012). Shari'a in the Politics of Saudi Arabia. *The Review of Faith & International Affairs*, 10(4), 18-27.
31. Zippel, K. (2004). Transnational advocacy networks and policy cycles in the European Union: The case of sexual harassment. *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, 11(1), 57-85.

The Data Protection Officer (DPO) – Ensuring Greater Data Protection Compliance

Kakhaber Goshadze

Associate Professor of European University

KEYWORDS: Data protection, Data protection officer, General Data Protection Regulation

INTRODUCTION

Data protection legislations have been adopted in many countries, however, the level of protection provided varies by region and state. The need for global data protection mechanism is as desirable as never before, which shifts data protection importance to the next level. Luckily, data protection model within the EU is the most advanced one in the world which may serve as a good example for enhancing data protection mechanisms where needed.

By the Directive 95/46/EC,¹ the EU had established general basis for ensuring data protection compliance for two decades. However, rapid pace of technological advancement triggered the need for even higher standards of data protection and Directive failed to serve as a tool for achieving this purpose, especially from 2010s. As a result, new regulation was introduced in 2012 and after numerous discussions the final version of new data protection framework has been agreed upon. Known as the General Data Protection Regulation (GDPR)² it is the most refined and developed standard which is oriented on data

1 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

2 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

protection compliance in the EU. Its benefits are evident and aims to achieve positive outcomes. However, within this Article I want to emphasize one particular subject – the requirement of appointing the DPO in order to shift the level of data management to the more coherent and lawful manner.

In addition, mandatory requirement of appointing the DPO was not only introduced by GDPR, it is also prescribed in the Directive 2016/680,³ which applies to personal data processing in the field of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties.

1. THE NEED FOR THE DPO

GDPR enshrines a cluster of rights and obligations for data controllers and processors. Additionally, it encompasses several specific conditions for data processing in specific sectors. Handling of personal data can be seen from the inward-facing and outward-facing perspective. Therefore, different mechanisms may apply depending on the type of data processed.⁴

The most common obligations that data controller is obliged to perform, can be divided into more generalized headlines, such as:

1. Requirement for compliance with data protection principles, inter alia, accountability, fairness, lawfulness, purpose specification, proportionality, keeping the data in correct manner and up to date, storing information for specific time period (retention proportionality), ensuring accountability towards data subject and having implemented adequate technical and or-

ganizational security measures. These principles are pillars on which the whole data protection standards are based

2. The next step in a compliance process is to ensure lawfulness of each particular processing operation. This is the stage where grounds for data processing come into play. These grounds may differ according to the data at place, in other words, handling the sensitive personal information requires to act within more restricted grounds for processing
3. Along with general data processing practices, in some circumstances, processing may be carried out for specific purposes, which may involve direct marketing, international data flows, etc. These practices need to be addressed differently, because of their specific nature, therefore, relevant approach is needed for performing relevant actions. In general, they are not difficult to be managed, however, some basic level of knowledge is favorable
4. The central part of data protection legislation is the fulfillment of data subjects' rights. It may be divided into three parts, namely, a right to obtain information and details of processing, a right to request modification of one's own data and a right to restrict processing or simply, the right to be forgotten
5. The whole data processing must be accompanied with relevant measures of security in technical and organizational regard. The method is never universal, instead, data controllers and processors must choose the level of protection that perfectly suits ongoing processing practices.

As it shows, data protection has several important directions where legal compliance requires relevant elaboration. This list of requirements is just a part and it involves further specific details. However, at a first glance, enlisting them in above mentioned way gives us a generalized view on the aspects of data protection. Therefore, the need for the DPO can be based on these

³ Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA.

⁴ Lambert, P. (2017). *The Data Protection Officer – Profession, Rules and Role*. Taylor and Francis, 5.

benefits: 1. Fulfill the legal obligations regarding data protection; 2. Review and implement data protection policies and rules; 3. Organize internal trainings for organization members; 4. Provide expertise in relation to data breach aspects.⁵

2. THE APPOINTMENT OF THE DPO

Who should be occupied as the DPO? Although there is no such profession, still the minimum knowledge is preferable. GDPR states that “necessary level of expert knowledge should be determined in particular according to the data processing operations carried out and the protection required for the personal data processed by the controller or the processor.”⁶ It may be required for the DPO to have knowledge in legal acts, technical and organizational measures and procedures of security, knowledge on technical requirements for data protection by design and by default, awareness of the sensitivity of the data processed, ability to carry out internal audits, consultation, documentation, and reporting.⁷

It can't be said that the tasks of the DPO has to be performed strictly by legal practitioner or HR manager. This position requires mixed, nevertheless expert knowledge of data protection law and subsequent legislation. Data protection itself is not a new concept, however, requirement to appoint the DPO still stays as a novel approach.

GDPR prescribes three possible alternative cases where appointing of the DPO is mandatory, these are:

1. If the processing is carried out by a public authority or body (entity), however, this does not apply to courts when they act in their judicial capacity;⁸
2. The core activities of the controller or the processor involve processing operations, which due to their nature, scope and

purpose, require regular and systematic monitoring of data subjects on a large scale;⁹

3. The core activities of the controller or the processor consist of large scale processing of special categories of personal data and data relating to criminal convictions and offences.¹⁰

GDPR does not define what a ‘large scale’ mean, but according to the guidance from Article 29 Data Protection Working Party, the existence of a ‘large scale’ is determined according to these factors: (a) the number of data subjects concerned, or a specific number or a proportion of the relevant population; (b) the volume of data and/or the range of different data items being processed; (c) the duration, either permanence of the processing activities; (d) the geographical extent of the processing itself.¹¹ Some data protection authorities in Europe issued relevant explanations or comments whether the processing can be regarded as a ‘large scale.’ For example, according to Dutch DPA guidance, data processing by hospitals, pharmacies, general practice centers are always regarded as a large scale, in addition data processing is large scale if it involves 10,000 registered patients treated on general basis and all their files are contained in one single filing system. On the other hand, Czech data protection authority has taken another way to define data processing on a ‘large scale,’ in this case this processing has to involve 10,000 data subjects in processing. In addition, processing the data by more than 20 branches of by more than 20 employees is considered as a large scale processing as well.¹²

The most important in this regard is that the DPO should be in a position to perform duties

5 Ibid., 209-210.

6 GDPR, Recital 97.

7 Lambert, 38.

8 GDPR, Art. 37(1)(a).

9 Ibid., (b).

10 Ibid., (c).

11 Article 29 Data Protection Working Party. (2017). Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is “likely to result in a high risk” for the purposes of Regulation 2016/679, 10.

12 Breitbarth, P. (2018). On large Scale Data Processing and GDPR Compliance. [https://iapp.org/news/a/on-large-scale-data-processing-and-gdpr-compliance/].

and tasks in an independent manner.¹³ In addition, the organization shall not interfere with or pressure the DPO in carrying out and exercising of tasks. DPO is also independent from direction or reporting requirements to other staff members and managers.¹⁴ Also “the data protection officer shall be designated on the basis of professional qualities and, in particular, expert knowledge of data protection law and practices and the ability to fulfil the tasks [...]”¹⁵ I will review the tasks of DPO in details later on.

One thing to notice here is that data controller and data processor has the option to appoint DPO from the existing staff members, or opt for outsource on the basis of service contract.¹⁶

3. POSITION AND DUTIES OF THE DPO

Enhancement in data processing methods and scenarios triggered the need for more privacy protection. For effectiveness of data protection standards, special duties may be designated to the DPOs. These duties are wide in range and are not limited to those that are provided by legislation, as an enhanced, balanced data protection is never unwelcomed. “Data protection is not limited to a mere compliance issue. There are many advantages, including competitive advantages, to respecting personal data. The data protection officer should be conscious of selling the advantages of data protection best practice to the management board.”¹⁷

4.1. Specific guarantees for DPO

The DPO has to be involved in all matters of personal data protection by a data controller or data processor. This engagement has to be managed in proper and timely manner.¹⁸ It ensures that the DPO will be aware of all processing activities. Therefore, the DPO should be able

13 GDPR, Recital 97.

14 Lambert, 40.

15 GDPR, Art. 37(5).

16 Ibid., (6).

17 Lambert, 77.

18 GDPR, Art. 38(1).

to cover all methods of data processing, namely, automated, semi-automated and non-automated ones. On the other hand, from a data controller and data processor standpoint, relevant support should be provided for the DPO to efficiently perform designated tasks. This support also extends to ensuring that the DPO has relevant expert knowledge in order to maintain tasks.¹⁹ The latter may involve providing a possibility for the DPO to raise awareness and knowledge in the data protection field and to keep alert.

It is possible for the DPO to fulfil other tasks and duties as well. However, ensuring that any given task and duty does not cause a conflict of interests is of paramount importance.²⁰ This should be regulated under a contract and needs to be explicitly mentioned.

One important requirement under GDPR for the DPO position is that “the controller and processor shall ensure that the data protection officer does not receive any instructions regarding the exercise of those tasks. He or she shall not be dismissed or penalized by the controller or the processor for performing his tasks. The data protection officer shall directly report to the highest management level of the controller or the processor.”²¹ Perhaps, this is the most difficult part to be executed in practice. The special emphasis is made on responsibilities of data controller and data processor, however it is achievable. The consideration of the fact that the DPO’s independence is proportionate to the effectiveness of data privacy in organization and therefore can cause positive outcomes (which also may be figured in little or no inspections from data protection authority) and strong public image, it may be used as an important self-motivational tool.

4.2. Tasks of DPO

GDPR is clear in enlisting general tasks of the DPO, which is characteristic to the duties that should be performed. These involve five directions:

1. “To inform and advise the controller or

19 Ibid., (2).

20 Ibid., (6).

21 Ibid., (3).

the processor and the employees [...].”²²

As this provision indicates, the DPO is a main contact point at the organization on the matters of privacy and data protection. Therefore, this position requires avoiding bias towards the management or the employees

2. The monitoring of compliance with GDPR, data protection laws of EU member states and policies of the organization itself, as well as, to ensure awareness-rising of the staff involved in data processing and, perform relevant audits.²³ Considering the legal nature of GDPR, it is not needed to adopt any domestic legislation in order to implement the provisions of GDPR, as it has direct effect in every member state of EU. Accordingly, the main, but not the only, objective of the DPO is to ensure that an organization acts according to the standards set under GDPR
3. “To provide advice where requested as regards the data protection impact assessment and monitor its performance [...].”²⁴ One of the main advantages of GDPR is to perform data protection impact assessment (DPIA), which ensures the revealing of possible gaps and shortcomings in data protection compliance. Therefore it is no surprise that the DPO has to be experienced in this direction as well
4. Cooperation with the supervisory authority.²⁵ As it is mandatory, every member state of the EU has to domestically designate independent data protection supervisory authority with the powers of establishing the standards of data processing operations, providing recommendations, performing inspections and have the powers to fine data controllers and processors if the data protection legislation is breached. Having a contact point at the organization is an effective way to control

the data processing activities in that particular organization

5. Acting as a contact point for the supervisory authority on issues relating to processing.²⁶ This requirement can be viewed as an additional condition for the previous one. However, this is one of the important aspect to characterize the role of the DPO. This requirement is aimed to ensure that the communication between the data controller and data protection supervisor is likely to be effective and the DPO acts as a representative of data controller or processor.

4. MAKING THE DPO MANDATORY IN GEORGIA

The very first act on data protection in Georgia was adopted at the end of 2011. The Law of Georgia “On Personal Data Protection” was based on prescriptions derived from the Directive 95/46/EC, in particular law of Georgia shared the core provisions, such as data processing principles, grounds for data processing, the obligations of data controller and processor and data subject rights. This law is still valid in Georgia, on the other hand, European Union had undergone major changes in this regard.

According to the EU-Georgia Association Agreement Georgia has an obligation “to ensure a high level of protection of personal data in accordance with the EU Council of Europe and international legal instruments and standards [...].”²⁷ As a further reference to the EU standards, Agreement states that “each Party shall, in the context of the implementation of this or other Agreements, ensure a legal level of data protection which at least corresponds to that set out in Directive 95/46/EC [...].”²⁸

It’s worth mentioning that Directive was ad-

22 Ibid., Art. 39(1)(a).

23 Ibid., (b).

24 Ibid., (c).

25 Ibid., (d).

26 Ibid., (e).

27 Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part, Art. 14.

28 Ibid., Annex I.

opted in 1995, at the period when data processing operations were not as intense and versatile as they are now. The fact is that whenever the technological advancement is taking place, relevant legal provisions are needed to address challenges arisen from such a development. This served as the one of the prerequisites for starting the discussions on the new regime for data protection in EU. As a result the new General Data Protection Regulation was introduced and adopted in 2016, however it entered in force two years later – on 25th of May, 2018.

Did this shift towards higher standards impose new obligations for Georgia with regard to data protection legislation to be amended respectively? The short answer is yes, it did, but one may be interested what is the reason for making this kind of conclusion? Final provisions of GDPR contain special reference to the repealed Directive 95/46/EC. It states that wherever there is any reference to the Directive it shall be interpreted as a reference to the GDPR.²⁹ Accordingly references towards Directive into the Association Agreement shall be construed as a reference to the GDPR.

In order to fulfil this obligation, a new draft law on personal data protection was introduced in the Georgian Parliament, which, inter alia, requires the DPO to be appointed in a mandatory manner. As this is a proposed draft act, we can't review it in details, because the final version is yet to be adopted. On another hand, draft law shares the common approach of GDPR in prescribing the functions and requirements for appointing the DPO. However, it is worth to generally mention the core requirement, namely, an obligation for public institutions and sector specific organizations, as well as, for those medical institutions that process at least 10,000 data subject's personal data to appoint or determine the DPO.³⁰ As it was indicated previously, this practice of not imposing this requirement for all kinds of data controllers is common, prevalent in

EU countries. This exception may be occurred from the fact that larger companies are at higher risk of data breach, therefore small businesses are free from this regulation. Additionally, from the data management perspective, small organizations may handle data processing effectively due to the size of the data processed. Therefore, these two reasons may be enough to explain the exception.

CONCLUSION

Decades of development in data protection field indicates the importance and role of safeguarding individuals' fundamental right. The creation of the DPO position was preceded by several aspects, namely, advancement of technology, intensification of data processing practices, development of methods and tools used for processing. This led to the creation of special position with the tasks which was not specific to any other position before. The DPO is important position within organization to ensure greater data protection compliance.

In Georgia, the requirement of appointing the DPO is not mandatory yet. So far we do not even have any optional reference in legislation to a person/entity which may perform duties characteristic to the DPO. However, the current development and practices of privacy and data protection in Georgia are indicating that we are about to improve the most fundamental aspects of data protection and act upon higher standards set by GDPR alongside with specific and complex requirements of the legislation. Therefore, general requirement to appoint the DPO within organizations and entities may become a pathway to reach data protection compliance goals.

²⁹ GDPR, Art. 94(2).

³⁰ Draft law of Georgia "On Personal Data Protection", Art. 33(1). [<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/222089?>].

BIBLIOGRAPHY:

1. Lambert, P. (2017). The Data Protection Officer – Profession, Rules and Role. Taylor and Francis.
2. Breitbarth, P. (2018). On large Scale Data Processing and GDPR Compliance. [<https://iapp.org/news/a/on-large-scale-data-processing-and-gdpr-compliance/>].
3. Article 29 Data Protection Working Party. (2017). Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is “likely to result in a high risk” for the purposes of Regulation 2016/679.
4. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.
5. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).
6. Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA.
7. Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part.
8. Draft law of Georgia “On Personal Data Protection” [<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/222089?>].

Die verfassungsgeprägte Rechtsordnung des Konstitutionalismus – zum Verhältnis von Verfassungs – und Gesetzesrecht im Verfassungsstaat

Christoph Degenhart

*Professor für Staats- und Verwaltungsrecht sowie
Medienrecht (Universität Leipzig)*

STICHWORT: Grundgesetz, Grundrechte,
Verfassungsgerichtsbarkeit

Eine freiheitliche Verfassung bedarf der Realisation in der unterverfassungsrechtlichen Ordnung. Das Freiheitsversprechen der Verfassung ist auf den Ebenen der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung durch Exekutive und Judikative einzulösen, nur dann kann Verfassungsrecht seine Funktion als Grundlage der Organisation des Staates wie auch des Verhältnisses von Staat und Bürger erfüllen und wertsetzende Bedeutung für die gesamte Rechtsordnung entfalten. Diese konstitutionelle Durchdringung der Rechtsordnung stellt gerade „junge“ Verfassungen, wie es das Grundgesetz nach 1949 war und wie es die Verfassung von Georgien jetzt ist, vor besondere Herausforderungen.

1. FUNKTIONEN EINER FREIHEITLICHEN VERFASSUNG: STAATSORGANISATION UND GRUNDRECHTE 1.1. Konstituierung der staatlichen Ordnung

Die Verfassung eines Staates konstituiert dessen staatliche Ordnung. Sie enthält notwendig die Grundprinzipien der Staatsform und der staatlichen Organisation. Für die Verfassung Georgiens sind es die Bestim-

mungen des ersten Kapitels, insbesondere der Art. 3 – 5 über Demokratie, Rechtsstaat und Sozialstaat, für das Grundgesetz als die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland¹ sind die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen in Art. 20 GG enthalten. Auf diesen Grundlagenbestimmungen beruhen die weiteren staatsorganisationsrechtlichen Bestimmungen über die einzelnen Staatsorgane, über deren Kreation, sei es unmittelbar durch allgemeine Wahlen, sei es in mittelbarer demokratischer Legitimation, wenn das gewählte Parlament weitere Staatsorgane, insbesondere die Regierung bestimmt, über deren Aufgaben und Befugnisse und ihr Verhältnis zueinander. Im freiheitlichen Rechtsstaat jedoch hat die Verfassung des Staates weiterreichende Funktionen als die eines organisatorischen Gerüsts für staatliches Handeln. Sie bestimmt entscheidend die Stellung des Bürgers, sie hat die Funktion, seinen Freiraum gegenüber der hoheitlichen Gewalt des Staates abzugrenzen und zu schützen, hat die staatliche Macht zu begrenzen. Dies vor allem ist Funktion der Grundrechte in der freiheitlichen Verfassung. Grundrechte zunächst und vor allem Freiheitsrechte und als solche Abwehrrechte des Bürgers im Verhältnis zum Staat². Dies entspricht auch nur ihrer historischen Ableitung, entspricht auch der Grundrechtskonzeption der EMRK.³

1.2. Entscheidende Bedeutung der Grundrechte

Diese überragende Bedeutung eines Grundrechtskatalogs für die freiheitlich rechtsstaatliche Verfassung kommt im Grundgesetz besonders akzentuiert zum Ausdruck, wenn dort nicht die Bestimmungen über die Grundlagen des Staates und insbesondere die Staatsform an erster, „vornehmster“ Stelle genannt sind.

Diesen Platz nimmt Art. 1 GG ein: die Garantie der Menschenwürde. Sie hat Vorrang vor aller staatlichen Gewalt und allen Staatszwecken, ihr Schutz ist die wichtigste Aufgabe des Staates: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen“.⁴ Es bleibt nicht bei der allgemeinen Bekundung der Menschenwürde, Art. 1 besagt vielmehr in Abs. 2, was Schutz der Menschenwürde bedeutet: das Bekenntnis zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten – Leben, Freiheit und Gleichheit, körperliche Unversehrtheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit, Meinungsfreiheit, Eigentum. Diese Menschenrechte werden in den nachfolgenden Grundrechtsbestimmungen der Art. 2 – Art. 19 GG dann ausdrücklich garantiert, wie ja auch in der georgischen Verfassung die Grundrechte des Katalogs des 2. Kapitels sich systematisch als Konkretisierung des an erster Stelle des Grundrechtsteils stehenden Menschenwürdesatzes darstellen. Die Grundrechte des Grundgesetzes, dies besagt Art. 1 Abs. 3 GG, sind unmittelbar geltendes Recht und binden alle staatlichen Gewalten, auch die Gesetzgebung – auch deshalb ist der Rechtsstaat des Grundgesetzes freiheitlicher Rechtsstaat. Denn die Grundrechte sind nicht bloßer Programmsatz, sie können unmittelbar eingefordert werden. Sie sind subjektive Rechte des Einzelnen gegen den Staat. Hierin vor allem lag der entscheidende Fortschritt des Grundgesetzes gegenüber der Vorgängerverfassung von Weimar – doch war es die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und, von ihm beeinflusst, dann zunehmend auch der Fachgerichte, die dem in der Praxis der Rechtsetzung und Rechtsanwendung zur Durchsetzung verhalf und so die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung⁵ bewirkte. Gewährleistungen zum Schutz der Grundrechte enthält die Georgische Verfassung insbesondere in ihrem Art. 34.

1 Degenhart, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 34. Aufl. 2019 Rdn. 11.

2 Vgl. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Rdn. 168 ff.

3 Vgl. etwa nur Bethge, Der Grundrechtseingriff, VVD-StRL 57 (1998), 7 (13 f.); für Art. 5 GG s. Degenhart, BonnK, Art. 5 I u. II (2017) Rdn. 63; zur EMRK – dort insbesondere für Art. 10 – s. Marko, Rundfunkveranstaltung und Rundfunkempfang, 1997, S. 159 ff.; Gornig, Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte, 1988, S. 293 f.

4 So in Art. 1 Abs. 1 des Entwurfs von Herrenchiemsee.

5 Zum Begriff s. Jarass, Die Konstitutionalisierung des Rechts, in: Scholz/Lorenz/Pestalozza/Kloepfer/Jarass/Degenhart/Lepsius (Hrsg.), Realität der Grundrechte durch Verfassungsrecht, Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstags von Peter Lerche, 2008, S. 75; s. auch Bethge, Zur grundrechtlichen Konstitutionalisierung des Strafrechts, in: Festschrift Stern, 2012, S. 295.

2. VERFASSUNG UND UNTERVERFAS- SUNGSRECHTLICHE ORDNUNG – STUFEN DER REALISATION

2.1. Zur Akzeptanz einer Verfassung

Auf die Höhen der Verfassungsgebung folgen die Mühen der Ebene. Soll eine Verfassung die Grundordnung eines rechtsstaatlichen und freiheitlichen Gemeinwesens bilden und als solche, wie das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, breite Akzeptanz erfahren, so bedarf sie der Umsetzung im rechtlichen Alltag, im alltäglichen Rechtsverkehr, im Kontakt mit Behörden – und damit auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts, des untergesetzlichen Rechts, des Gesetzesvollzugs. Das Freiheitsversprechen einer Verfassung und ihrer der Grundrechte ist auch und entscheidend auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts einzulösen, nicht nur in der Gesetzgebung selbst, sondern auch und vor allem in der Gesetzesanwendung. Die Verfassung eines Staates gestaltet dessen rechtliche Grundordnung und sie bestimmt maßgeblich das Verhältnis Bürger-Staat. Deshalb sind die Normen einer Verfassung – und dies gilt ganz besonders für deren Grundrechtsverbürgungen – dort vor allem zur Geltung zu bringen, wo der Staat in allen seiner Teilgewalten dem Bürger unmittelbar gegenübertritt, im verwaltungsmäßigen Vollzug der Gesetze,⁶ im gerichtlichen Verfahren.

2.2. Verfassungsrechtliche Prägung der Rechtsordnung

a) Konstitutionalisierung der Rechtsordnung durch Wertentscheidungen des Verfassungsrechts – insbesondere der Grundrechte

Verfassungsgebung erfolgt nicht im rechtsfreien Raum. Der Verfassungsgeber wie auch der verfassungsändernde Gesetzgeber treffen auf bestehende Normenkomplexe des einfachen Rechts. Auch für sie, nicht nur für kün-

ftige, nachkonstitutionelle Gesetzgebung sind die Normen der Verfassung als höherrangige Rechtsvorschriften Maßstab für die Beurteilung ihrer Verfassungsmäßigkeit. Verfassungsrecht derogiert im Fall des Normenkonflikts einfaches Gesetzesrecht. Doch würde es zu kurz greifen, wollte man das Verhältnis von Verfassungsrecht zu unterverfassungsrechtlichen Normen auf die Maßstabsfunktion und Derogationswirkung des ersteren beschränken. Im Verfassungsstatut, der die Würde des Menschen als höchsten Verfassungswert anerkennt, muss „die gesamte Rechtsordnung ... von dieser Wertentscheidung durchdrungen sein“.⁷ Dies gilt für den Inhalt der Normen ebenso wie für deren Anwendung, und dies gilt nicht allein für jene Rechtsmaterien, die das Verhältnis von Staat und Bürger unmittelbar gestalten und hierin die eingriffsbegrenzende Wirkung insbesondere der Grundrechte zu beachten haben, dies gilt vielmehr für die gesamte Rechtsordnung. Es ist das Verdienst und die nicht hoch genug einzuschätzende prätorische Leistung des Bundesverfassungsgerichts, dieser Wechselbezüglichkeit zwischen Verfassung und Gesetz in seiner Rechtsprechung seit ihren Anfängen Rechnung getragen zu haben. Indem es die Grundrechte als auch objektive, in jedem Fall prägende Prinzipien der Gesamtrechtsordnung sieht⁸ und ihnen auf dieser Grundlage eine umfassende Ausstrahlungswirkung auf eben diese Gesamtrechtsordnung zugewiesen hat, hat es entscheidend dazu beigetragen, den Staat des Grundgesetzes als grundrechtsgeprägten Verfassungsstaat⁹ zu festigen, ihn im Bewusstsein der Rechtsadressaten wie der Rechtsanwender gleichermaßen zu verankern. Eben dies ist Voraussetzung dafür, dass eine Verfassung als erfolgreich gelten darf, als „Erfolgsmodell“,

6 S. Horn, Die Grundrechtsbindung der Verwaltung, in: Festschrift Stern, 2012, S. 353.

7 Vgl. Stern, Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 184 Rdn. 7.

8 Zum entscheidenden Anstoß durch das Lüth-Urteil des BVerfG vom 15. Januar 1958, BVerfGE 7, 198 s. Sachs, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 69 I 3, S. 899 ff., S. 903; Hermes, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), 119 (121); näher nachstehend III.2.a).

9 Vgl. dazu Sachs/Siekman (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, Festschrift Stern, 2012.

wie dies dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland attestiert wird.

b) Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht

Es sind also vor allem die Grundrechte, die diese Ausstrahlungswirkung auf die gesamte Rechtsordnung entfalten. Mit dieser Ausstrahlungswirkung der Grundrechte, mit ihrer Auslegung als objektive Wertentscheidungen, als verfassungsrechtliche Wertungen für alle Bereiche des Rechts werden Verfassungsordnung unter unterverfassungsrechtliche Ordnung über das bloße Regel-Ausnahme-Verhältnis von Freiheit und Eingriff hinaus zueinander in Beziehung gesetzt. Grundrechte wirken in die einfachgesetzliche und untergesetzliche Rechtsordnung hinein, auch dies in der Konsequenz der Positivität der Grundrechte und ihrer Wirkung als unmittelbar geltendes Recht auf allen Ebenen der Gesetzgebung und der Gesetzesanwendung.¹⁰ Damit verbunden ist das Erfordernis einer grundrechtlichen Durchdringung der einfachgesetzlichen Ordnung und der Grundrechtseffektuiierung auf den nachgeordneten rechtlichen Ebenen. Die Rechtsordnung ist auf allen Ebenen und in allen ihren Sektoren¹¹ so auszugestalten und so zu handhaben, dass sie die Bedingungen für eine wirksame Realisierung von Grundrechten gewährleistet. Denn in einer differenzierten Gesellschaftsordnung wie der des europäischen Verfassungsraums, deren wesentliches Ordnungs- und Gestaltungsmittel das Recht ist, bewegt sich der einzelne Grundrechtsträger weitgehend in rechtlich geprägten Beziehungen, wenn er grundrechtliche Freiheit wahrnimmt.¹² Deshalb muss die rechtliche Ordnung so gestaltet sein, dass sie die Verwirklichung der Grundrechte ermöglicht und sichert.

c) Gesetzgebung und nachgeordnete Ebenen

Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf die Gesamtrechtsordnung bedeutet also, dass hier Verfassungsrecht in die einfachgesetzliche und untergesetzliche Rechtsordnung hineinwirkt, bedeutet in diesem Sinn eine Konstitutionalisierung des Rechts. Man hat diese verfassungsrechtliche, insbesondere grundrechtliche Prägung der Rechtsordnung sich als einen kontinuierlichen, schrittweisen Prozess vorzusehen – unterverfassungsrechtliches Recht vermag dem beharrende Kräfte entgegenzusetzen, wie nachstehend für exemplarische Materien etwa im Bereich der Kommunikationsfreiheiten aufzuzeigen sein wird.

Verfassungsrechtliche, insbesondere grundrechtliche Prägung der unterverfassungsrechtlichen Rechtsordnung bedeutet zunächst verfassungsmäßige Gesetzgebung, ein Prozess, der von vornherein an vorgegebenen Maßstäben ausgerichtet werden kann und sich deshalb verhältnismäßig unproblematisch gestaltet. Es geht jedoch nicht nur darum, sondern Ausrichtung der Rechtsordnung insgesamt an die Wertungen des Verfassungsrechts, auch der vom Verfassungsgeber vorgefundenen Rechtsordnung. Verfassungsrechtliche Durchdringung der Rechtsordnung bedeutet also weiterhin auch die Anpassung vorkonstitutioneller Normierungen – so konnte das Familienrecht der Bundesrepublik Deutschland erst nach und nach dem Gleichheitsgebot des Grundgesetzes angepasst werden. Es sind dies Anpassungsprozesse, die dort vor allem auf Gegenkräfte stoßen, wo tiefgehende Eingriffe in vorkonstitutionelle, geschlossene und in einer differenzierten Kasuistik entfaltete Normenkomplexe erforderlich werden, wie nachstehend für das Recht des Wettbewerbs aufzuzeigen sein wird. Doch beschränkt sich die Ausrichtung der Rechtsordnung auf Verfassungsrecht nicht auf die Ebene der Gesetzgebung. Sie muss sich, soll sie den Grundrechten zu effektiver Geltung verhelfen, auf die der Gesetzgebung nachgeordneten Ebenen des Gesetzesvollzugs, der Gesetzesinterpretation erstrecken – auch und gerade dies ein Prozess,

10 Vgl. Sachs (Fn. 8), § 69 III 4, S. 927 f.; für die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs.1 GG s. BVerfGE 7, 198 (208); für die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG s. BVerfGE 93, 352 (360).

11 Vgl. zur Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf die unterschiedlichen Rechtsbereiche Sachs (Fn. 8), § 69 III 1 – 3, S. 924 ff.; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2019, Art. 1 Rdn. 178 ff.

12 Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rdn. 303.

der beharrende Gegenkräfte zu überwinden hat. Denn ein Denken und Handeln in vorkonstitutionellen Kategorien ist schwerer zu überwinden, als vorkonstitutionelles Recht selbst. So gibt es hinreichend Rechtsprechung der Bundesgerichte aus den ersten Dekaden der Geltung des Grundgesetzes, die noch keineswegs den Atem des Grundgesetzes spüren lassen, vielmehr den Ordnungsvorstellungen früherer Epochen der Rechtsentwicklung verhaftet erscheinen.

2.3. Grundrechtsprägung durch Gesetzesrecht

Grundrechte als objektive Wertentscheidung dürfen keinesfalls als Gegensatz zu ihrer freiheitsrechtlichen Dimension verstanden werden,¹³ vielmehr als deren Verstärkung und Erweiterung, wenn insbesondere weitere Schutzwirkungen der Grundrechte, etwa positive Schutzpflichten, hinzutreten. So bedeutet die „Entdeckung“ der Schutzwirkung der Grundrechte als objektiver Wertentscheidung für die Rechtsordnung nichts anderes als die Realisierung der Normativität der Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG, die Konsequenz hieraus.

Dies bedeutet andererseits, dass Grundrechte in ihrer Geltungskraft, in Ausmaß und Intensität ihrer Effektivität durch diese Realisation in der unterverfassungsrechtlichen Ordnung bestimmt werden, hiervon auch abhängen und hierdurch auch beeinflusst werden können, bis hin zum Verfassungswandel.¹⁴ Gesetzgebung und Rechtsanwendung bestimmen mit darüber, wie und in welchem Ausmaß, in welcher Intensität Grundrechte zur Wirksamkeit gelangen. Funktion einer in diesem Sinn grundrechtsbezogenen Gesetzgebung ist es also vor allem, den Grundrechten in der Rechtsordnung Geltung

zu verschaffen. Für Verwaltung und Rechtsprechung folgen hieraus Funktionen mittelbarer Grundrechtsausgestaltung in grundrechtskonformer Gesetzesanwendung und erforderlichenfalls auch Gesetzesfortbildung, nicht zuletzt unter dem Eindruck realer Veränderungen.¹⁵ Als Beispiel für letztere kann auf die Rechtsprechung zum Schutz des Persönlichkeitsrechts in den Medien verwiesen werden. Die Rechtsprechung hat durch richterliche „schöpferische Rechtsfindung“¹⁶ aus dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen Anspruch auf Geldentschädigung entwickelt, obschon § 253 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung immaterieller Rechtsgüter für diesen Fall nicht vorsieht.¹⁷ Der von der Rechtsprechung entwickelte Schadensersatz wird nicht mehr als ein Fall von „Schmerzensgeld“ in Analogie zu § 847 BGB,¹⁸ sondern als unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteter besonderer Anspruch aufgefasst.¹⁹ Er hat Konturen eines eigenständigen Rechtsinstituts des Strafschadens (punitive damage) erlangt²⁰: es handle sich hierbei „... im eigentlichen Sinn nicht um ein Schmerzensgeld nach § 847 BGB, sondern um einen Rechtsbehelf, der auf den Schutzauftrag aus Art. 1 und 2 I GG zurückgeht“.²¹ Die Wechselbezüglichkeit von Verfassungsnorm und einfachem Gesetz wird hier beispielhaft deutlich. Einerseits werden Bestimmungen des bürgerlichen Rechts – §§ 253 und 847 BGB – praeter, wenn nicht contra legem inhaltlich durch Verfassungsrecht „angereichert“, andererseits werden dem

13 Vgl. zutr. Sachs, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, vor Art. 1 Rdn. 28; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2019, Art. 1 Rdn. 171ff.; v. Art. 5 GG Degenhart, BonnK, Art. 5 I und II (2017) Rdn. 63 f.;

14 Zu dieser Wechselbezüglichkeiten insbesondere Lerche, Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in: HStR V, 2. Aufl. 1989 Rdn. 1; Degenhart, Realitätsprägung durch Verfassungsrecht – Verfassungsinterpretation und reale Veränderungen, in: Scholz u.a. (Hrsg.), Realitätsprägung durch Verfassungsrecht (Fn. 5), S. 89 (94 f.).

15 Vgl. Degenhart a.a.O.

16 Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung Gounalakis, AfP 1998, 10 (12 ff.).

17 S. dazu BVerfGE 34, 269 (292); BGHZ 128, 1 (15); 143, 214 (218 f.).

18 BGH, NJW 1996, 984; BVerfG, NJW 2000, 2187.

19 Vgl. Müller, AfP 1997, 499; Gounalakis, AfP 1998, 10, 12 f.

20 Des „Strafschadens“ (punitive damages), BGHZ 128, 1 – Caroline v. Monaco I –; vgl. hierzu Gounalakis, AfP 1998, 10; s. auch zur Rechtsprechung der Zivilgerichte zu Art. 3 Abs. 2 GG vor der Verwirklichung der Gleichberechtigung durch den Gesetzgeber Hesse (Fn. 12), Rdn. 305; – kritisch zur Durchbrechung der Funktionenordnung im Fall des Schmerzensgelds contra legem Hermes, VVDStRL 61 (2002), 119 (131). BGHZ 128, 1 (22); zur Terminologie Soehring, NJW 1997, 360 (372); zu den Anspruchsvoraussetzungen Ruffig, AfP 2016, 110.

Grundrecht Schutzwirkungen in der Rechtsanwendung durch die Fachgerichte zugeordnet, die seiner effizienten Durchsetzung in der allgemeinen Rechtsordnung dienen. Damit soll einerseits wirksamer Grundrechtsschutz im Ausgleich mit öffentlichen Interessen gewährleistet werden, andererseits aber auch ein schonender Ausgleich kollidierender Grundrechte Privater – wie hier zwischen Meinungs- und Pressefreiheit einerseits, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht andererseits. Es sind insbesondere reale Veränderungen im Bereich der Medienberichterstattung, die hier eine Rechtsfortbildung erforderlich machten, um so die Schutzwirkung des Grundrechts zu den realen Erfordernissen anzupassen. Kennzeichnend erscheint auch die von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angestoßene Inhaltskontrolle von Verträgen unter grundrechtlichen Vorzeichen.²²

2. 4. Wechselbezogenheit von Verfassungs- und Gesetzesrecht – die Rolle der Fachgerichtsbarkeit

Gesetzesrecht und dessen Anwendung bestimmen also maßgeblich darüber, mit welchem Inhalt, in welcher Intensität die Normen der Verfassung und insbesondere deren Grundrechte Wirkung entfalten. Es ist die Rechtsprechung der Fachgerichte, die diese Wechselwirkung zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht vermittelt. Einfachgesetzliches Recht wirkt mithin grundrechtsprägend auf der Ebene der Gesetzgebung wie der Gesetzesanwendung, das Verhältnis von Gesetzesrecht zu Verfassungsrecht kann nicht ausschließlich aus dem Blickwinkel der Beschränkung verfassungsmäßiger Rechte aufgefasst werden, Verfassungsrecht ist auf Realisation im einfachen Recht angewiesen. Die Grundrechte der Verfassung insbesondere sind in unterschiedlichem Maße auch normativ geprägt und in ihrer Verwirklichung gesetz-
esabhängig. So sind etwa die verfassungsrechtlichen Garantien für das gerichtliche Verfahren, aber auch die Eigentumsgarantie des Art. 14

GG in ihrem Gehalt von vornherein als normgeprägte Verfassungsgarantien geprägt, sind die Kommunikationsfreiheiten wie auch die Freiheiten wirtschaftlichen Handelns auf Realisation auch in der Privatrechtsordnung angelegt. Dem ist im folgenden für einzelne verfassungsrechtliche, insbesondere grundrechtliche Garantien nachzugehen.

3. WECHSELWIRKUNGEN VON VERFASSUNGS- UND GESETZESRECHT – AUSGEWÄHLTE TEILBEREICHE

3.1. Verfahrensgarantien als gesetzeshängige Verfassungsnormen

Zu den gesetzeshängigen Grundrechten par excellence sind die verfassungsrechtlichen Prozessgrundrechte zu zählen, für das Grundgesetz also die Garantie des gesetzlichen Richters in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und das Recht auf Gehör in Art. 103 Abs. 1 GG,²³ wie auch der aus dem Rechtsstaatsprinzip und in Anlehnung an Art. 6 Abs. 1 EMRK hergeleitete verfassungskräftige Grundsatz des fairen Verfahrens, dem vom EGMR ein „herausragender Platz“ in einer demokratischen Gesellschaft zugewiesen wird und der deshalb nicht restriktiv ausgelegt werden darf.²⁴ An Art. 6 EMRK angelehnt sind auch die Verfahrensgarantien des Art. 31 der Verfassung Georgiens.

Verfahrensgarantien des Verfassungsrechts für das gerichtliche Verfahren verwirklichen sich im Prozess, also in rechtlich geordneten Verfahren und setzen eben deshalb die Existenz prozessrechtlicher Regeln voraus, die die Art und Weise der Ausübung regeln. Sie bedürfen also der Ausgestaltung durch Prozessrecht.²⁵ Gleichwohl gelten die Verfahrensgarantien des

22 Vgl. BVerfGE 81, 242 (255) – Wettbewerbsverbot -; BVerfGE 89, 214 (230) – Bürgschaftsverträge -.

23 S. hierzu Degenhart, Gerichtsorganisation, HStR V, 3. Aufl. 2007, § 114; Gerichtliches Verfahren, HStR V, 2007, § 115; Degenhart, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 103 Rdn. 42 ff.

24 EGMR NJW 2009, 2873.

25 Vgl. BVerfGE 89, 28 (35); näher Degenhart, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 103 Rdn. 12 ff.

Grundgesetzes und der EMRK unmittelbar,²⁶ kann also beim Fehlen einer einschlägigen prozessrechtlichen Bestimmung unmittelbar auf die Verfassungsnorm zurückgegriffen werden. Diese gibt die grundsätzliche Richtung vor,²⁷ die Modalitäten der Gehörgewährung²⁸ sind der Ausgestaltung durch den einfachen Gesetzgeber überlassen. Präklusionsvorschriften,²⁹ verfassungsrechtlich legitimiert aus dem rechtsstaatlichen Aspekt der Verfahrenskonzentration und –beschleunigung, bewirken auf der Ebene des Verfahrensrechts eine Ausgestaltung des Rechts auf Gehör, wie sie generell Funktion des Prozessrechts ist, dürfen jedoch wiederum keine unzumutbare Einschränkung bewirken.³⁰ Nichts anderes gilt für die Ausgestaltung des durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierten Zugangs zum Gericht und den effektiven Rechtsschutz.³¹ Grundrechtsausgestaltung auf dieser verfahrensrechtlichen Ebene ist in ihrer Zuordnung zu positiv grundrechtssichernden und eingrenzend-konkretisierender Ausgestaltung ambivalent – je nach Zuordnung der zu sichernden materiellen Position.

3.2. Meinungsfreiheit in der Zivilrechtsordnung

a) Grundrechte als Wertentscheidungen und Drittwirkung

Exemplarisch für die Entfaltung der Grundrechte als objektive Prinzipien der Gesamtrechtsordnung ist, wie bereits eingangs ausgeführt, der Bereich der Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes bzw. des Art. 10 EMRK. Hier wird auch deutlich, dass es sich um einen sich kontinuierlich und schrittweise vollzie-

henden Prozess handelt. Mit der entscheidenden Weichenstellung des Lüth-Urteils aus dem Jahr 1958³² wurde die Wirkung der Grundrechte auf die gesamte Rechtsordnung erstreckt. Ausgangsfall war ein Rechtsstreit vor den Zivilgerichten. Der spätere Beschwerdeführer hatte zum Boykott der Filme eines wegen seiner NS-Vergangenheit umstrittenen Filmregisseurs aufgerufen. Dieser verklagte ihn wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, hier § 826 BGB und obsiegte zunächst. Denn der Boykottaufruf galt nach gefestigter Rechtsprechung der Zivilgerichte als sittenwidrige Schädigung, ohne dass etwa erwogen worden wäre, dass es sich hierbei um eine Form der Meinungsäußerung handeln könnte. Dem trat das Bundesverfassungsgericht entgegen. Zwar seien die Grundrechte zwischen Privaten nicht unmittelbar anwendbar. Als grundlegende, objektive Wertentscheidungen hätten sie jedoch von den Zivilgerichten berücksichtigt werden müssen. Deshalb durfte der Boykottaufruf nicht als sittenwidrig“ qualifiziert werden. Denn es ging hier um eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse. Hier spreche die Vermutung für die freie Rede. Ob etwas „sittenwidrig“ ist, dies ist eine Wertungsfrage. Dabei müssen auch und vor allem die Wertungen des Grundgesetzes berücksichtigt werden. Mittelbar wirken die Grundrechte damit auch auf Rechtsbeziehungen zwischen Privaten ein. Sie entfalten „mittelbare Drittwirkung“.³³

Gerade auch im zentralen Schutzbereich der Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes, im Bereich der Auseinandersetzung in öffentlichen Angelegenheiten, konnte das Bundesverfassungsgericht nicht immer auf Verständnis zählen, wenn es seine Vorstellungen der Vermutung für die freie Rede unter Einschluss der scharfen und bis zur Grenze der Schmähung auch verletzenden und polemischen Kritik in einer Gesellschaftsordnung mit einer eher schwäch-

26 Vgl. Kunig, in: von Münch/Kunig, GG II, 6. Aufl. 2012, Art. 103 Rdn. 8.

27 BVerfGE 31, 364 (370).

28 Vgl. hierzu Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG III, 3. Aufl. 2018, Art. 103 Rdn. 49 ff.

29 Vgl. näher Nolte, in: Mangoldt/Klein/Starck III, 7. Aufl. 2018, Art. 103 Rdn. 60 ff.; grundsätzlich aus der Rspr. des BVerfG, s. BVerfGE 54, 117 (123); 55, 72 (90 ff.); 75, 302 (312 ff.).

30 Vgl. Degenhart, Gerichtliches Verfahren, HStR V, 3. Aufl. 2007, § 115 Rdn. 10.

31 Vgl. Schulze-Fielitz, in: in: Dreier, GG I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Rdn. 60; BVerfGE 77, 275 (284).

32 BVerfG vom 15. Januar 1958, BVerfGE 7, 198, vgl. Degenhart, Grundrechtsausgestaltung, HdBGR III, § 60, Rdn. 4 zur Bedeutung dieses Urteils.

33 Vgl. Kigreen/Poscher, Grundrechte – Staatsrecht II, 34. Aufl. 2019, Rdn. 112 ff., 236 ff.

er ausgeprägten Tradition der freien öffentlichen Auseinandersetzung durchzusetzen suchte.³⁴

b) Tatbestände des Wettbewerbsrechts und Meinungsfreiheit

Als einer jener vorkonstitutionell ausgeformten, geschlossenen Normkomplexe, die gegenüber einer verfassungsrechtlichen Durchdringung beharrende Kräfte entwickeln, erwies sich das Wettbewerbsrecht im Verhältnis zu den Äußerungsfreiheiten des Grundgesetzes. So konnte sich auch unter der Geltung der Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 GG allmählich und gegen heftiges Sperrfeuer der zivilgerichtlichen Judikatur die Erkenntnis Geltung verschaffen, dass die kritische Befassung mit Gütern und Dienstleistungen, die durchaus auch mit dem Aufruf zum Boykott verbunden sein kann, nicht allein nach wettbewerbsrechtliche Grundsätzen beurteilt werden kann. Diese führen regelmäßig zur Unzulässigkeit der fraglichen Äußerung. Es dies aber auch eine Frage der Meinungsfreiheit, eine Erkenntnis, die sich erst allmählich durchsetzen konnte,³⁵ ebenso wie die Erkenntnis, dass auch Werbung unter den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheiten fallen kann.³⁶ Dass die commercial speech in den Schutzbereich des Art. 10 EMRK einbezogen ist, hat zweifellos dazu beigetragen, diesen Prozess der Anpassung zu fördern. Es dies aber auch eine Frage der Meinungsfreiheit.³⁷ Konflikte zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den obersten Fachgerichten, insbesondere für Zivilsachen dem Bundesgerichtshof, konnten hier nicht ausbleiben. So erlebten wir eine spannende Kontroverse zwischen dem Verfassungsgericht und dem höchsten Zivilgericht – dem Bundesgerichtshof – über die Zulässigkeit der Schockwerbung der Firma Benetton über das Verhältnis

34 Zu dieser Auseinandersetzung s. näher Degenhart, BonnK, Art. 5 I u. II (2017), Rdn. 507-521..

35 Zum ganzen s. näher Degenhart, Meinungs- und Medienfreiheit in Wirtschaft und Wettbewerb, in: Festschrift Lukes, 1989, S. 287 ff.

36 Näher Degenhart, BonnK, Art. 5 I und II (2017) Rdn. 133 ff.

37 Näher Degenhart, Meinungs- und Medienfreiheit in Wirtschaft und Wettbewerb, in: Festschrift Lukes, 1989, S. 287 ff.

zwischen der Äußerungsfreiheit unter dem Aspekt der commercial speech und dem Schutz der Persönlichkeit vor kommerzieller Ausbeutung unter dem Aspekt des lautereren Wettbewerbs. Der Bundesgerichtshof hält am Vorrang des Wettbewerbsrechts fest; das Bundesverfassungsgericht hat hier den Vorrang der Äußerungsfreiheit durchgesetzt.³⁸

3.3. Allgemeines Persönlichkeitsrecht als normgeprägtes Grundrecht

Zu den praktisch bedeutsamsten Funktionen eines Ausgleichs kollidierender Grundrechtspeditionen durch die Fachgerichtsbarkeit nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz zählen die Konflikte zwischen Meinungs- und Pressefreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht. Stärker normgeprägt stellt sich demgegenüber das allgemeine Persönlichkeitsrecht als die „passive“ Dimension des Grundrechts der freien Entfaltung der Persönlichkeit³⁹ dar. Dies gilt insbesondere für jene Sphären des Persönlichkeitsrechts,⁴⁰ die seinem Kernbereich,⁴¹ der Geheimsphäre und der Intimsphäre⁴² vorgelagert sind.⁴³ Sie werden maßgeblich durch Normierungen wie die des Kunsturhebergesetzes bestimmt, in dem das Recht am eigenen Bild als eine spezielle Ausprägung des Persönlichkeitsrechts eine spezifische Ausprägung erfahren hat, ebenso wie der dort geprägte Begriff der Person der Zeitgeschichte.⁴⁴ Vor allem die Rechtsprechung – zum Recht am eigenen Bild, zum deliktischen Schutz des Persönlichkeitsrechts nach § 823 Abs. 1 BGB⁴⁵

38 BVerfGE 102, 347; 107, 275 (280): vgl. Degenhart, BonnK, Art. 5 I und II (2017) Rdn. 137.

39 Vgl. Degenhart, JuS 1992, 361.

40 Vgl. zu den Sphären des Persönlichkeitsschutzes Degenhart, BonnK, Art. 5 I und II (2017), 5 Rdn. 440 ff. Zum uneinschränkbar Kern s. BVerfGE 75, 369 (380).

41 Vgl. Degenhart, BonnK, Art. 5 I und II (2017), 5 Rdn. 441 zum Schutz der Intimsphäre, der grundsätzlich einer Abwägung nicht zugänglich ist.

42 Degenhart, BonnK, Art. 5 I und II (2017), Rdn. 442 f.: Privatsphäre, Sozialsphäre, Öffentlichkeitssphäre.

43 Vgl. zum KUG als Ausprägung des Persönlichkeitsrechts Degenhart, BonnK, Art. 5 I und II (2017), 5 Rdn. 430, 459.

44 Vgl. insbesondere BGHZ 128, 1- Caroline v. Monaco I – erfundenes Interview -; BGH NJW 1996, 984; NJW

hat dem Persönlichkeitsrecht im Ausgleich mit den Äußerungsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG zur Durchsetzung verholfen.

3.4. Vertragskorrektur aus Verfassungsrecht

Die von der Verfassungsrechtsprechung angestoßene Entfaltung grundrechtlicher Schutzwirkungen im Privatrecht ist nicht auf die Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes beschränkt, kann vielmehr auch die Notwendigkeit eines Eingriffs in Rechtsbeziehungen des Privatrechts und einer verfassungsrechtlichen Korrektur zivilrechtlicher Verträge bedingen. Die staatlicherseits grundsätzlich zu beachtende und zu respektierende privatautonome Willensentscheidung der Vertragsparteien⁴⁶ kann vor allem in Fällen eines gestörten Gleichgewichts zwischen den Vertragsparteien korrekturbedürftig sein.⁴⁷ Es sind dies Fälle gestörter Vertragsparität,⁴⁸ in denen eine Vertragspartei sich in einer Situation struktureller, wirtschaftlicher und sozialer Unterlegenheit befindet und als die schwächere Partei nicht autonom entscheiden kann. Das Bundesverfassungsgericht spricht hier von „strukturell ungleicher Verhandlungsstärke“.⁴⁹

Dass sich die Parteien eines Vertrags in ungleichen Verhandlungspositionen befinden, dies allerdings ist nicht ungewöhnlich. Es besteht daher kein generelles Verbot des Abschlusses auch von Schiedsvereinbarungen zwischen ungleichgewichtigen Vertragsparteien.⁵⁰ Sie scheitern nicht per se daran, dass eine der Vertragsparteien ein wirtschaftliches oder soziales Übergewicht hat. Wenn aber eine Partei aus ihrer stärkeren Verhandlungsposition heraus die andere Partei zu ungewöhnlich belastenden

Vereinbarungen veranlasst,⁵¹ diese ihrerseits aber auf den Vertragsschluss angewiesen ist, so kann dies ein Bedürfnis nach einer Vertragskorrektur im Rahmen der §§ 138, 242 BGB bzw. auch des kartellrechtlichen Missbrauchstatbestands begründen, insbesondere auch dann, wenn die Inhalte des Vertrags verfassungsrechtlichen Wertungen zuwiderlaufen.

Es besteht ein Ungleichgewicht, und dieses Ungleichgewicht ist „strukturell“ im Sinn der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn die ungleichgewichtigen Lagen für abgrenzbare Bereiche typischerweise bestehen.⁵² Zwei Kriterien müssen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵³ erfüllt sein, um in eine verfassungsrechtliche Vertragskorrektur einzutreten: zum einen ein faktisches Übergewicht eines Vertragspartners, so dass dieser die Bedingungen einseitig setzen kann, zum anderen muss die Vereinbarung sich im grundrechtsrelevanten Bereich bewegen. Die maßgebliche Passage in der „Handelsvertreter-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts lautet:

„Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern.“

Ist diese Situation gegeben, so muss als materielles Kriterium die ungewöhnlich belastende Wirkung der in dieser Situation getroffenen Vereinbarung hinzukommen.⁵⁴ Es ist hier in erster Linie das allgemeine Persönlichkeitsrecht

1996, S. 985; BGHZ 131, 332.

46 Insoweit zutr. Zuck, SpuRt 2014, 5 (7).

47 Vgl. dazu Isensee, Privatautonomie, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 150 Rdn. 113 ff.

48 Isensee, Privatautonomie, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 150 Rdn. 115.

49 BVerfGE 89, 214 (234).

50 So auch Andexer, Die nationale Sportgerichtsbarkeit und ihre internationale Dimension, 2009, S. 292 f.; Bleistein/Degenhart, NJW 2015, 1555,

51 Isensee, Privatautonomie, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 150 Rdn. 115.

52 Niedermaier, Schieds- und Schiedsverfahrensvereinbarungen in strukturellen Ungleichgewichtslagen, 2013, S. 55 ff., 69.

53 So die Handelsvertreter-Entscheidung vom 07.02.1990, BVerfGE 81, 242.

54 BVerfGE 89, 214 (232 ff.).

der „schwächeren“ Partei, das vor Fremdbestimmung auch in Verträgen geschützt werden soll.

3.5. Eigentum in normativer Prägung

In Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG wird der Gesetzgeber explizit ermächtigt, den Inhalt des Grundrechts auszugestalten.⁵⁵ Dies ist bedingt durch die spezifische Gesetzesabhängigkeit des Eigentums, dessen grundrechtliche Wirksamkeit eine funktionsfähige⁵⁶ einfachgesetzliche Eigentumsordnung verlangt, eine Eigentumsordnung, die die Wahrnehmung grundlegender Eigentumsfunktionen, die Ausübung wesentlicher Eigentümerbefugnisse ermöglicht – auch jene Eigentümerbefugnisse, die im Grundsatz verfassungskräftig vorgegeben sind. Ausgestaltungsbedürftigkeit und Ausgestaltungsfähigkeit des Grundrechts werden hier also primär durch die Eigenart des grundrechtlich geschützten Rechtsguts bestimmt. Besonders augenfällig wird dies für das geistige Eigentum des Urheberrechts. Das UrhG ist in Wahrnehmung des verfassungsrechtlichen Auftrags an den Gesetzgeber ergangen, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen,⁵⁷ für das „geistige Eigentum“ eine sachgerechte Eigentumsordnung zu schaffen.

Grundrechtsausgestaltung durch den Gesetzgeber ist hier also Voraussetzung für die Wahrnehmung grundrechtlicher Befugnisse. Das grundrechtliche Schutzgut selbst wird vom Gesetzgeber mit der Definition des Eigentums bezeichnet,⁵⁸ der grundrechtliche Schutzbereich, also der Grundrechtstatbestand über die nähere

Regelung Eigentümerbefugnisse und die Bestimmung ihrer Reichweite umrissen. Dies kann so weit gehen, dass bestehende Eigentumsrechte gänzlich aufgehoben werden.⁵⁹ Denn die Ermächtigung, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, umfaßt auch die inhaltliche Neubestimmung von Eigentumsrechten bis hin zu deren Aufhebung,⁶⁰ durch Abspaltung bestehender rechtlicher Befugnisse im Rahmen der Neuordnung einer Eigentumsmaterie, einer intensiv wirkenden Form der Grundrechtsausgestaltung,⁶¹ die inhaltlich prägend, aber auch konkret eigentumsbeeinträchtigend wirken kann.⁶² Grundrechtsausgestaltung kann hier auch Umgestaltung bedeuten. Für die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG kann also von inhaltsbestimmender, konstituierender⁶³ Grundrechtsausgestaltung gesprochen werden.

4. ÜBERGREIFENDE VERFASSUNGSGRUNDSÄTZE

Kommt einerseits der unterverfassungsrechtlichen Ordnung die Funktion einer Ausgestaltung des Verfassungsrechts und insbesondere der Grundrechte zu, so erfolgt eben dieser Prozess der Konkretisierung und Ausgestaltung des Verfassungsrechts in verfassungsrechtlicher Gebundenheit, sind hierbei übergreifende Grundsätze des Verfassungsrechts zu beachten. Für die verfassungsrechtlichen Bindungen, denen der Gesetzgeber unterliegt, lassen sich bestimmte Gemeinsamkeiten ausmachen. Es sind dies die Notwendigkeit des angemessenen Ausgleichs,⁶⁴

55 Vgl. für das geistige Eigentum des Urheberrechts BVerfGE 31, 229 (241 ff.); 81, 12 (17); gerade für den Bereich des „geistigen Eigentums“, das ja der Konstituierung durch die Rechtsordnung in besonderem Maße bedarf, ist die Abhängigkeit des Grundrechtsschutzes vom Bestand einer sachgerechten Eigentumsordnung evident, besteht die Verpflichtung des Gesetzgebers, eine derartige Eigentumsordnung zu schaffen.

56 Vgl. Wendt, in: von Münch/Kunig, GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 14 Rdn. 42.

57 BVerfGE 31, 228 (240 ff.).

58 Eine andere Frage ist, inwieweit die einfachgesetzliche Grundrechtsausgestaltung für die Zukunft den Gesetzgeber bindet, ob diese also z.B. an den Eigentumsbegriff des § 903 BGB gebunden ist.

59 Vgl. z.B. BVerfGE 31, 275 (285); 70, 191 (199 ff.); 78, 58 (75).

60 Etwa durch Abspaltung bestimmter Befugnisse aus dem Grundeigentum, vgl. BVerfGE 58, 300 (345); kritisch Deppenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2019, Art. 14 Rdn. 2; Wendt, in: von Münch/Kunig, GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 14 Rdn. 61.

61 S. hierzu insbesondere BVerfGE 31, 275 (289 ff.).

62 Vgl. Wendt, in: von Münch/Kunig, GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 14 Rdn. 56.

63 Vgl. Lerche, Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in: HStR V, 2. Aufl. 1989 Rdn. 39; von Grundrechtskonstituierung spricht Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 92 ff.

64 Vgl. Lerche a.a.O. Rdn. 2 ff.

die Orientierung an unmittelbar durch das jeweilige Grundrecht vorgegebenen und nicht disponiblen verfassungsrechtlichen Leitlinien⁶⁵ und die Orientierung an den jeweiligen Sachgegebenheiten der Materie.

Von entscheidender Bedeutung ist für die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers weiterhin, ob ein Fall positiv grundrechtssichernder oder konkretisierend-eingrenzender Grundrechtsausgestaltung vorliegt, ob also eine Regelung tendenziell zur abwehrrechtlichen oder aber zu einer leistungs- und schutzrechtlichen Dimension des Grundrechts zuzuordnen ist, die „Eingriffsnähe“ der in Frage stehenden Ausgestaltung: wo es um positive Schutz- und Fördermaßnahmen geht, ist der Ermessensrahmen weiter gezogen, als dies der Fall ist bei eingrenzender Konkretisierung,⁶⁶ wie generell bei Leistungsgrundrechten⁶⁷ und leistungsrechtlichen Gehalten einzelner Grundrechte der Gesetzgeber freier ist. Bei Verfahrens- und Organisationsregelungen ist der Gestaltungsspielraum dort wiederum enger, wo es akzessorisch zum materiellen Recht um eingriffswahrende Verfahrensregeln geht. Bei aller Grundrechtsausgestaltung stellt sich schließlich die Frage nach einem unverzichtbaren Kernbereich des Grundrechts.

Der Gedanke des angemessenen Ausgleichs⁶⁸ als Element des übergreifenden Rechtsprinzips der Verhältnismäßigkeit wird als Leitlinie der Grundrechtsgestaltung deutlich dann, wenn der Gesetzgeber den Inhalt des Eigentums bestimmt. Die dem Gesetzgeber obliegende Eigentumsausgestaltung muß ihrerseits in gerechter Abwägung der Interessen des Eigentümers und der Allgemeinheit erfolgen.⁶⁹

65 Vgl. z.B. für Art. 6 Abs. 1 GG BVerfGE 10, 59 (66); 24, 104 (109); 31, 58 (69 f.) sowie das Sondervotum Papier zu BVerfGE 105, 313 (357, 358).

66 Konkretisierung mit „nachteiligen Auswirkungen“ auf die geschützten Grundrechte, vgl. Jarass, AöR 120 (1995), S. 345 (368).

67 Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 19 Rdn. 36 für den Zugang zum Gericht, Art. 19 Abs. 4 GG.

68 Zur Angemessenheit im Rahmen der Grundrechtsausgestaltung s. Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, S: 350 ff.

69 BVerfGE 31, 229 (238 f.); 49, 382 (394 f.); 79, 29 (40 f.); 81, 12 (17).

Eigentumsausgestaltende Regelungen müssen durch tragfähige öffentliche Belange legitimiert sein. Hierfür wird ein schonender, die Eigenart und Natur des jeweiligen Gutes⁷⁰ wahrer Ausgleich gefordert, unter Beachtung des Übermaßverbots.⁷¹ Wenn des weiteren für Art. 14 GG gefordert wird, der Gesetzgeber müsse auf die Eigenart⁷² des jeweiligen Eigentumsrechts Rücksicht nehmen, so wird hierin ein spezifischer Aspekt der Verfassungsbindung grundrechtsausgestaltender Gesetzgebung deutlich:⁷³ die Rücksichtnahme auf vorgefundene Merkmale des grundrechtlichen Schutzgutes. Diese sind nicht ausschließlich im rein Tatsächlichen zu suchen: wenn es sich beim Eigentum um einen rechtlich geprägten Begriff handelt, bedeutet dies, daß auch rechtliche Gegebenheiten für diese, insbesondere für den inhalts- und schrankenbestimmenden Gesetzgeber relevante Eigenart des grundrechtlichen Schutzgutes maßgeblich sind, dieses also seinerseits auch normativ zu bestimmen ist.⁷⁴

Hierin kommt zunächst eine jegliche gesetzgeberische Betätigung auch im Bereich der Grundrechtsgestaltung bestimmende verfassungsrechtliche Direktive zum Ausdruck: die des „angemessenen“, des „schonenden“⁷⁵ Ausgleichs. Am Schutzziel des effektiven Rechtsschutzes zu orientieren hat sich die Ausgestaltung der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG,⁷⁶ wie dies auch für sonstige Verfahrensrundrechte gilt. Hier ist der grundrechtliche Ausgleich der Ebene der Grundrechtsausgestaltung

70 Zu deren Beachtlichkeit s. BVerfGE 31, 229 (239 f.); Wendt, in: von Münch/Kunig, GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 14 Rdn 96.

71 BVerfGE 70, 191 (200 ff.); 76, 220 (238); Wendt, in: von Münch/Kunig, GG I, 6. Aufl. 2012, Art. 14 Rdn 59.

72 BVerfGE 31, 229 (241).

73 S. dazu Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers, 1976, S. 58 f.

74 Vgl. z.B. BVerfGE 11, 221 für im Sozialversicherungsrecht schon angelegte Eingriffe in Anwartschaften; BVerfGE 14, 263 für die Mehrheitsumwandlung im Aktienrecht, die verfassungsrechtlich vor allem deshalb Bestand hatte, weil sie ihrerseits im Einklang stand mit der prinzipiellen Gestaltung des Aktienrechts als einem typischen Fall eigentumsgestaltender Gesetzgebung; dazu auch BVerfGE 50, 290.

75 Vgl. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 152 f.

76 BVerfGE 77, 275 (284).

zugewiesen. Demgemäß wird die Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers verengt, wo die Grundrechtsausgestaltung freiheitsverkürzend wirkt, sich einer Grundrechtsbeschränkung annähert. Sie bedarf dann unter diesem Aspekt auch der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung durch legitime Handlungsziele und unterliegt dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Ist der Bestand bestimmter einfachgesetzlicher Normierungen zudem Voraussetzung für die Realisierbarkeit eines Grundrechts, so unterliegt der Gesetzgeber auch insoweit einer Bindung an bestehende einfachgesetzliche Konkretisierungen, als ein Mindestbestand an grundrechtssicherndem Normenbestand jedenfalls erhalten bleiben muss insoweit also eine Verpflichtung zu gesetzgeberischer Kontinuität besteht. Wenn also normgeprägte Grundrechte wie das Eigentum auch Grundrechte „aus der Hand des Gesetzgebers“⁷⁷ sind, so kann der Gesetzgeber als Grundrechtssubstanz doch nur das näher ausgestalten, was er im Kern der Verfassung selbst entnommen hat. Angesichts der Gefahr eines Zirkelschlusses – Dilemma jeder institutionellen Betrachtung – ist jedoch die Orientierung an vorgegebenen verfassungsrechtlichen Leitbildern unverzichtbar.

Damit sind auch die notwendigen Grenzen der Grundrechtsausgestaltung benannt. Der Verfügung durch den Gesetzgeber entzogen ist bei jeglichem Grundrecht, also auch den verstärkt ausgestaltungsfähigen und –bedürftigen Grundrechten der autonom verfassungsrechtlich zu bestimmende Grundrechtsgehalt. Für das Grundrecht des Eigentums des Art. 14 Abs. 1 GG wird er vor allem durch dessen Privatnützigkeit und Freiheitlichkeit bestimmt; hieraus folgt das auch in Wahrnehmung gesetzgeberischer Gestaltungsbefugnisse nicht überwindbare Verbot, an die Stelle des Eigentums etwas zu setzen, was diesen Namen nicht verdient.⁷⁸ Die Grundrechte

enthalten also zunächst Direktiven für die Ausgestaltung durch den Gesetzgeber, sind in ihrer gesetzgeberische Gestaltungsbefugnisse ihrerseits begrenzenden Wirkung aber hierauf nicht beschränkt. Gestaltungsresistente Kernbereiche sind für die einzelnen Grundrechte autonom zu bestimmen. Dies ist Aufgabe der auf die jeweiligen Einzelgrundrechte bezogenen Grundrechtsinterpretation, die sich der Grenzen der Grundrechtsausgestaltung bewusst zu sein hat – mögen sie auch bei einzelnen Grundrechten mitunter gelegentlich an Deutlichkeit verlieren.*

77 Vgl. die Formulierung bei Herzog, Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, in: Festschrift Zeidler, Bd. 2, 1987, S. 1415 ff.; beziehend Lerche (Fn. 1), Rdn. 39: „Der Gesetzgeber präsentiert die rechtliche Substanz“ (des Grundrechts).

78 Z.B. im Recht des Denkmalschutzes, BVerfGE 100, 226.

* The below article is published by the initiative of the professor of the Caucasus International University, Beka Kantaria with a consent by the author; The Georgian version of the article will be published in the scholarly compilation of the articles dedicated to the 100 anniversary of the Georgian Constitution.

Die verfassungsgeprägte Rechtsordnung des Konstitutionalismus – zum Verhältnis von Verfassungs – und Gesetzesrecht im Verfassungsstaat

Christoph Degenhart

*Doctor of Law. Professor of Public and
Administrative Law at Leipzig University*

KEYWORDS: Constitution, Fundamental Human Rights,
constitutional Court

RESUME

The Constitution of a state is meant to be the basis of the organisation of the state and the status of citizens within the state. To guarantee the rule of law and constitutional freedom, it has to be realized within the legal order on the levels of legislation, administration and jurisdiction. This refers above all to the fundamental rights, as says the Constitution of the Federal Republic (Grundgesetz – basic law) in Art. 1 „(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.“ The values of the constitution have to be realised within the legal order and legal practise. Those who apply law in the every day practice, must be conscious of these values. The fundamental human rights of the constitution, as freedom of speech, right of privacy, right of property must be observed in civil law as well as in penal law and public law. This can be exemplified by famous cases decided by the Constitutional Court, the Bundesverfassungsgericht. To a large extent, the success of the Grundgesetz, its broad acceptance is owed to the Court. To establish democracy and the rule of law, this acceptance of the Constitution is essential.

VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE 21ST CENTURY TELESCOPE

Irina Batiashvili

*Master of Law (with honors), Georgian-American University (GAU),
Adviser of Head of Legal Department, LLC "Tbilisi Energy",
Lecturer of Law and International Relations Faculty,
Georgian Technical University,
Member of Mediation and Arbitration Committee
(Georgian bar Association)*

*"What can you do to promote world peace?
Go home and love your family"
Mother Teresa*

INTRODUCTION

"The Equal Protection Clause was created to address and eliminate discriminatory practices and has been utilized to champion equality primarily in the areas of race, religion, ethnicity, gender and sexual preference. Judiciary is empowered with the authority to identify and determine when certain conduct, behavior and activity are considered to be illegal and constitutionally impermissible. For the court system to be effective, it is necessary for those individuals who are experiencing discrimination to report discriminatory practices to the appropriate authorities. By doing so, it will set the gears in motion to prosecute individuals who are violating the rights of the oppressed. Equally significance will be the issuance of published judicial opinions that will have national precedence and help protect the oppressed and victims from constitutionally prohibited behavior and bias."¹ – Mark A. Speiser,

1 Exclusive opinion of Circuit Court Judge Mark A. Speiser about The Equal Protection Clause, elimination of discrimination and protection of victims for this work.

Circuit Court Judge 17th Judicial Circuit, State of Florida.

“Violence against woman is now widely recognized as a serious human rights abuse, and increasingly as an important public health problem with substantial consequences for women’s physical, mental, sexual, and reproductive health. This recognition was strengthened by agreements at key international conferences during the 1990s, including the Fourth World Conference on Women (Beijing, 1995). Its Platform for Action identified the scarcity of adequate information on the prevalence, nature, causes, and consequences of violence worldwide, as a serious obstacle to the wider recognition of the magnitude and seriousness of the issue, and the development of effective intervention strategies²”. – Claudia Garcia-Moreno, Henrica AFM Jansen, Mary Ellsberg, Lori Heise, Charlotte H Watts.

Domestic violence against woman is an urgent and critical issue in Georgia. According to the Ministry of Internal Affairs of Georgia cases involving domestic violence are rampant and unfortunately quite prevalent: restraining orders; domestic violence – Article 1261 of the Criminal Code of Georgia, which deals with violence, systematic abuse or humiliation by one family member, causing physical pain or suffering; deliberate murder in a state of sudden, strong spiritual excitement – Article 111 the scope of which includes the deliberate murder of abuser by a victim as a result of mental trauma with a background of severe abuse. This type of offenses are increasing dramatically in Georgia.

According to criminal statistics maintained by Ministry of Internal Affairs of Georgia, domestic violence cases constituted the most common criminal category during 2017-2018 period. Significantly, the number of crimes registered under Article 1261 of the Georgia Criminal Code is increasing annually, due in large measure to the growth in reporting this type of violence by fe-

2 Claudia Garcia-Moreno, Henrica AFM Jansen, Mary Ellsberg, Lori Heise, Charlotte H Watts, on behalf of the WHO Multi-country Study on Women’s Health and Domestic Violence against Women Study Team.

male victims. Following the Istanbul Convention ratification of the The Council of Europe in 2014 on preventing and combating violence against women and domestic violence, the response and reporting of this type of criminal activity has become more commonplace. The ratification by Georgia of this international instrument has precipitated numerous legislative changes by the Georgia Parliament. What will be interesting and indeed very telling is to ascertain how current the Georgian Judiciary and our law enforcement personnel respond to international standards and the principles of Georgian legislation.

In 2019, the Georgia Young Lawyer’s Association (GYLA) published “Topical Issues of Domestic Violence against Women”, where GYLA’s research showed that in 2018, compared to 2017, the rate of violence, such as systematic abuse, blackmail and humiliation increased. Moreover, according to this study, in many instances restraining orders were unfortunately incorrectly and inappropriately issued, resulting in the use of this legal weapon not for the protection of the victim, but rather to their detriment.

This raises questions as to whether the underlying facts providing the impetus to the issuance of restraining orders had been correctly understood by the judicial officer issuing the injunction.

A major concern is that law enforcement is not conducting a complete and exhaustive criminal background check to determine the extent of the abuser’s prior abusive behavior against not only the complaining victim but also other female victims in the past. This issue is of grave concern. Also, no less problematic is the response and reaction by law enforcement agencies when victims refuse to testify in court to the violence or are reluctant to cooperate or provide police with information concerning the actual details of the offensive violent behavior.

* * *

In response to the increasing number of reported cases involving violence against woman,

the Ministry of Internal Affairs (MIA) in 2018 established a Human Rights Protection Department (currently named as: Human Rights Protection and Monitoring Department), whose primary focus is to significantly improve the effectiveness of investigations into these types of cases. This is an additional important mechanism to deter and combat domestic violence. GYLA's 2019 report indicates that in-depth interviews conducted with victims of violence in 2017 and 2018 identified many additional unaddressed problems and gaps. From these interviews, I will illustrate the origin of myths and dynamics of domestic violence. Interviews by GYLA with victims of domestic violence demonstrate that the cause of such violence is more often than not a product of one of the following scenarios:

- The abuser's desire to control the behavior of the victim, or
- Acting inconsistent with the abuser's will and subordinate and stereotypical roles within the family.

The consensus among victims is that the main provoking circumstances of violence are:

- Material dependence on the abuser
- Lack of moral support from the public
- Stereotypical antiquated approaches and interference by relatives in family affairs.

Interviews have shown that victims are less likely to file reports with law enforcement when living with abusers. Furthermore, most victims do not contact authorities after the first incident of violence, but only after systematic and intense assaults have occurred. It is also noteworthy that interviews and analyses of judgments and cases reveal that in the majority of cases the abuser is male and the victim is female. Violence mainly occurs between spouses / partners.

Interviews with victims' lawyers and case studies have shown that identifying a discriminatory motive is a problematic issue, and that is precisely what we should be thinking about.

Why is there a blatant absence in reported decisions of Georgian judges failing to identify gender violence/discrimination as a motive for physical violence by male defendants against female victims?

In fact, according to GYLA's report, out of 102 reported judgments reviewed during 2017, Prosecutor's Offices identified only two cases where gender discrimination was the motive. In 2018, of the 131 reported verdicts, in only three cases did the prosecutor's office identify a gender discriminative motive to be present. This is quite concerning and troubling!!

An analysis of the aforementioned Georgian court decisions revealed that the judges rarely agreed with or adopted the prosecutor's argument as to the discriminatory motive of the crime. Consequently, no gender-based factor was used as a measure to aggravate punishment. An analysis of the GYLA report reveals that Georgian courts issued protective orders contained only vague, general references to domestic violence and did not detail the readily apparent discriminatory factual circumstances that were present in each case. Unfortunately, this hinders an analysis of a prior violent history of the perpetrator of the domestic violence and an assessment of the risk of violence.

According to the analysis of the GYLA's cases, when both parties to the family conflict report that they each had been subjected to violence by one another, the police encountered difficulty in ascertaining who was the aggressor and who was the victim. In these types of cases, a restraining order was issued for both the abuser and the victim, indicating the difficulty of police in the process of distinguishing the abuser from the victim. Interviews with victims, Ministry of Internal Affairs officials and judges show that children of violence do not have the status of victims and that no protective measures are applied. The situation is different when underage children are themselves direct victims of violence. At such times, protective mechanisms are usually applied to them.

Interviews and available public information indicate a grave concern exists in identifying and providing safe shelters for victims of violence. In some cases, victims have to be placed in another city since there are no asylum locations available in the city where the domestic violence occurred. In some cases, it is impossible for victims to

change their place of residence, even temporarily, due to the distance from work and / or needs of their minor children.

There also exists a problem in compelling abusers to attend behavior modification training courses designed to change their violent attitudes and predispositions. This is due to the scarcity and paucity of such facilities in Georgia.

Analyses of reported verdicts reveal that in domestic violence cases, decisions were primarily focused on physical violence. It is noteworthy that in 2018, compared to 2017, law enforcement's response to cases involving psychological violence have notably increased. This a very positive indicator. The response itself implies that the State's standard of protection for victims has broadened. As we know, the reality and likelihood of the actual imposition of punishment has significantly curtailed abusive behavior in the domestic violence arena. For example, in 2018 in a remarkable turn of events prosecutors in Georgia are now routinely requesting the courts to impose strict custodial measures such as imprisonment for convicted abusers. Specifically, out of 131 cases the prosecution requested the use of pre-trial detention in 115 (88%) cases, while in only 16 cases which is 12% the prosecutor decided the purported abusers should be entitled to bail.

From this GYLA study we can conclude sometimes right and sometimes wrong practices of the judicial system. The courts mostly rely upon the victim's statement as a basis to issue a protective order.

Also noteworthy, a study of court rulings reveals that only a small percentage of judges (36%) applied additional obligations upon the abusers, such as prohibiting any contact or interaction with the victims, restriction of communication, and other non-custodial measures.

One important detail in the GYLA study clearly demonstrates the underlying yet unfortunate reason why most judges do not identify gender motives in domestic violence cases. Precisely, it is the judges' lack of knowledge and insight of the concept of gender equality. Only with this knowledge can a judge develop the necessary

consciousness to perceive gender balance and to have an opportunity to identify gender discrimination. As GYLA's research shows, low sensitivity and insufficient knowledge of gender equality issues remain a significant problem for some judges. This, among other things, is reflected in the stereotypical and prejudicial portrayals by judges regarding the roles of spouses in the family. In my opinion, perhaps in addition to lack of knowledge and insight of the concept of gender equality, it is important for our Country to focus on the issue of sexual bias. Based on the cognitive component of prejudice, we can assume that some judges may already unconsciously have formed an attitude, mood and expectations about gender balance.

In my work, I need to briefly review some of the issues raised in the 2017 National Research of Violence against Women. This research was funded by the European Union, United Nation Women and Geostat.

From this study, I would like to consider another form of violence, namely the new type of economic violence that has emerged in the 21st century. Until now, our reasoning has largely focused on physical or traditional psychological violence, but as of today, economic abuse is also a widespread form of inappropriate treatment that includes financial exploitation and excessive domination by the male figure in a relationship. The following questions were asked in this study:

- Has their partner ever prevented them from working or earning money?
- Has their partner ever taken away their income and savings?
- Has their partner ever refused to give them money to cover household expenses, even if they have the funds to do so?

According to the study, the table shows that 10% of women who have ever been in a partnership have experienced at least one form of economic violence. Five percent of women reported that their partner prohibited them from working or earning income and refused to provide them funds when they had the ability to do so to purchase both necessities for the home and items of comfort.

To better visualize a form of economic violence, consider the following: “He turned off the electricity, the gas and the water because he was paying taxes”. He was telling me that he could stop paying when he wanted to do so; Saying: “You depend on me. I earn the money. You're a mess without me.” (Victim, 25, In-Depth Interview). If we look closely at the content of economic violence through a telescope, we can see that it also includes a form of psychological violence.

It is a fact that violence against women is the most common cause of murders of women in general. Globally, violence significantly impedes the development of respect for women's rights and likewise, contributes to the impairment of physical, human and social capital (García-Moreno, C. and World Health Organization, WHO). Combating violence has become the global priority issue for human rights, health care and development. The international community has recognized the importance of eliminating violence against women in various conventions, policies and frameworks. For instance, I draw your attention to The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) and The Beijing Declaration and its Platform for Action and Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence (The Council of Europe Istanbul Convention). The World Health Organization seeks to eliminate all forms of violence and harmful practices against women as reflected in its schedule of the 2030 Sustainable Development Goals³.

I want to reference Section 1 of the Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States of America: “...No state shall deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. As mentioned in “The Heritage Guide to the Constitution”⁴ the Equal Protection

Clause is one of the most litigated and significant provisions in contemporary United States Constitutional Law. Historically, the genesis of the interpretation of The Equal Protection Clause arose from the entire “drama” of The Civil War, Reconstruction, Slavery and Emancipation Era of The United States history. As The Heritage Guide illustrates in The United States Constitution: “The Privileges or Immunities Clause, The Equal Protection Clause and Due Process Clause form a coherent Triad. A state legislature could not deny to any citizens within its jurisdiction any immunity and privilege as defined in the United States Constitution. Once a law was validly passed, the state or its agents could not arbitrarily enforce it against any person within the state's jurisdiction without violating The Equal Protection Clause. Finally, every person accused of violating a law would enjoy the full panoply of procedural rights before the courts of the states. However early (United States Supreme Court) Court involvement, such as in the Slaughter-House Cases (1873) as well as the ambiguity of much of the congressional debates, has led to debate and disagreement as to the original understanding of the three Clauses”. In modern times, debates about The Equal Protection Clause have grown exceedingly intense and The United Supreme Court has issued several decisions addressing the issue of whether in a domestic relationship to what extent did the framers of United States Constitution intend to extend the rights guaranteed under The Equal Protection Clause? What does it mean to treat persons equally? And lastly what does equal treatment mean after all?

Currently, the⁵ scope of The Equal Protection Clause is more expansive and broader in the United States and it addresses prohibited governmental actions under the state actions doctrine.

“The Equal Protection Clause textually limits only state government; hence it is literally inapplicable to the federal government. However, since *Bolling v Sharpe* (1954), the Court has developed the doctrine that the Due Process

3 Claudia Garcia-Moreno, Henrica AFM Jansen, Mary Ellsberg, Lori Heise, Charlotte H Watts, on behalf of the WHO Multi-country Study on Women's Health and Domestic Violence against Women Study Team. <https://www.who.int/>

4 Book “Heritage Guide to the Constitution” – Edwin Meese III, Matthew Spalding, David Forte

5 The Heritage Guide to the Constitution” – Edwin Meese III, Matthew Spalding, David Forte , pg. 399

Clause of the Fifth Amendment has an equal protection component with equivalent requirements to the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment. Equal Protection doctrine (if not literally Equal Protection Clause) has thus become applicable to all governmental action, whether state, local, or federal.” – “Heritage Guide to the Constitution”, David Smolin⁶.

Most American commentators agree that before modern views and understanding of The Equal Protection Clause, it was narrower. The legislators were focused on the status of freed slaves and equal protection was understood as racial terms. Also it is very interesting to see the classifications to strict scrutiny in United States and as we see it from their history until now it is very limited: race, national origin or ethnic group and legal alienage. In cases where the classification is either created by federal government (which has plenary control over immigration) or excludes aliens from political functions, this is related to the process of democracy and self-government. In the Heritage Guide to The Constitution we see very good examples of above mentioned: such as serving as police or probation officers or public school teachers.

In the early 1970s, The United States Supreme Court developed a third intermediary standard of review for two classifications and one of them was sexual gender. Afterwards, Supreme Court has thus refused to extend heightened scrutiny to any other classifications as sexual orientation or age. These classifications were included in antidiscrimination legislation. Only officially, gender remained subject to intermediary scrutiny. Today The United States Supreme Court addressed issues concerning sexual orientation and age in the context of equal protection clause.

By definition, The USA Constitution’s The Equal Protection Clause prohibits discrimination based upon sexual gender. For example, The United States Supreme Court has invalidated a state law that limited enrollment in a nursing

school to only woman⁷ and a law that allowed women but not men, to buy alcohol at age 18.⁸ Thus we can see two very good examples of The United States Supreme Court extending equality between women and men in The United States.

CONCLUSION

We see that the first step that the State must take to eliminate violence is to create effective legislation to empower and improve the systematic framework. In this context, it is noteworthy that the amendments made to the Criminal Code of Georgia in 2012 criminalized domestic violence. Nevertheless, our country still faces a major challenge, which includes providing measures to improve enforcement mechanisms. Precisely, this is the mandatory and positive obligation of the State to take appropriate actions including raising awareness of equality issues among judges, prosecutors and police officers. It is important for the continual development of Georgia that the right to equality guaranteed by Article 11 of the Constitution of Georgia be effectively protected:

“All persons are equal before the law. Any discrimination on the grounds of race, color, sex, origin, ethnicity, language, religion, political or other views, social affiliation, property or titular status, place of residence, or on any other grounds shall be prohibited”.

And finally I wanted to represent the role and impact of Court decisions, opinions and interpretations in the political, cultural and social development of country by providing an example from the history of The United States.

6 The Heritage Guide to the Constitution”, p. 403.

7 Mississippi University for Women v Hogan (1982)

8 Craig v. Boren (1976)

BIBLIOGRAPHY:

1. Exclusive opinion of Circuit Court Judge Mark A. Speiser about The Equal Protection Clause, elimination of discrimination and protection of victims for this work.
2. Claudia Garcia-Moreno, Henrica AFM Jansen, Mary Ellsberg, Lori Heise, Charlotte H Watts, on behalf of the WHO Multi-country Study on Women's Health and Domestic Violence against Women Study Team. <https://www.who.int/> (In English)
3. "Topical Issues of Domestic Violence against Women" – Georgian Young Lawyer's Association, 2019 Year. (In Georgian)
4. 2017 National Research of Violence against Women. (European Union, UN Women and Geostat). (In Georgian)
5. Book "Heritage Guide to the Constitution" – Edwin Meese III, Matthew Spalding, David Forte.

ქალთა მიმართ ძალადობა 21-ე საუკუნის ტელესკოპში

ირინა ბათიაშვილი

სამართლის მაგისტრი, ქართულ-ამერიკული უნივერსიტეტი, მკვლევარი „თბილისი-ენერჯის“ იურიდიული დეპარტამენტის უფროსის მრჩეველი, საქართველოს ტექნიკური უნივერსიტეტის სამართლისა და საერთაშორისო ურთიერთობების ფაკულტეტის ლექტორი, საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის მედიაციისა და არბიტრაჟის კომიტეტის წევრი

*„რა შევიძლიათ გააკეთოთ, რომ ხელი შეუწყოთ მსოფლიოში მშვიდობას? ნადით სახლში და შეიყვარეთ თქვენი ოჯახი“
დედა ტერეზა*

„თანაბარი დაცვის შესახებ დებულება შეიქმნა დისკრიმინაციული პრაქტიკის აღმოფხვრის მიზნით და გამოიყენებოდა თანასწორობის დაცვისათვის, პირველ რიგში რასის, რელიგიის, ეთნიკური კუთვნილების, სქესის და სექსუალური პრეფერენციის სფეროებში. სასამართლო ხელისუფლება უფლებამოსილია განსაზღვროს და იდენტიფიცირება მოახდინოს, თუ როდის მიიჩნევა გარკვეული ქცევა და მოქმედება უკანონოდ და კონსტიტუციურად დაუშვებლად. სასამართლო სისტემის ეფექტურობისათვის აუცილებელია იმ პირებმა, რომლებიც განიცდიან დისკრიმინაციას, განაცხადონ შესაბამის ორგანოებში ამ დისკრიმინაციის ფაქტის არსებობის შესახებ. ამით მოძრაობაში მოვა სისხლისსამართლებრივი დევნის მექანიზმი იმ პირების მიმართ, რომლებიც არღვევენ და ლახავენ შევიწროებულთა უფლებებს. თანაბრად მნიშვნელოვანია, გამოქვეყნებული სასამართლო მოსაზრებების გამოცემა, რომელსაც ექნება ეროვნული პრეცედენტის სახე და დაეხმარება შევიწროებულებს და დაზარალებულებს დაიცვან თავი კონსტიტუციურად აკრძალული ქცევისა და მიკერძოებულობისგან“. – მარკ სპეისერი, ფლორიდის შტატის რეგიონალუ-

რი მოსამართლე (Mark A. Speiser, Circuit Court Judge 17th Judicial Circuit, State of Florida.)¹

„ქალთა მიმართ ძალადობა, თავისი ყველა ფორმითა და გამოვლინებით, ადამიანის უფლებებისა და ძირითადი თავისუფლებების დარღვევაა. უფრო მეტად კი საზოგადოებრივი ჯანმრთელობის მნიშვნელოვან პრობლემას წარმოადგენს, რაც მნიშვნელოვან შედეგებს იწვევს ქალის ფიზიკურ, გონებრივ, სექსუალურ და რეპროდუქციულ ჯანმრთელობაზე. ეს აღიარება გაამყარა 1990-იან წლებში მნიშვნელოვან საერთაშორისო კონფერენციებზე მიღებულმა შეთანხმებებმა, მათ შორის ქალთა მეოთხე მსოფლიო კონფერენციამ (პეკინი, 1995). სამოქმედო პლატფორმამ დააადგინა, რომ საკითხის მასშტაბებისა და სერიოზულობის უფრო ფართო აღიარების, ეფექტური ჩარევისა და სტრატეგიების შემუშავების სერიოზულ დაბრკოლებას წამოადგენს ძალადობის გავრცელების, ბუნების, მიზეზების და შედეგების შესახებ ადეკვატური ინფორმაციის სიმცირე მთელ მსოფლიოში“. (García-Moreno, C., Jansen, H., Ellsberg, M., Heise, L) მსოფლიოს ჯანმრთელობის ორგანიზაციის პუბლიკაცია WHO world health organization.²

ოჯახში ძალადობა, ოჯახური დანაშაული და ქალთა მიმართ ძალადობა საქართველოში ერთ-ერთი აქტუალური და საკვანძო საკითხია. საქართველოს შინაგან საქმეთა სამინისტროს სტატისტიკის თანახმად, ოჯახში ძალადობის შემთხვევები საკმაოდ გავრცელებულია და, სამწუხაროდ, საკმაოდ ხშირია: შემაკავებელი ორდერების გამოცემა; ოჯახში ძალადობა – საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 1261-ე მუხლი, რომლის მოქმედების არეალში ხვდება ოჯახის ერთი წევრის მიერ

ოჯახის სხვა წევრის მიმართ ძალადობა, სისტემური შეურაცყოფა ან დამცირება, რომელმაც გამოიწვია ფიზიკური ტკივილი ან ტანჯვა; განზრახ მკვლელობა უცარი, ძლიერი, სულიერი აღელვების მდგომარეობაში – საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 111-ე მუხლი, რომლის მოქმედების არეალში ხვდება ძალადობის მსხვერპლის მიერ მძიმე შეურაცხყოფის ფონზე ფსიქიკური ტრამვის შედეგად ჩადენილი განზრახ მკვლელობა. ამ ტიპის დანაშაულები საქართველოში დღითიდღე მკვეთრად იზრდება.

საქართველოს შინაგან საქმეთა სამინისტროს დანაშაულის შესახებ სტატისტიკური მონაცემების მიხედვით, 2017-2018 წლებში ოჯახში ძალადობა ყველაზე გავრცელებულ დანაშაულთა კატეგორიაში ექცევა. ასევე მნიშვნელოვანია ის ფაქტი, რომ ყოველ წელს, წინა წელთან შედარებით, იზრდება სსკ-ის 1261-ე მუხლით გათვალისწინებულ დანაშაულთა რიცხვი, რაც შესაძლოა, განპირობებული იყოს ამ ტიპის ძალადობაზე მდებარეობითი სექსის მსხვერპლების მიერ განცხადებების მაჩვენებლის ზრდით.

2014 წელს საქართველოს მიერ „ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის პრევენციისა და აღკვეთის შესახებ“ ევროპის საბჭოს კონვენციის (შემდგომში: სტამბოლის კონვენცია) რატიფიცირების შემდგომ ოჯახში ძალადობის, ოჯახური დანაშაულებისა და ქალთა მიმართ ძალადობის წინააღმდეგ ბრძოლა განსაკუთრებით აქტუალური გახდა. აღნიშნული საერთაშორისო ინსტრუმენტის რატიფიცირებას არაერთი საკანონმდებლო ცვლილება თუ სახელმწიფოს მხრიდან ვალდებულების აღება მოჰყვა, თუმცა, საინტერესოა, რამდენად შესაბამისობაშია დღევანდელი სასამართლო პრაქტიკა თუ სამართალდამცავი ორგანოების რეაგირება საერთაშორისო სტანდარტებსა და საქართველოს კანონმდებლობასთან.

ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაციის მიერ 2019 წელს გამოიცა “ოჯახში და ქალთა მიმართ ძალადობის აქტუალური საკითხე-

1 ფლორიდის შტატის რეგიონალური მოსამართლის მარკ სპეისერის ექსკლუზიური მოსაზრება თანაბარი უფლების შესახებ დებულების, დისკრიმინაციის აღმოფხვრის და მსხვერპლთა დაცვის მექანიზმების თაობაზე ამ სტატისტიკის.

2 Claudia Garcia-Moreno, Henrica AFM Jansen, Mary Ellsberg, Lori Heise, Charlotte H Watts, on behalf of the WHO Multi-country Study on Women’s Health and Domestic Violence against Women Study Team.

ბი”, სადაც საიას მიერ ჩატარებულმა კვლევამ აჩვენა, რომ 2018 წელს, 2017 წელთან შედარებით, გაზრდილია იმგვარი ძალადობის ფორმის გამოვლენის მაჩვენებელი, როგორცაა სისტემატური შეურაცხყოფა, შანტაჟი და დამცირება, ასევე, მნიშვნელოვანია ის ფაქტი, რომ ამ კვლევის თანახმად, სამწუხაროდ ხშირ შემთხვევაში, შემაკავებელი ორდერები არამიზნობრივად და არასათანადოდ იყო გამოცემული, რის შედეგადაც ამ სამართლებრივი იარაღის (მექანიზმის) გამოყენება მოხდა არა მსხვერპლის დასაცავად, არამედ მათ საზიანოდ.

ეს ბადებს კითხვას: ორდერის გამოცემის დროს ხდება თუ არა საკითხის სიღრმისეული შესწავლა? ასევე ბუნდოვანია, ძალადობის წინარე ისტორიის შესახებ რამდენად საკმარისი ინფორმაცია აისახება. მთავარი საზრუნავი არის ის, რომ სამართალდამცავი ორგანოები არ ახორციელებენ მოძალადის წინარე ისტორიის სრულ და ამომწურავ სისხლისსამართლებრივ შემოწმებას, რათა განისაზღვროს მისი წინარე ძალადობრივი ქცევის არეალი არა მარტო მომჩივანი მსხვერპლის მიმართ, არამედ მის წარსულში არსებული სხვა ქალი მსხვერპლების მიმართ.

აგრეთვე, არანაკლებ პრობლემას წარმოადგენს სამართალდამცავი ორგანოების მხრიდან რეაგირება, როდესაც მსხვერპლი არ ადასტურებს ძალადობას ან/და თავს იკავებს ძალადობის შესახებ ინფორმაციის მიწოდებისგან ან როცა მსხვერპლი სასამართლო განხილვის დროს უარს ამბობს ჩვენების მიცემაზე.

* * *

მისასაღმებელია ის ფაქტი, რომ 2017 და 2018 წლებს შინაგან საქმეთა სამინისტროში შეიქმნა ადამიანის უფლებათა დაცვის დეპარტამენტი (ამჟამად: ადამიანის უფლებათა დაცვისა და გამოძიების ხარისხის მონიტორინგის დეპარტამენტი), რომლის ერთ-ერთი მთავარი მიზანია აღნიშნული ტიპის დანაშაულებზე გამოძი-

ების ეფექტიანობის გაზრდა. რაც კიდევ ერთ მნიშვნელოვან დამატებით მექანიზმს წარმოადგენს ძალადობის წინააღმდეგ ბრძოლაში.

საიას მიერ 2017-2018 წლებში ჩატარებულ კვლევაში აღნიშნულია, რომ დამატებითი პრობლემებისა და ხარვეზების იდენტიფიცირების მიზნით განხორციელდა ჩალრმავებული ინტერვიუები ძალადობის მსხვერპლებთან. ამ ინტერვიუებიდან მოვიყვან შეფასებებს, რომ უფრო ნათლად დავინახოთ ძალადობის საფუძველი, მიზნები და განვითარების დინამიკა.

ძალადობის მსხვერპლებთან ინტერვიუმ აჩვენა, რომ ძალადობის გამომწვევი მიზეზი ხშირად არის:

- მოძალადეთა მხრიდან მსხვერპლის ქცევის კონტროლის სურვილი
- მოძალადეების ნებასთან შეუსაბამო მოქმედება და ოჯახში არსებული დაქვემდებარებული და სტერეოტიპული როლები.

მსხვერპლები ძალადობის ძირითად მაპროვოცირებელ გარემოებად მიიჩნევენ:

- მოძალადეზე მატერიალურად დამოკიდებულებას
- საზოგადოების მხრიდან მორალური მხარდაჭერის არარსებობას
- სტერეოტიპულ მიდგომებს და ოჯახის საქმეებში ნათესავების ჩარევას.

ინტერვიუებმა აჩვენა, რომ მსხვერპლები მოძალადეებთან თანაცხოვრების განმავლობაში ნაკლებად მიმართავენ სამართალდამცავ უწყებებს. ასევე მიმართვა, როგორც წესი, ხდება არა პირველივე, არამედ მხოლოდ სისტემატური და ინტენსიური ძალადობის შემდგომ.

აქვე აღსანიშნავია, რომ ინტერვიუებმა, განაჩენებისა და საქმეების ანალიზმა ცხადყო, რომ უმრავლეს შემთხვევაში მოძალადე მამაკაცია, ხოლო მსხვერპლი – ქალი. ძალადობა ძირითადად ხდება მეუღლეებს/პარტნიორებს შორის.

ამ კვლევის ფარგლებში მსხვერპლების ადვოკატებთან ჩატარებულმა ინტერვიუებმა და შესწავლილმა განაჩენებმა ცხადყო, რომ დისკრიმინაციული მოტივის გამოკვე-

თა პრობლემური საკითხია და ჩვენთვის დამაფიქრებელი ზუსტად ეს უნდა იყოს.

სად არის ის ბუნდოვანება იურისპრუდენციაში, რომელიც ნისლით ფარავს დისკრიმინაციული ნიშნის მქონე დანაშაულებს?

ფაქტია, რომ ამ კვლევის თანახმად, 2017 წლის პერიოდში შესწავლილი 102 გადაწყვეტილებიდან, პროკურატურის მხრიდან მხოლოდ 2 შემთხვევაში იყო გამოკვეთილი გენდერული დისკრიმინაციის მოტივი. რაც შეეხება 2018 წელს შესწავლილი 131 გადაწყვეტილებიდან 3 შემთხვევაში მოხდა დისკრიმინაციული მოტივის გამოკვეთა ბრალდების მხარის მიერ. ეს საკმაოდ შემაშფოთებელია!!

სასამართლო განაჩენების ანალიზმა გამოავლინა, რომ სასამართლომ არცერთ შემთხვევაში არ გაიზიარა პროკურორის არგუმენტაცია დანაშაულის დისკრიმინაციულ მოტივთან დაკავშირებით. შესაბამისად, სასჯელის დამამძიმებელ გარემოებად გენდერული ნიშნით დანაშაულის ჩადენა არ გამოყენებულა.

როგორც საიას წარმოებაში არსებული საქმეების, ისე მონიტორინგის ფარგლებში შესწავლილი სასამართლო გადაწყვეტილებების ანალიზმა აჩვენა, რომ დამცავ ორდერებში მხოლოდ ზოგადი მითითებაა ძალადობის შესახებ და არ არის აღნიშნული მნიშვნელოვანი ფაქტობრივი გარემოებები, რაც ხელს უშლის როგორც ძალადობრივი წინარე ისტორიის შესწავლას, ისე ძალადობის რისკის სათანადოდ შეფასებას.

საიას წარმოებაში არსებული საქმეების ანალიზის მიხედვით, როდესაც ოჯახურ კონფლიქტში მონაწილე ორივე მხარე აცხადებს, რომ დაექვემდებარა ძალადობას, იკვეთება პოლიციის მხრიდან მსხვერპლის იდენტიფიცირების პრობლემა. მსგავს შემთხვევებში შემაკავებელი ორდერი გამოიცემოდა როგორც მოძალადის, ისე მსხვერპლის მიმართ, რაც მიუთითებს პოლიციის მიერ მოძალადისა და მსხვერპლის გარჩევის სირთულეზე.

მსხვერპლებთან, შსს-ს წარმომადგენლებსა და მოსამართლეებთან ჩატარებული

ინტერვიუები აჩვენებს, რომ ძალადობის შემსწრე ბავშვებს არ აქვთ მსხვერპლის სტატუსი და მათ მიმართ არ გამოიყენება დამცავი მექანიზმები. განსხვავებული ვითარებაა მაშინ, როდესაც არასრულწლოვანი შვილები თავად არიან ძალადობის პირდაპირი მსხვერპლები. ასეთ დროს, როგორც წესი, მათ მიმართაც მოქმედებს დამცავი მექანიზმები.

ინტერვიუებმა და გამოთხოვნილმა საჯარო ინფორმაციამ ცხადყო, რომ გამოწვევაა ძალადობის მსხვერპლთათვის თავშესაფრით ეფექტიანად სარგებლობა. რიგ შემთხვევაში მსხვერპლებს უწევთ სხვა ქალაქში წასვლა თავშესაფრის მისაღებად, რადგანაც კონკრეტულ ქალაქში არ არის თავისუფალი ადგილი. ცალკეულ შემთხვევებში მსხვერპლთათვის საცხოვრებელი ადგილის შეცვლა, თუნდაც დროებით, სამსახურის ან/და არასრულწლოვანი შვილების გამო შეუძლებელია.

ასევე, პრობლემას წარმოადგენს, დამცავი ორდერის საფუძველზე, მოძალადეებისთვის ძალადობრივი დამოკიდებულებისა და ქცევის შეცვლაზე ორიენტირებული სასწავლო კურსის გავლის დავალდებულება სარეაბილიტაციო ცენტრების ან/და მსგავსი სერვისის არარსებობის გამო.

განაჩენების ანალიზმა ცხადყო, რომ ოჯახური დანაშაულების ჩადენისას, ძირითადად, განაჩენი დგებოდა ფიზიკური ძალადობის ფაქტებზე. დადებითად აღსანიშნავია, რომ 2018 წელს, წინა წელთან შედარებით, გაზრდილია ფსიქოლოგიურ ძალადობაზე რეაგირების სტატისტიკა, რაც ასევე წინგადადგმული ნაბიჯია. რეაგირება თავისთავად გულისხმობს, რომ სახელმწიფოს მხრიდან მსხვერპლის დაცვის სტანდარტი კიდევ უფრო გაიზარდა. როგორც ვიცით, სასჯელის ფაქტობრივი დაკისრების რეალობამ და ალბათობამ ოჯახში ძალადობის ასპარეზზე მნიშვნელოვნად შეამცირა ძალადობის გამოვლინება (შეურაცმყოფელი, ძალადობრივი ქცევა).

ამ კუთხით აღსანიშნავია 2018 წლის სასამართლო პრაქტიკა სადაც ჩანს, რომ ბრალდების მხარე ძირითადად ითხოვს

აღკვეთის ღონისძიების მკაცრი სახის გამოყენებას. კერძოდ, 131 საქმიდან ბრალდების მხარემ პატიმრობის გამოყენება მოითხოვა 115 (88%) შემთხვევაში, დანარჩენ 16 (12%) შემთხვევაში კი – გირაო.

საიას ამ კვლევიდან ვხედავთ სასამართლოში არსებულ ზოგჯერ სწორ და ხანდახან მცდარ პრაქტიკას. კარგია, თუ ავღნიშნავთ, რომ სასამართლო უმეტესწილად აკმაყოფილებს მსხვერპლის განცხადებას დამცავი ორდერის გამოცემის თაობაზე.

ასევე აღსანიშნავია, სასამართლო განჩინებების შესწავლამ აჩვენა, რომ მოსამართლეთა მხოლოდ მცირე ნაწილმა (36%) გამოიყენა არასაპატიმრო აღკვეთის ღონისძიებასთან ერთად მოძალადეების მიმართ დამატებითი ვალდებულებები, როგორცაა მსხვერპლთან მიახლოების აკრძალვა, კომუნიკაციის შეზღუდვა და სხვა არასაპატიმრო ზომები (სანქციები).

ამ კვლევაში ერთი საგულისხმო დეტალია, რომელიც ნათლად აჩვენებს მიზეზს თუ რატომ ვერ ხედავს მოსამართლეების უმეტესობა ძალადობის ტიპის საქმეებში გენდერულ მოტივს და ეს ზუსტად ეხება გენდერული თანასწორობის კონტექსტის სიღრმისეულ ცოდნას. მხოლოდ და მხოლოდ ამ ცოდნის ბაზაზე შეიძლება მოსამართლეს ჩამოყალიბდეს სწორი ცნობიერება, რომ აღიქვას გენდერული ბალანსი და ქონდეს შესაძლებლობა მოახდინოს უთანასწორობის შედეგად ჩამოყალიბებული დისკრიმინაციის იდენტიფიცირება გენდერული ნიშნით. როგორც საიას კვლევა ცხადყოფს, მოსამართლეთა ცალკეულ ნაწილში დაბალი მგრძობელობა და გენდერული თანასწორობის საკითხების არასაკმარისი ცოდნა კვლავ მნიშვნელოვან პრობლემად რჩება. აღნიშნული, მათ შორის, გამოიხატება მოსამართლეთა ნაწილის სტერეოტიპულ, პრეჯუდისულ და წინასწარ ჩამოყალიბებულ წარმოდგენებში ოჯახში მეუღლეთა როლებთან დაკავშირებით. ჩემი აზრით, ალბათ გენდერული თანასწორობის კონტექსტის სიღრმისეული ცოდნის გარდა, მნიშვნელოვანია აქცენტი გაამახვილოს ჩვენმა სახელმწიფომ პრე-

ჯუდისის თემაზე. პრეჯუდისის კოგნიტური კომპონენტის საფუძველზე, შეიძლება ვივარაოდოთ, რომ ატიტუდი, განწყობა და მოლოდინები გენდერული ბალანსის შესახებ მოსამართლეების გარკვეულ ნაწილს შესაძლოა უკვე არაცნობიერად ჩამოყალიბებული აქვთ.

აუცილებელია ჩემ მიერ წარმოდგენილ სტატიაში მოკლედ მიმოვიხილო რამდენიმე საკითხი, რომელიც წამოჭრილია 2017 წლის ქალთა მიმართ ძალადობის ეროვნულ კვლევის პუბლიკაციაში. ეს კვლევა ჩატარდა ევროკავშირის, გაეროს ქალთა ორგანიზაციის და საქსტატის დაფინანსებით.

ამ კვლევიდან მინდა განვიხილოთ ძალადობის სხვა ფორმა კერძოდ, ეკონომიკური ძალადობის 21-ე საუკუნეში ჩამოყალიბებული ახალი ტიპი. აქამდე ჩვენი მსჯელობა უმეტესად შეეხებოდა ფიზიკურ ან ტრადიციული გაგებით ფსიქოლოგიურ ძალადობას, თუმცა დღეის მდგომარეობით ეკონომიკური ძალადობა ძალადობის გავრცელებული ფორმაა, რომელიც მოიცავს ფინანსურად დამოკიდებულების მაჩვენებელს და ურთიერთობაში მამაკაცის გადაჭარბებულ დომინირებას. ამ კვლევაში შემდეგი ტიპის შეკითხვები იყო:

- პარტნიორს ოდესმე თუ დაუშლია მათთვის მუშაობა ან ფულის შოვნა?
- პარტნიორს ოდესმე თუ წაურთმევია მათთვის საკუთარი შემოსავალი?
- პარტნიორს ოდესმე თუ უთქვამს მათთვის უარი შინამეურნეობების ხარჯების დასაფარად ფულის მიცემაზე, სხვა საგნების შესაძენად ფულის ქონის შემთხვევაშიც კი?

კვლევის მიხედვით, ცხრილში ნაჩვენებია, რომ ოდესმე პარტნიორულ ურთიერთობაში მყოფი ქალების 10%-ს ეკონომიკური ძალადობის, სულ ცოტა, ერთი ფორმა მაინც გამოუცდია. ქალთა 5%-მა განაცხადა, რომ პარტნიორი უკრძალავდა მუშაობას ან ფულის შოვნას და უარს ეუბნებოდა ფულის მიცემაზე მაშინ, როდესაც თავად ჰქონდა ფინანსური საშუალება, შეეძინა როგორც სახლისთვის, ასევე კომფორტისთვის საჭირო ნივთები.

უფრო თვალსაჩინო რომ გახდეს ეკონომიკური ძალადობის ფორმა, კიდევ ერთ მაგალითს მოვიყვან კვლევებიდან: „მან გამორთო დენი, გაზი და წყალი, რადგან ის იხდიდა გადასახადებს. ის მეუბნებოდა, რომ შეეძლო, შეეწყვიტა გადახდა, როცა მოისურვებდა; ამბობდა: „შენ ჩემზე ხარ დამოკიდებული. მე ვშოულობ ფულს. შენ არარაობა ხარ ჩემს გარეშე.“ (მსხვერპლი, 25, ჩაღრმავებული ინტერვიუ)

თუ კარგად დავუკვირდებით ეკონომიკური ძალადობის შინაარსს და ტელესკოპით შევხედავთ, დავინახავთ, რომ ის ფსიქოლოგიური ძალადობის ფორმასაც მოიცავს და მისი საზღვრები კიდევ უფრო ფართოა.

ფაქტია, რომ ქალთა მიმართ ძალადობა ზოგადად ქალთა მკვლევლობების ყველაზე გავრცელებული მიზეზია. გლობალური მტკიცებულებები გვიჩვენებს, რომ ძალადობა საგრძნობლად აფერხებს ქალის უფლებებისადმი პატივისცემის განვითარებას და ასევე ხელს უწყობს ფიზიკური, ადამიანური და სოციალური კაპიტალის გაუფასურებას (García-Moreno, C. and World Health Organization, WHO). ძალადობასთან ბრძოლა გახდა გლობალური პრიორიტეტული საკითხი ადამიანის უფლებების, ჯანმრთელობის დაცვისა და განვითარებისათვის. საერთაშორისო საზოგადოებამ აღიარა ქალთა მიმართ ძალადობის აღმოფხვრის მნიშვნელობა სხვადასხვა კონვენციებში, პოლიტიკასა და ჩარჩოებში. მაგალითად, მინდა თქვენი ყურადღება გავამახვილო „ქალთა დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ კონვენციაზე“ (CEDAW), პეკინის დეკლარაციის და მისი სამოქმედო პლატფორმის და „ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის პრევენციისა და აღკვეთის შესახებ“ ევროპის საბჭოს კონვენციაზე(სტამბოლის კონვენცია). ჯანმრთელობის მსოფლიო ორგანიზაციის მდგრადი განვითარების მიზნების 2030 წლის დღის წესრიგში გათვალისწინებულია, ქალების მიმართ ძალადობის ყველა ფორმისა და საზიანო პრაქტიკის აღმოფხვრა.³

3 Claudia Garcia-Moreno, Henrica AFM Jansen, Mary

ასევე, მინდა აღვნიშნო შეერთებული შტატების კონსტიტუციის XIV შესწორების პირველი ნაწილი: „ არც ერთ შტატს არ აქვს უფლება უარი უთხრას ვინმეს, მისი იურისდიქციის ფარგლებში, იყოს კანონის მიერ თანაბრად დაცული“. როგორც "Heritage Guide to Constitution" ⁴-ში არის აღნიშნული, თანაბარი დაცვის უფლება ერთ-ერთი ყველაზე სადავო და მნიშვნელოვანი დებულებაა თანამედროვე საკონსტიტუციო სამართალში.

ისტორიულად კანონით თანაბარი დაცვის უზრუნველყოფის უფლების ინტერპრეტაცია სათავეს იღებს სამოქალაქო ომის, რეკონსტრუქციის, მონობის და ემანსიპაციის მთელი დრამადან. როგორც ეს წიგნი გვიჩვენებს აშშ-ს კონსტიტუციაში: "პრივილეგიები ან იმუნიტეტის პუნქტი, თანაბარი დაცვის უფლება და შესაბამისი საპროცესო უფლებები ქმნიან თანმიმდევრულ ტრიადას. როგორც, შეერთებული შტატების კონსტიტუციაშია განმარტებული შტატის საკანონმდებლო ორგანო ვერ ეტყვის უარს მოქალაქეებს თავისი იურისდიქციის ფარგლებში შესაბამისი იმუნიტეტით და პრივილეგიებით სარგებლობის თაობაზე. მას შემდეგ რაც კანონს დადგენილი წესით მიიღებდნენ, შტატს ან შესაბამის ორგანოს საკუთარი იურისდიქციის ფარგლებში, არ შეეძლოთ თვითნებურად აღესრულებინათ პირის საწინააღმდეგოდ კონსტიტუციის მუხლით გარანტირებული თანაბარი დაცვის უფლება დარღვევის გარეშე. საბოლოოდ კი, კანონის დარღვევაში ბრალდებული ყველა ადამიანი სასამართლოების წინაშე სარგებლობდა საპროცესო უფლებების სრული პაკეტით. ამასთან, (ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესი სასამართლოს) სასამართლოს ადრეულმა პროცესებმა, მაგალითად სასაკლაოების საქმეები(1873 წ.), ისევე როგორც კონგრესის დებატების დიდი ნაწილის ბუნდოვანებამ,

Ellsberg, Lori Heise, Charlotte H Watts, on behalf of the WHO Multi-country Study on Women's Health and Domestic Violence against Women Study Team. <https://www.who.int/>
 4 Book "Heritage Guide to the Constitution" – Edwin Meese III, Matthew Spalding, David Forte.

გამოიწვია კამათი და უთანხმოება სამი მუხლის თავდაპირველ გაგებასთან დაკავშირებით. ” თანამედროვე პერიოდში კამათები თანაბარი დაცვის უფლებების შესახებ გაიზარდა და უზენაესმა სასამართლომ მიიღო ახალი გადაწყვეტილებები, რითაც ჩაუღრმავდა კიეთხვებს: რა უფლებებთან დაკავშირებით აპირებდნენ კანონმდებლები თანასწორობის დებულების გამოყენებას? რას ნიშნავს ადამიანების თანაბრად მოპყრობა? და ბოლოს რა არის თანაბარი მოპყრობა საერთოდ?

დღეის მდგომარეობით შეერთებულ შტატებში თანაბარი დაცვის უფლებების⁵ მნიშვნელობა ბევრად უფრო გაზრდილი და გაფართოებულია და იგი ეხება აკრძალულ სამთავრობო მოქმედებებს საჯარო ხელისუფლების განხორციელების დოქტრინის შესაბამისად (ძირითადი უფლებები ზღუდავს მხოლოდ და მხოლოდ საჯარო ხელისუფლებას, ძირითადი უფლებები არ იცავენ ინდივიდის თავისუფლებას, თანასწორობას, საქმიანობას და სამართლებრივ სიკეთეს კერძო პირთა მხრიდან ხელყოფისაგან).

„თანაბარი დაცვის შესახებ დებულება კონტექსტიდან გამომდინარე, ზღუდავს მხოლოდ სახელმწიფო მთავრობას; შესაბამისად, ეს ფაქტიურად შეუსაბამოა ფედერალური მთავრობისთვის. ამასთან, *Bolling v Sharpe* (1954) შემდეგ, სასამართლომ შეიმუშავა დოქტრინა, რომ მეხუთე შესწორებით გათვალისწინებული საპროცესო მუხლს აქვს თანასწორობის დაცვის კომპონენტი ექვივალენტური მოთხოვნებით, როგორც მეოთხე შესწორებით გათვალისწინებულ თანაბარი დაცვის მუხლს. თანასწორობის უფლებების დაცვის დოქტრინა (თუ სიტყვასიტყვით არაა თანაბარი უფლებების დაცვის მუხლი), შესაბამისად, გამოიყენება ყველა სამთავრობო მოქმედებისთვის, იქნება ეს სახელმწიფო, ადგილობრივი თუ ფედერალური.“ – დევიდ სმოლინი⁶ (“Heritage Guide to the Constitution”).

5 The Heritage Guide to the Constitution” – Edwin Meese III, Matthew Spalding, David Forte , pg. 399

6 The Heritage Guide to the Constitution”, pg. 403.

ამერიკელი კომენტატორების უმეტესობა თანხმდება, რომ თანამედროვე შეხედულებებამდე და თანაბარი უფლებების დაცვის შესახებ დებულების გაგებამდე იგი უფრო ვიწრო იყო. კანონმდებლები ფოკუსირებული იყვნენ გათავისუფლებული მონების სტატუსზე და თანაბარი დაცვის უფლება განმარტებული იყო რასობრივი კუთხით. ასევე, სიანტერესოა დავინახოთ შეერთებულ შტატებში არსებული მკაცრი შემოწმების მექანიზმი და ფაქტია, რომ წარსულიდან დღემდე მკაცრი სამართლებრივი შემოწმების კლასიფიკაციას მიკუთვნებული საკითხები ლიმიტირებულია. მკაცრ შემოწმებას ექვემდებარება: რასობრივი, ეროვნული ან ეთნიკური და უცხოელთა სტატუსის ნიშნით კლასიფიკაციები, თუმცა ამ უკანასკნელის შემთხვევაში გვხვდება გამონაკლისები, რომელიც შექმნილია ფედერალური მთავრობის მიერ (რომელსაც გააჩნია დიდი კონტროლი საიმიგრაციო საკითხებზე) ან გამორიცხავს უცხოელებს პოლიტიკური ფუნქციებისგან, ეს კი კავშირშია სახელმწიფოს მმართველ და დემოკრატიული პროცესის სწორად მიმდინარეობასთან. წიგნში გვხვდება ამ მსჯელობის შესანიშნავი მაგალითი, როგორც არის პოლიციელად ან პრობაციის ოფიცრად, ასევე საჯარო სკოლაში მასწავლებლად მუშაობისთვის მოქალაქის სტატუსის არსებობის აუცილებლობა.

1970-იანი წლების დასაწყისში ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესმა სასამართლომ ორი კლასიფიკაციის შემოწმებისთვის, რომლიდანაც ერთ-ერთი არის სქესი, შეიმუშავა ახალი „intermediate scrutiny“ (ქართულად შეესაბამება განმარტება: ტესტი, რომლის საფუძველზე მოწმდება ნორმატიული აქტის კონსტიტუციურობა, ეს გამოიყენება იმ შემთხვევაში თუ სახელმწიფო დისკრიმინაციულად ექცევა ადამიანს სქესის ნიშნით). შემდგომ, უზენაესმა სასამართლომ უარი განაცხადა მკაცრი/გაძლიერებული შემოწმების კლასიფიკაციების გაფართოებაზე სექსუალური ორიენტაციის და ასაკის კუთხით. ანტი-დისკრიმინაციული კანონმდებლობა ამ

საკითხებს ისედაც მოიცავდა. ოფიციალურად მხოლოდ სქესი რჩებოდა „intermediate scrutiny“-ის ქვეშ. დღეის მდგომარეობით შეერთებული შტატების უზენაესი სასამართლო სქესობრივ ორიენტაციაზე და ასაკთან დაკავშირებულ საკითხებს თანაბარი დაცვის შესახებ დებულების კონტექსტში განიხილავს.

შესაბამისად, ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუციის თანაბარი დაცვის შესახებ დებულება კრძალავს დისკრიმინაციას სქესის მიხედვით. მაგალითად, სასამართლომ ძალადაკარგულად გამოაცხადა კანონი, რომელიც საექთნო სკოლას ქალს უზღუდავდა⁷ და კანონი, რომელიც ალკოჰოლის შეძენის საშუალებას 18 წელს მიღწეულ მხოლოდ მდედრობით სქესის წარმომადგენელს ანიჭებდა უფლებას⁸. ამრიგად, ჩვენ შეგვიძლია დავინახოთ შეერთებულ შტატებში შეერთებული შტატების უზენაესი სასამართლოს ორი ძალიან კარგი მაგალითი ქალთა და მამაკაცთა თანასწორობის გაფართოების კუთხით.

დასკვნა

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე ვხედავთ, რომ ძალადობის აღმოსაფხვრელად პირველი ნაბიჯი, რაც უნდა გადგას სახელმწიფომ ეს არის, შესაბამისი ეფექტური კანონმდებლობის შექმნა და საკანონმდებლო ჩარხის გაუმჯობესება. ამ კონტექსტში აუცილებელია ავღნიშნოთ 2012 წელს „საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში“ შეტანილი ცვლილებები, რომლითაც ოჯახში ძალადობის კრიმინალიზაცია მოხდა.

თუმცა ფაქტია, რომ ჩვენი ქვეყანა ჯერ კიდევ დიდი გამოწვევის წინაშე დგას, რომელიც მოიცავს აღსრულების მექანიზმის გაუმჯობესებისათვის შესაბამისი ღონისძიებების გატარების უზრუნველყოფას. ზუსტად ეს არის სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულება თითოეული ჩვენი მო-

ქალაქის მიმართ, რომ გაატაროს შესაბამისი ზომები: რომელშიც იგულისხმება მოსამართლეებში, პროკურორებში, პოლიციელებში თანასწორობის საკითხთან დაკავშირებული ცნობიერების ამაღლება. საქართველოს შეუფერხებელი განვითარებისთვის მნიშვნელოვანია, ეფექტურად იყოს დაცული საქართველოს კონსტიტუციის მე-11 მუხლით გარანტირებული თანასწორობის უფლება:

„ყველა ადამიანი სამართლის წინაშე თანასწორია. აკრძალულია დისკრიმინაცია რასის, კანის ფერის, სქესის, წარმოშობის, ეთნიკური კუთვნილების, ენის, რელიგიის, პოლიტიკური ან სხვა შეხედულებების, სოციალური კუთვნილების, ქონებრივი ან წოდებრივი მდგომარეობის, საცხოვრებელი ადგილის ან სხვა ნიშნის მიხედვით.“

და ბოლოს, შეერთებული შტატების ისტორიიდან მოცემული მაგალითებით მსურდა დამენახებინა, სასამართლოს გადაწყვეტილებების და განმარტებების როლი ქვეყნის პოლიტიკურ, კულტურულ და სოციალურ განვითარებაში.

7 Mississippi University for Women v Hogan (1982)
8 Craig v. Boren (1976)

VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE 21ST CENTURY TELESCOPE

KEYWORDS: Equality, Development and Appropriate Actions

RESUME

“What can you do to promote world peace? Go home and love your family” – Mother Teresa.

“...Equally significance will be the issuance of published judicial opinions that will have national precedence and help protect the oppressed and victims from constitutionally prohibited behavior and bias.” – Mark A. Speiser, Circuit Court Judge 17th Judicial Circuit, State of Florida.

“Violence against woman is now widely recognized as a serious human rights abuse, and increasingly as an important public health problem with substantial consequences for women’s physical, mental, sexual, and reproductive health”. – Claudia Garcia-Moreno, Henrica AFM Jansen, Mary Ellsberg, Lori Heise, Charlotte H Watts. Domestic violence, domestic crime and violence against woman are one of the urgent and important issues in Georgia.

We will analyze publishing of the restraining orders, violence types, prior history of the violence, some examples of victim’s interviews and statistics of court judgments mainly focused on physical violence. From these statistics we can see the correct as well as erroneous practices of our court system. One important detail in this study that clearly demonstrates the reason why most judges do not see gender motives in violence cases is precisely their lack of extensive knowledge of the context of gender equality. Only on the basis of this knowledge can an individual judge’s perception and consciousness be trained to perceive gender balance and to afford the judge an opportunity to identify gender discrimination as a result of inequality. In my opinion, perhaps in addition to lack of knowledge and insight of the concept of gender equality, it is important for our Country to focus on the issue of sexual bias. Based on the cognitive component of prejudice, we can assume that some judges may already unconsciously have formed an attitude,

mood and expectations about gender balance.

Within my scientific work reference is made to a problem of court's responsibility to mandate abusers to attend behavior training courses to change violent attitudes exhibited by the abuser in order to protect the both the individual victim and society as whole due to minimum number of rehabilitation centers available to provide such services.

An additional important component requiring attention is obligating State to improve the legislative framework and to take appropriate actions. This includes improving awareness of sexual equality issues among judges, prosecutors and police officers. In this context, it

is important to note the amendments made to the Criminal Code of Georgia in 2012 that criminalize domestic violence and in 2018 establishing The Human Rights Protection and Monitoring Department by Ministry of Internal Affairs.

Lastly, yet equally important my work will discuss the meaning of the Equal Protection Clause in The Constitution of United States. Discussion will ensue about the history of equality principle, its classifications, examples from court decisions and most importantly: gender definition and a role of The United States Supreme Court in expanding the scope of Equal Protection Doctrine to provide safeguards against gender discrimination.

IDEA OF PRIVATE PRISONS – THROUGH THE PRISM OF GOALS OF PUNISHMENT

Papuna Guruli

*St. Andrew the First-Called Georgian University of the
Patriarchate of Georgia,
Attorney at Law, General Specialisation*

KEYWORDS: Crime prevention, Expediency, Balance

INTRODUCTION

The present paper aims at bringing about reasonable arguments around the idea of private prisons discussing it through the prism of the goals of punishment. The idea is relevant since Georgia has been experiencing problems regarding its system of corrections, at least during the last decade. For example, in 2012 prisons in Georgia were so terribly overloaded that the Parliament of Georgia approved prisoner amnesty for the purposes of improvement of the situation. Unfortunately, this has caused a rise of crime rate in the next couple of years.¹ The number of prisoners in Georgia is still higher than average.² On the other hand, what can be said about the states, having even the worse situation? How do they handle it? The state, having the largest prison population in the world, is the United States of America.³ The most straightforward solution that the U.S. implements, is to bring elements of private administration into the justice system. Particularly, there are three types of this approach:

- Private management of a new state prison: a state is in need of prison infrastructure. Thus, the state builds a prison and on the

1 Rise of crime rate by 11% by the end of 2013. See: www.idfi.ge

2 260 prisoners per 100 000 of the state's population. See: www.prisonstudies.org

3 Total number of prisoners is 2 121 600 that makes the rate of 650 prisoners per 100 000 of the state's population. See: www.prisonstudies.org

basis of the contract, handles management of the prison to the private company. The state and the company agree on certain service fees, which the state has to pay to the company. On the other hand, the company is taking the full responsibility for managing the prison and providing for the necessary security guaranties;

- Private management of an existing state prison: the prison that is already functioning is handled to the private company for management;
- Private prison and private management: a private company builds up a prison, the company is granted the special permission from the state and on the basis of the contract manages the prison. This may also include an agreement on redemption of the prison from the private company.⁴

At the first glance, it seems logical – if the government is unable to regulate the situation while the private sector is capable of, why not delegate the power to the private sector? The idea seems interesting and even alluring. It has been discussed among the Georgian scholars. Nevertheless, the Georgian model of corrections does not include private prison industry and there is only insignificant delegation of non-sovereign activities within the prison system. The aim of the present paper is to comprehend critically this solution.

METODOLOGICAL BASE

The question – whether a government should authorize individuals and the private legal entities to manage penitentiary and correctional facilities (prisons, jails etc.) – has been a matter of discussion for a long time. The idea of private prisons arisen in the criminal justice system has a large number of supporters in states of common law jurisdictions, while it is less popular in the states of civil law jurisdictions. Debates among legal scholars, acting lawyers and government offi-

cial are not usually fruitful. Each party usually present their arguments but neither of them can come up with a decisive one.

The reasons might not be the lack of the arguments, but rather – the fundamental problem of the methodological base for either of the parties. The issue is that the idea of private prisons is usually discussed through the prism of penitentiary law.⁵ Although it seems logical to discuss an issue around penitentiary facilities through the prism of penitentiary law, actually it is by no means a good idea. Penitentiary law, although being the primary field of law responsible for the regulation of penitentiary system, it can hardly serve as a methodological base for this matter since it lacks deep and elaborated ideas, principle, concepts, etc. about punishment. What can serve as a methodological base – is criminal law, namely, its general part (punishment) that can provide reasonable amount of base knowledge applicable to the subject matter of the discussion. Present article is a humble attempt to comprehend the idea of private prisons through the prism of criminal law, namely, the goals of punishment.

From ancient times, a crime was associated with the punishment in the first place. The scientific term itself – “criminal law” – is interchangeable with its synonym – “penal law”. In German it is called “Strafrecht” (literally – “law on punishment”), similarly, in French – “droit penal”, etc. In Georgian it is called “სისხლის სამართალი” that literally means “law of blood” and comes from “blood price” that was an ancient measure for punishment in Georgia.⁶

For a long time, retribution had been the main and certainly the only purpose of criminal punishment. That literally meant to punish the offender for what he had done, to take a revenge against him. The approach became a foundation for the so called “absolute theories”, developed by Hegel and Kant.⁷ They had used morality as

4 Dolidze T., 2019. General Legal Overview on the System of Private Prisons. Law and the World, №11

5 Dolidze T., the work cited.

6 Team of authors (editors: Nachkebia G., Todua N.), 2018. Criminal Law. General Part. Textbook (Third Edition). “Meridiani” Publishing house, Tbilisi, p. 20.

7 Roxin, Arzt, Tiedemann, 2013. Introduction to Criminal Law and Criminal Procedure Law. 6th edition. C. F. Müller, pp. 4-5.

the methodological base. According to this approach, a criminal offense is a violation of moral norms while punishment is a fair retaliation for that violation. A perpetrator had been considered as having his personal will against the common will of the society and therefore had breached the law. Thus, the punishment had been considered as a measure necessary to be taken in order to restore what had been breached.⁸ Hegel rejected the idea of threat of punishment in terms of crime prevention, as well as, the idea of correction of a perpetrator. He argued that an intelligent human being has a free will. As a result, threatening him, punishing him with the aim of his correction would mean to treat him like an animal.⁹ On the other hand, Kant insisted on “an eye for an eye” principle and argued that a perpetrator must be punished only because he committed a crime. Any kind of a practical utility of criminal sentence was rejected from the very beginning and the issue was solved purely on the basis of morality.¹⁰ That’s why the absolute theories of punishment are frequently called theories of retaliation. The complete rejection of utilitarian reasons means that a perpetrator should be punished only because it is fair, regardless whether it is socially beneficial or not. Accordingly, the perpetrator always gets punishment proportionally to the offender’s blameworthiness.¹¹ The punishment compensates the offender’s culpa and therefore restores the justice. In this regard the absolute theories are oriented on the past, on what already has happened.¹²

As a result of the further scientific comprehension, new ideas about the goals of punishment have been developed. According to them,

punishment must serve social benefit in the first place. These theories are often recalled as “relative theories of punishment” or “utilitarian theories of punishment” and as a methodological base they use utility, instead of morality.¹³ According to Bentham, criminal punishment should be oriented on crime prevention in the first place rather than punishing a perpetrator. In this regard “utilitarian theories” are oriented on the future – on prevention of what has not happened yet.¹⁴

The theory of “special prevention” was developed by Liszt.¹⁵ He argued that the goal of punishment is to influence a perpetrator in such a way that ensures his rehabilitation and resocialization. Development of these ideas resulted in important innovations such as parole, probation etc.¹⁶ The theory of “general prevention” was introduced by Feuerbach.¹⁷ He mainly stressed on the threat of punishment that convinces potential perpetrator not to commit a crime. It means that comprehending the example of a perpetrator being punished, others will become less self-assured and will eventually dismiss the idea of offence. Apart from the direct threat, the idea of general prevention is also based on educative role of criminal law. The most important is to influence on those members of society that are already thinking about committing crime but have not made the final decision yet.¹⁸

Not surprisingly, all of the abovementioned theories had been subject to critics. The problem was that none of them could solve all of the important issues. Discussion around them is still actual. The goals of punishment are usually divided into non-utilitarian and utilitarian goals.¹⁹ But as a result of this controversies instead of choosing what is better, scholars choose to combine both non-utilitarian and utilitarian goals. Eventually the so called “uniting theories” have been developed.²⁰ Their main idea is to balance the goals

8 Tskitishvili T., 2019. Punishment and Sentencing. “Meridiani” Publishing house, Tbilisi, p. 20.

9 Dvalidze I., 2013. General Part of Criminal Law. Punishment and Other Legal Consequences of Crime. “Meridiani” Publishing house, Tbilisi, p. 17.

10 Vacheishvili A., 1960. Punishment and Measures of Social Protection. Stalin Tbilisi State University Publishing House, Tbilisi, pp. 28-31. (In Georgian)

11 Goh J., 2013. Proportionality – An Unattainable Ideal in the Criminal Justice System. Manchester Student Law Review. VOL. II. December, pp. 46-47.

12 Turava M., 2011 Criminal Law. General Part. Concept of Crime. “Meridiani” Publishing house, Tbilisi, p. 42.

13 Vacheishvili A., the work cited, p. 31.

14 Turava M., the work cited, p. 44.

15 Roxin, Arzt, Tiedemann., the work cited, pp. 5-6.

16 Turava M., the work cited, p. 44.

17 Roxin, Arzt, Tiedemann., the work cited, p. 6.

18 Dvalidze I., the work cited, p. 19.

19 Team of Authors (Editor.L Nachkebia G., Todua N.,) the work cited, p. 477.

20 Roxin, Arzt, Tiedemann., the work cited, pp. 6-7.

of retribution, special prevention and the general prevention of crime since none of those goals can give a desirable result on its own. They try to combine all three ideas and make them to balance each other's weak points. It is a hard task since at the first glance those goals contradict each other.²¹ By sentencing, the state must, on the one hand, punish a perpetrator, retaliate him, but on the other hand, take care of him, ease the punishment, if needed, and thus use the small chance of rehabilitation that is still available. Even though they only seem to contradict each other. In reality, the goals of punishment create dialectical unity and contribute to each other.²²

Georgian legislator has also supported "uniting theories" of punishment, when in article 39 section 1 of the Criminal Code of Georgia, adopted in 1999, he established that "The goal of a sentence is to restore justice, prevent repeated commission of a crime and re-socialise the offender".

PRIVATE PRISONS – CONSISTENCY OR CONTRADICTION

Since both legal science and legislators recognize importance of all three goals, every single issue around introduction, sentencing and serving of punishment must be comprehended through the prism of retribution, special prevention and general prevention of crime. These goals are the proper methodological base for rethinking the matter of private prisons. No matter whether it is about private management on new state prison, private management on existing state prison or private management on fully private prison. Since these goals are so deeply comprehended and largely recognised, one can easily assume that every decision that makes it easier to achieve them is acceptable, while every decision that makes it more difficult to achieve

them is unacceptable. This methodological base is what criminal law can offer and what penitentiary law unfortunately lacks.

Not surprisingly, private interest in penitentiary system is about profit. The owner of a prison that is a typical businessperson has the primary goal to earn money. The actual sum of money that he earns is in direct correlation with the number of prisoners in his prison. The more prisoners he houses, the more money the state will pay to him. If the number of prisoners goes down, the business will become less and less profitable and eventually become bankrupt. Of course, the owner will lose the investment he has done years ago. Thus, this is completely unacceptable for the private prison owner. But wait! This is exactly what special prevention requires – the punishment must be imposed in such a way that it supports rehabilitation and resocialization of a perpetrator. However, if more and more perpetrators are rehabilitated and re-socialized, and they never commit crime again, less and less people will get into prison. This is a nightmare for the prison owner. As mentioned above, his direct interest is the following: he wishes to be imprisoned as many people, as possible. Thus, the goal of special prevention really contradicts to the goal of the private prison owner. That is an obvious conflict of interests. The instrument (private prison) contradicts the goal (special prevention) which it should serve in the first place. And it is a fundamental contradiction. The goal of special prevention itself is very difficult to achieve. Everything in prison – from living conditions to legal and psychological aid, cultural events and educational opportunities, must be concentrated on a prisoner and convince him never to commit a crime again. The hardest part of the task is to make him realize that being a law obedient member of society is better than being a person who breaches the law. No doubt, it is very difficult to achieve. Therefore, a rhetorical question arises: is it wise to trust solution of such a complicated task on a person who is directly interested in failure? Of course, no.

The most important sub-goal of special prevention is to prevent recidivism among prisoners.

21 Turava M., the work cited, pp. 45-46.

22 See further: V. J. McGill and W. T. Parry. The Unity of Opposites: A Dialectical Principle. Science & Society. Vol. 12, No. 4 (Fall, 1948), pp. 418-444.

It is vital since a recidivist is a person who is not afraid of punishment any more. He has already been in the prison and is ready to return there again. Being convicted is nothing special for him. It is even part of his life in some way. Thus, the general prevention does not really affect him. So, it is vital for penitentiary system to convince normal perpetrators not to become recidivists. However, the interest of the private prison owner is in increased number of recidivists since those will repeatedly be convicted, thus making his income stable. This is not about a person, this is about the nature of business. Thus, there is an obvious contradiction between the idea of private prisons and the goal of special prevention.

However, there are more issues to be mentioned. One of the most important parts of general prevention is the operative activity, in other words, gathering information and analytical activity that for analyzing the information. That is done by the state authority in order to be informed about criminal activity before it is committed. It is a science on its own.²³ Among others things, it includes:

- interview of a person;
- collection of information;
- surveillance;
- recruitment of secret informants;
- examination of objects and documents;
- setting up an undercover organisation, etc.

The abovementioned must be done during 24/7 in order to control prison and prisoners. Otherwise general prevention of crime within the prison becomes impossible. Yet Another rhetorical question arises: who is going to handle operative and analytical activity in private prison? Private security guards? Of course, no.

The most important sub-goal of general prevention within the prison, is to prevent increasing criminal authority among prisoners. Gang leaders and other high status criminals usually never stop criminal activity after being sentenced. On

the contrary, they continue to command their subordinates that are outside the prison. They try to recruit new members for their criminal organisations, turning ordinary criminals into professional ones. Without wisely established operative and analytical activity, the prison might easily turn into a factory that produces crime. Thus, there is an obvious contradiction between the idea of private prisons and the goal of general prevention.

CONCLUSION

I hope, that the present paper has brought some light over the idea of private prisons. At least the importance of the proper methodological basis has been demonstrated. The idea of private prisons that looked interesting and alluring at the first glance now seems contradictory to the fundamental goals of punishment that it should serve in the first place. Namely, they are as following:

1. An obvious conflict between the interest of a private prison owner (profit) and the aim of special prevention of a crime
2. Inability of the private prison personnel to carry out operative and analytical activity that makes the goal of general prevention unachievable.

Thus, there is a hidden contradiction between the goals and the instrument that is to be taken into account. It has become apparent solely because of criminal law being used as methodological base instead of penitentiary law. Of course, the question – whether the implementation of the private prisons is acceptable – may be a subject of larger discussion, mainly dependant on empirical arguments. The present paper on its part presents arguments regarding the most fundamental principles solely.

²³ Alferov V., Grishin A., Ilin N., 2016. Legal framework of operative-search activity. Tutorial. 3rd Edition. Saratov Social and Economic Institute (branch) REU Saratov. (In Russian)

ქმედების მცირე მნიშვნელობის კვალიფიკაციის თავისებურებები თანამედროვე სისხლის სამართალში

თათია დოლიძე

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი

საკვანძო სიტყვები: პასუხისმგებლობა, სასამართლო, ზიანი

ქმედების მცირე მნიშვნელობის გამო, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლება სისხლის სამართლის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ინსტიტუტია, რომლის შესახებ კოდექსი ერთადერთ ჩანაწერს მოიცავს. შესაბამისად ამ ინსტიტუტის დრმა განმარტებისათვის უმჯობესია საკითხი დამუშავებულ იქნას სხვადასხვა ქრილში.

საკითხი აქტუალურია, იმდენად რამდენადაც ის დაკავშირებულია სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძვლის – დანაშაულის პირველ ელემენტთან ქმედებასთან. მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული საკითხი დამუშავებულია იურიდიულ ლიტერატურაში, მაინც ნაწილობრივ ბუნდოვანი რჩება მცირე მნიშვნელობის შეფასების ძირითადი კრიტერიუმები, რამაც ცალკეულ შემთხვევაში შესაძლებელია წარმოშვას კვალიფიკაციის პრობლემები.

წინამდებარე კვლევის მიზანია გაანალიზებულ იქნას თეორიული მასალა, არსებული კანონმდებლობა, სხვადასხვა ქვეყნების გამოცდილება და ეროვნული სასამართლო პრაქტიკა, რათა ქმედების მცირე მნიშვნელობის შეფასებისთვის მიღებულ იქნას თეორიული დასკვნები და პრაქტიკული რეკომენდაციები.

წინამდებარე კვლევის ფარგლებში ჩვენ მივმართეთ საქართველოს სტატისტიკის ეროვნულ სააგენტოს აღნიშნული მუხლით კვალიფიკაციის დეტალური სტატისტიკისთვის, თუმცა ბოლო წლებში ამ მუხლით კვალიფიკაციის სტატისტიკა არ არსებობს. აღნიშნულმა გარემოებამ კიდევ ერთხელ დაგვარწმუნა საკითხის დეტალური კვლევის აუცილებლობაზე.

სიახლე არ იქნება, თუ ვიტყვით, რომ სისხლის სამართალში ამოსავალია თავად ქმედება. ქმედება არის სისხლის სამართლის სამ-საფეხუროვანი სისტემის პირველი ნიშანი, რომლის გარეშეც ყველა სხვა ნიშანს მნიშვნელობა ეკარგება. იურიდიულ ლიტერატურაში ხშირად აღნიშავენ, რომ პასუხისმგებლობის გამომრიცხველი გარემოებები სისხლის სამართალში აგებულია ორკვალიან სისტემაზე, ე.ი. მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოებები და ბრალის გამომრიცხველი გარემოებები.¹ რთულია ბოლომდე გავიზიაროთ აღნიშნული მოსაზრება. ცხადია, კოდექსი დაწვრილებით აღწერს მართლწინააღმდეგობისა და ბრალის გამომრიცხველ გარემოებებს, მაგრამ სისხლის სამართლის კოდექსის მეშვიდე მუხლი ასევე შეიცავს დათქმას ქმედების მცირე მნიშვნელობაზე. ამიტომ უფრო სწორი იქნება ითქვას, რომ ქართული კოდექსი იცნობს პასუხისმგებლობის გამომრიცხველ გარემოებათა სამ ჯგუფს.

ქმედების მცირე მნიშვნელობა როგორც ერთ ერთი უმნიშვნელოვანესი ინსტიტუტი მჭიდრო კავშირშია სისხლის სამართლის „Ultima Ratio“ პრინციპთან. აღნიშნული პრინციპი მოითხოვს, რომ ქმედებათა კრიმინალიზაცია მოხდეს მხოლოდ უკიდურეს შემთხვევაში და მხოლოდ იმ ქმედებების, რომლებიც განსაკუთრებით მძიმე, აუტანელია საზოგადოებისათვის. სწორედ ამაშია სისხლის სამართლის ფრაგმენტული ბუნება.² ქმედების მცირე მნიშვნელობა აღნიშნული პრინციპის ერთგვარი გაგრძელება-

ცაა – ინსტიტუცია მოითხოვს უმნიშვნელო ქმედებების შემთხვევაში არ იქნას გამოყენებული ისეთი ბასრი ინსტრუმენტი, როგორც სისხლის სამართალია.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მეშვიდე მუხლის მეორე ნაწილი პრაქტიკულად ერთადერთი ჩანაწერია, რაც გვხვდება ქმედების მცირე მნიშვნელობის შესახებ საქართველოს კანონმდებლობაში. აღნიშნული მუხლი ადგენს: „დანაშაულს არ წარმოადგენს ისეთი ქმედება, რომელიც, თუმცა ფორმალურად შეიცავს ამ კოდექსით გათვალისწინებული რომელიმე ქმედების ნიშნებს, მაგრამ მცირე მნიშვნელობის გამო არ გამოუწვევია ისეთი ზიანი, რომელიც აუცილებელს გახდება მისი ჩამდენის სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას,³ ან არ შეუქმნია ასეთი ზიანის საფრთხე“. მაშასადამე მუხლი აღნიშნავს ტერმინს „ზიანი“. ეს გახლავთ ქმედების მცირე მნიშვნელობის შეფასების ერთ ერთი მნიშვნელოვანი წინაპირობა. ცხადია, მუხლი არ აზუსტებს, კონკრეტულად რა ტიპის ქმედებებზე შეიძლება გავრცელდეს აღნიშნული დათქმა, თუმცა იქმნება შთაბეჭდილება, რომ მეტწილად ეს უნდა ეხებოდეს ისეთ ქმედებებს, რომელთა შემთხვევაში ასეთი ზიანის დათვლა, გაზომვა შესაძლებელია. მაგალითად, რთულია იმსჯელო ზიანზე, მაშინ როდესაც საქმე გვაქვს ადამიანის სიცოცხლის, ჯანმრთელობის, უფლებების წინააღმდეგ მიმართულ ქმედებებთან. გაცილებით მარტივია ზიანზე ემსჯელობა საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების შემთხვევაში. ბუნებრივია, ჩნდება კითხვა – როგორ უნდა გაიზომოს ზიანი? საიდან ჩაითვლება ზიანი სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საპირწონედ. აღნიშნულ კითხვაზე ერთიანი უნივერსალური პასუხი არ არსებობს, თუმცა გარკვეული ინსტრუმენტების გამოყენება მის შესაფასებლად მაინც შესაძლებელია.

პირველ რიგში, უნდა აღინიშნოს ის,

1 ტურავა მ. 2011. დანაშაულის მოძღვრება თბილისი, გვ. 323-325.

2 Asworth A. 2013, Principles of criminal law, p.p.50-52.

3 საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, ელექტონული ბმული: www.matsne.gov.ge

რომ ქმედების მცირე მნიშვნელობის შემთხვევაში ზიანი ფასდება მისი ობიექტური, რეალური საზომით და არა იმ პირის პერსპექტივით, ვისაც მიადგა აღნიშნული ზიანი. თეორიულად შესაძლოა ნივთის ღირებულება 5 ლარს არ სცდებოდეს, მაგრამ კონკრეტული პირისთვის ნივთი შეუფასებელი იყოს, იმის გამო რომ ნივთი ოჯახური რელიქვიაა, ძვირფასი ადამიანის სახსოვარია და ა.შ.⁴ სუბიექტური ღირებულების ქრილში არანაკლებ არსებითია ზიანის გაზომვა პირის ქონებრივი მდგომარეობის ქრილში. მაგალითად, სოციალურად დაუცველისათვის 10 ლარი შესაძლოა გაცილებით არსებითი ზიანი იყოს, ვიდრე უზრუნველყოფილი, მაღალ შემოსავლიანი პირისათვის. ნებისმიერ შემთხვევაში, ზიანი ფასდება ობიექტურად და არა სხვადასხვა სუბიექტური ქვეტექსტის გათვალისწინებით. მაშასადამე, ზიანის შეფასების სუბიექტურ ფარდობითობას არავითარი მნიშვნელობა არ აქვს.

კვალიფიკაციისას საკვანძო მნიშვნელობის საკითხია ქმედების ჩამდენი პირის სუბიექტური მხარე. სსკ-ის მეშვიდე მუხლის მეორე ნაწილით კვალიფიკაციის ამოსავალი პირობაა, რომ პირის განზრახვა არ გასცდეს მცირე მნიშვნელობას, წინააღმდეგ შემთხვევაში სახეზე გვექნება დანაშაული. მაგალითად, თუ პირი მიზნად ისახავს საფულის ამოცლას, იმ მიზნით რომ იქ ფული ეგულებს, მაგრამ რეალურად საფულეში 5 თეთრი აღმოჩნდება, საქმე გვექნება დასრულებულ ქურდობასთან და არა მცირე მნიშვნელობასთან.⁵

რაც შეეხება უშალოდ შეფასებას, მიუხედავად იმისა, რომ მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსი არ იძლევა ერთიან საზომს, მაინც შესაძლებელია გამოვიყენოთ გარკვეული სამიზნე ნიშნულები. პირველ რიგში, ერთ-ერთი ასეთი ნიშნულია სსკ-ით განმარტებული მნიშვნელოვანი ზიანი. კოდექსის 177-ე მუხლის შენიშვნა ადგენს უნივერსალურ წესს, რომ მნიშვნე-

ლოვან ზიანად ჩაითვალოს ზიანი, რომელიც აღემატება 150 ლარს. მეორე მხრივ, ამ შემთხვევაში ერთგვარი საზომად შეიძლება გამოდგეს საარსებო მინიმუმის ოდენობაც, რომელსაც ადგენს საქართველოს სტატისტიკის ეროვნული სამსახური ყოველთვიურად. დღეის მდგომარეობით ეს გახლავთ 206.1 ლარი.⁶ მაშასადამე, ქმედების მცირე მნიშვნელობის შეფასებისას სასურველია გათვალისწინებულ იქნას ეს ორი ნიშნული.

მოქმედი კოდექსის პანდექტური ბუნებიდან გამომდინარე, კოდექსი მოიცავს ზოგად და სპეციალურ ნორმებს. ქმედების კვალიფიკაციის ერთ-ერთი უმთავრესი წესია ისიც, რომ ზუსტი კვალიფიკაციისას უპირატესობა ენიჭება სპეციალურ ნორმებს. მაშასადამე, მეშვიდე მუხლის მეორე ნაწილი ზოგადი ნორმაა, რომელსაც ერთგვარი სპეციალური შემადგენლობებიც აქვს კოდექსში. მაგალითად, სსკ 187 მუხლი პასუხისმგებლობას აწესებს ნივთის დაზიანებისა და განადგურებისათვის მხოლოდ მაშინ, როდესაც ამ ქმედებას მნიშვნელოვანი ზიანი მოყვა. ასეთი მნიშვნელოვანი ზიანის არარსებობის შემთხვევაში, გამოირიცხება ქმედების შემადგენლობა და შესაბამისად სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობაც.⁷

საპროცესო სამართლებრივი გაგებით, ამ გარემოების არსებობა წარმოადგენს სისხლისსამართლებრივი დევნის შეწყვეტის, პირის უდანაშაულოდ ცნობის საფუძველს.

გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსი საქართველოს კოდექსის მსგავს ჩანაწერს არ ითვალისწინებს მცირე მნიშვნელობის შესახებ. გერმანული კოდექსით ეს არ გახლავთ მატერიალური სამართლის ინსტიტუტი. თუმცაღა საპროცესო ნორმები ითვალისწინებენ პირის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების შესაძლებ-

4 დონჯაშვილი თ.2002. საქართველოს სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი გვ. 154.

5 იქვე.

6 საქართველოს სტატისტიკის ეროვნული სამსახური, ელექტრონული ბმული: <https://www.geostat.ge/ka/modules/categories/49/saarsebo-minimumi>

7 ტურავა მ. 2011. დანაშაულის მოძღვრება თბილისი, გვ. 61.

ლობას იმ შემთხვევაში, თუ ჩადენილი ქმედება მეტად უმნიშვნელოა.⁸ მსგავს პრაქტიკას იზიარებს საფრანგეთის სისხლის სამართლის კოდექსიც. მეტიც, ფრანგული კოდექსი შეიცავს დანაშაულის საკმაოდ ზოგად დეფინიციას და ის მითითებას აკეთებს კოდექსის სპეციალურ ნორმებზე (ე.ი. კერძო ნაწილის ნორმებზე, კონკრეტული დანაშაულების აღწერილობაზე).⁹ ასეთივე მიდგომაა ევროპის ქვეყნების დიდ ნაწილში.

ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრებაც იმის თაობაზე, რომ უმჯობესია სისხლის სამართლის კოდექსი არ მოიცავდეს მცირე მნიშვნელობის თაობაზე დათქმას და ეს საკითხი სრულად მოწესრიგდეს პროკურორის დისკრეციული უფლებამოსილების ქრილში.¹⁰ ჩვენ ვერ დავეთანხმებით აღნიშნულ მოსაზრებას, რადგან მიგვაჩნია, რომ ეს გაამართლებს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ქვეყანაში მრავლად იქნებიან მაღალკვალიფიციური, შესაბამისი თეორიული ცოდნით აღჭურვილი, სათანადო მომზადების მქონე დამოუკიდებელი კადრები. სხვა შემთხვევაში ასეთი სენსიტიური საკითხის გადანდობა მხოლოდ საგამოძიებო ორგანოებზე დიდ რისკს შეიცავს, რომ ისედაც საკმაოდ რეპრესიული სისტემა კიდევ უფრო რეპრესიულ ხასიათს მიიღებს ან პირიქით, საქმე გვექნება ბოროტად გამოყენებასთან.

საბჭოთა სისხლის სამართლის კოდექსი დანაშაულის ელემენტების სრულად განსხვავებულ სისტემას იცნობდა. საბჭოთა კოდექსში ძირითადი აქცენტი უშუალოდ ქმედებასა და მის საზოგადოებრივ საშიშროებაზე კეთდებოდა. საბჭოთა კოდექსიც იცნობდა დათქმას ქმედების მცირე მნიშვნელობის შესახებ, თუმცა დანაშაულის კონსტრუქციის რადიკალური სხვაობის გამო განსხვავებული იყო მისი შეფასება.

საბჭოთა კოდექსის მოქმედების პირობებში, ქმედების მცირე მნიშვნელობის შეფასება საზოგადოებრივი საშიშროების ქრილში ხდებოდა. მაშინდელი სამართლის თეორიტიკოსები მიიჩნევდნენ, რომ მცირე მნიშვნელობის შემთხვევაში, ქმედება არსებობს მხოლოდ ფორმალურად და მოკლებულია ყოველგვარ საზოგადოებრივ საშიშროებას, რის გამოც გამორიცხულია სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა, რადგან საზოგადოებრივი საშიშროება დანაშაულის აუცილებელი ელემენტია.¹¹ პროფესორი თინათინ წერეთელი ასევე აღნიშნავდა იმასაც, რომ ქმედების მცირე მნიშვნელოვნად შეფასება მოსამართლის მიერ უნდა მოხდეს.¹²

რთულია არ დავეთანხმოთ ქართული სისხლის სამართლის ფუძემდებელ თინათინ წერეთელს – ქმედების მცირე მნიშვნელობა ნამდვილად მოსამართლის შესაფასებელია, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში. სწორედ ამიტომ, წინამდებარე ნაშრომში მიმოვიხილავთ ქმედების მცირე მნიშვნელობის შესახებ არსებულ სასამართლო გადაწყვეტილებებს ქრონოლოგიურად, რათა დასკვნის სახით წარმოვადგინოთ ერთიანი შეჯერებული პოზიცია.

კ.კ-მ მოიპარა ლარნაკი, რომელშიც იყო 19 ცალი ყვავილი. გლდანი ნაძალადევის რაიონული სასამართლოს, 2002 წლის 10 დეკემბრის გადაწყვეტილებით მას მსჯავრი დაედო საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 177-ე მუხლით გათვალისწინებული ქურდობისთვის. აღნიშნული გადაწყვეტილება მხარის მიერ გასაჩივრებულ იქნა საოლქო სასამართლოში და ამავე სასამართლოს სააპელაციო პალატამ 2003 წელს გააუქმა რაიონული სასამართლოს გადაწყვეტილება სწორედ მეშვიდე მუხლის მეორე ნაწილის საფუძველზე. სასამართლომ იმსჯელა და შეაფასა, რომ მოპარული ყვავილების ფასი 3 ლარს შეა-

8 იქვე. გვ. 62

9 Penal code of French Republic, p.p. 1-2. Official link: https://www.legislationline.org/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf

10 ტურავა მ. 2011. დანაშაულის მოძღვრება თბილისი, გვ. 315-316

11 შავგულიძე თ. სურგულაძე ლ. 2002. საზოგადოებრივი საშიშროების გამომრიცხავი გარემოებანი, თბილისი გვ. 19-20.

12 წერეთელი თ. 2006. საზოგადოებრივი საშიშროება და მართლწინააღმდეგობა სისხლის სამართალში გვ. 76-77

დგენდა, რაც სასამართლოს მიერ ჩაითვა-
ლა მცირე მნიშვნელობად.¹³

დ. ფ. ლ.ფ. და ი.კ. ახორციელებდნენ
თევზჭერას ელექტროდენით და დაიჭირეს
მხოლოდ 5 ცალი თევზი. აღნიშნული ქმე-
დებაზეც იმსჯელა საოლქო სასამართლოს
სააპელაციო პალატამ და ჩათვალა, რომ
მართალია ქმედება ნამდვილად შეიცავს
სსკ-ის 300-ე მუხლის პირველი ნაწილით
გათვალისწინებული დანაშაულის ნიშნე-
ბს, მაგრამ მცირე მნიშვნელობის გამო
არ გამოუწვევია ისეთი ზიანი, რომელიც
აუცილებელს გახდიდა პირთა სისხლის-
სამართლებრივ პასუხისმგებლობას. საა-
პელაციო პალატის ეს გადაწყვეტილება სა-
ქართველოს პროკურატურამ გაასაჩივრა
საქართველოს უზენაეს სასამართლოში და
მოითხოვა მისი გაუქმება, თუმცა უზენაესმა
სასამართლომ გადაწყვეტილება უცვლე-
ლი დატოვა.¹⁴

2004 წლის 25 ივნისს, ნასვამ მდგომარეობაში მყოფი დ.ბ. მივიდა დაბა თიანეთში არსებული ი.ჭ.-ის კუთვნილ მაღაზიაში და გამყიდველს მოსთხოვა ერთი ბოთლი ლუდი უფასოდ. ამაზე გამყიდველმა ა.ა.-მ მას უარი უთხრა, რის შემდეგაც დ.ბ. გაბრაზდა, გამყიდველს დაემუქრა, გატეხა სასმელების ვიტრინა, თვითნებურად აიღო ერთი ბოთლი ლუდი „ყაზბეგი“ და მიიმა-
ლა. ლუდის ღირებულება შეადგენდა ორ ლარსა და 30 თეთრს. თიანეთის რაიონულმა სასამართლომ პირი უდანაშაულოდ სცნო კოდექსის მეშვიდე მუხლის მეორე ნაწილის საფუძველზე. ბრალდების მხარემ გაასაჩივრა თიანეთის რაიონული სასამართლოს გადაწყვეტილება თბილისის საოლქო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა სააპელაციო პალატაში. აღნიშნული სასამართლოს 2005 წლის 13 ივნისის განაჩენით გაუქმდა თიანეთის რაიონული სასამართლოს გამამართლებელი განაჩენი და დ.ბ. დამნაშავედ იქნა ცნობილი ძალადობით ჩადენილი ძარცვისათვის

(178-ე მუხლის მესამე ნაწილის „დ“ ქვეპუნ-
ქტი). იმდენად რამდენადაც პირი იხდიდა პირობით მსჯავრს, განაჩენთა ერთობლიობის წესით წინა სასჯელის მოუხდელი ნაწილს დაემატა ახალი სასჯელი და საბოლოო სასჯელის ზომად განესაზღვრა თავისუფლების აღკვეთა 4 წლითა და 1 თვით. აღნიშნული გადაწყვეტილება გაასაჩივრა მსჯავრდებულის ადვოკატმა და მოითხოვა პირის გამართლება. თავის მხრივ ბრალდების მხარეც აყენებდა საკასაციო ინსტანციაში თავის მოთხოვნას და სასჯელის ღმობიერების გამო მოითხოვდა საქმის დაბრუნებას ხელახალი განხილვისთვის. საკასაციო განხილვაზე ბრალდების მხარე აღნიშნავდა, რომ იმ შემთხვევაში თუ ქმედება გამოიწვევდა სერიოზულ ზიანს, საქმე გვექნებოდა მნიშვნელოვან ზიანთან, რომლის არარსებობა არ გამორიცხავს ძარცვის შემადგენლობის არსებობას, ეს იქნებოდა უბრალოდ მაკვალიფიცირებელი ნიშანი. საქმეში ფიგურირებს ის გარემოებაც, რომ აღნიშნული პირი სხვადასხვა დროს სამჯერ არის ნასამართლევ. ადვოკატი თვლიდა, რომ სასამართლომ აქცენტი გადაიტანა არა ქმედების შეფასებაზე, არამედ მსჯავრდებულის პიროვნებაზე, რის გამოც მიიღო უსამართლო გადაწყვეტილება. საკასაციო პალატამ შეისწავლა რა საქმის მასალები, არ დააკმაყოფილა ადვოკატის მოთხოვნა, თუმცა არც ბრალდების მხარის შუამდგომლობა გაიზიარა:

- ნასამართლობა წინათ ჩადენილი დანაშაულებისათვის უკვე გაქარწყლებულია, ამიტომაც ამ ნიშნით პირის პასუხისმგებლობის დამძიმება შეუძლებელია
- ქმედების მცირე მნიშვნელობის შეფასება ვერ მოხდება მხოლოდ მითვისებული ნივთის ღირებულებით, რადგან სასამართლო გადაწყვეტილების ერთ-ერთი მთავარი მიზანია პირის ინდივიდუალური სამართლებრივი გაკიცხვა, მოცემულ შემთხვევაში პირი მეოთხედ ჩადის დანაშაულს. ასევე დანაშაული ჩადენილია ძალადობისა და მუქარის ფორმით

13 საოლქო სასამართლოს სააპელაციო პალატის განჩინება №პ 0115, თარიღი: 11.03.2003 წელი
 14 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებანი სისხლის სამართლის საქმეებზე. 2002, №3 გვ. 257-259

- სასამართლო, იჩენდა რა მის მიმართ ლმობიერებას, ბოლო სასჯელიდანაც პირობით ვადამდე გაათავისუფლა, რამაც, როგორც ჩანს, ვერ გამოიღო სასურველი შედეგი და არ იქნა მიღწეული სასჯელის მიზნები.¹⁵

შესაბამისად, სასამართლომ უცვლელი დატოვა შეფარდებული სასჯელი, მცირედით შეცვალა მხოლოდ ქმედების კვალიფიკაცია, დამამძიმებელი გარემოებების ქრილში. წინამდებარე საქმეში ერთადერთი საგულისხმო ფაქტია თავად ზიანის შეფასება. მაშინ როდესაც დაცვის მხარე აპელირებს ლუდის ფასზე, ბრალდება კი მას პასუხობს იმით, რომ პირი წარსულშიც ნასამართლევია არაერთხელ, ყურადღების მიღმა რჩება მნიშვნელოვანი ფაქტობრივი გარემოება. კერძოდ, ლუდის ბოთლის ფასი, ცხადია, არ აღემატება 2.30 ლარს, მაგრამ პირმა ასევე დაამსხვრია ვიტრინის მინა, რომლის ღირებულება გაცილებით დიდია, თუმცა ამ დეტალის აქცენტირება საქმის განხილვისას არ მომხდარა.

2003 წლის შემოდგომაზე, დ.ქ-მ ხარაგაულის რაიონის ერთ ერთ სოფელში მცხოვრები რ.ხ.-ის საცხოვრებელი ეზოდან, მართლსაწინააღმდეგო მისაკუთრების მიზნით, ფარულად მიითვისა სამი ცალი ალუმინის ქვაბი, რომელიც ბაზარში გაყიდა 3 ლარად. მოგვიანებით, უკვე 2004 წლის 27 მარტს, საღამოს 6 საათზე, ისევ დ.ქ-მ მოქალაქე ნ.ო.-ს მოპარა 50 ლარი. აღნიშნული ქმედებებისათვის ქუთაისის საოლქო სასამართლოს მიერ პირი მსჯავრდებულ იქნა 177-ე და 1821 მუხლებით. საკასაციო საჩივრის განხილვის მომენტში 1821 მუხლი უკვე ამოღებული იყო მოქმედი კოდექსიდან, თუმცა არ მომხდარა ქმედების დეკრიმინალიზაცია, შესაბამისად, მსგავსი ქმედებების კვალიფიკაცია ხდებოდა სხვა საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულით.

საკასაციო პალატამ მიიჩნია:

- ქვაბების მითვისების ეპიზოდში, მართალია, სახეზეა სსკ 177 მუხლით გათვალისწინებული ქმედება, მაგრამ ის არსებობს მხოლოდ ფორმალურად, რადგან ქვაბების ღირებულებამ შეადგინა სამი ლარი (არც წინასწარი და არც სასამართლო გამოძებისას ქვაბების სხვა ფასი არ ყოფილა დადგენილი), ასევე ქვაბები დაუბრუნდა მეპატრონეს, ამიტომ აღნიშნულ ეპიზოდში სისხლის სამართლის საქმე უნდა შეწყდეს ქმედების მცირე მნიშვნელობის გამო;
- ქვაბების დატაცების ეპიზოდის გაუქმების გამო, ქმედების მეორე ეპიზოდი აღარ ჩაითვლება არაერთგზისობად. აღნიშნულ ეპიზოდში შეწყდა სისხლის სამართლის საქმე დაზარალებულთან შერიგების საფუძველით.

საბოლოო ჯამში საკასაციო პალატამ გაათავისუფლა პირი სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან.¹⁶

2003 წლის ივლისის შუა რიცხვებში გ. ა. შეხვდა მის თანაუბნელს, ნაცნობ ა. ფ.-ს და უთხრა, რომ მის საცხოვრებელ კორპუსში, გურამიშვილის გამზირის მეორე კორპუსში განთავსებულია შპს „ბედნიერება“, რომელსაც ოთახებში აქვს სპორტული საგარჯიშოები (ტრენაჟორები), სადაც შეიძლება იყოს შავი და ფერადი ლითონები. მან შესთავაზა ა.ფ.-ს, მოეპარათ შავი და ფერადი ლითონების შემცველი ნაწილები და ჩაეხრებინათ ჯართის მიმღებ პუნქტში. ა. ფ. შეთავაზებულ წინადადებაზე დაეთანხმა და, თავის მხრივ, დაუკავშირდა 1986 წელს დაბადებულ ლ.ა.-ს, რომელთან ერთად არაერთხელ შეაღწიეს შპს „ბედნიერების“ ოთახში და ფარულად დაეუფლნენ და გაიტაცეს ტრენაჟორების 30 ნაწილი, ორძელის ბლითების კომპლექტი, 2 ცალი 10- კილოგრამიანი გირი, სულ, 4000 აშშ დოლარის საერთო ღირებულებით. გატაცებული ნივთები მათ გადაამალეს იქვე, ახლოს, ეზოში. მეორე დღეს ა. ფ. და გ. ა.

15 საქართველოს უზენაესი სასამართლო, საქმის ნომერი: 2კ-339აპ.-05 განჩინება 339 აპ. 11.10.2005 წელი.

16 საქართველოს უზენაესი სასამართლო, საქმის ნომერი: 2კ-386აპ.-04 განჩინება 386 აპ. 13.01.2005 წელი.

შეხვედნენ ერთმანეთს, გატაცებული საგნები ავტომანქანით მიიტანეს ჯარტის მიმღებ პუნქტში და 42 ლარად ჩააბარეს. აღნიშნული მოქმედებით მსჯავრდებულებმა შპს „ბედნიერებას“ მიაყენეს მნიშვნელოვანი ზიანი. თბილისის ისანი-სამგორის რაიონული სასამართლოს მიერ აღნიშნულ პირებს შეეფარდათ თავისუფლების აღკვეთა შავი და ფერადი ლითონების დაუფლებისთვის, მათვე დაეკისრათ დაზარალებულისათვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება, რომელმაც შეადგინა 4000 აშშ დოლარი. აღსანიშნავია ისიც რომ გ.ა.-ს საქმეში ასევე ფიგურირებს 2004 წელს ჩადენილი ხულიგნობა. რაიონული სასამართლოს განაჩენი გაასაჩივრა მსჯავრდებულმა გ.ა.-მ და ითხოვდა შავი ლითონების მართლსაწინააღმდეგო მისაკუთრების ნაწილში სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან განთავისუფლებას ქმედების მცირე მნიშვნელობის საფუძველით. სააპელაციო სასამართლომ გადააკვალიფიცირა პირის ქმედება სსკ 177 მუხლით გათვალისწინებული ქურდობით. სასამართლოს მიერ არ იქნა გაზიარებული მცირე მნიშვნელობაზე აპელირება, რადგან ნივთების ღირებულება შეადგენდა 4000 აშშ დოლარს, ის რომ ეს ქონება გაცილებით იაფად იქნა რეალიზებული მსჯავრდებულის მიერ, არ წარმოადგენს სასამართლოსათვის არსებით არგუმენტს.¹⁷

2015 წლის 2 მაისს, დაახლოებით 20 საათზე, წერეთლის ქუჩის №2-ში მდებარე სს „ოცნების“ მაღაზიიდან მ.ბ. და ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2014 წლის 25 ნოემბრის განაჩენით ქურდობისათვის ნასამართლევი გ.ბ. ფარულად დაეუფლნენ 19 ლარად ღირებულ ყავა – ნესკაფეს. ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2015 წლის 24 დეკემბრის განაჩენით გ. ბ. – დაბადებული 1985 წელს, ნასამართლევი, – და მ. ბ. დაბადებული 1984 წელს, ნასამართლევი, – საქართველოს სსკ-ის მე-7 მუხლის მე-2 ნაწილის საფუძველზე ცნობილ იქნენ უდა-

ნაშაულოდ და გამართლდნენ. გაუქმდა პირთა მიმართ შეფარდებული აღკვეთის ღონისძიება – გირაო.

აღნიშნული განაჩენი სააპელაციო წესით გაასაჩივრა ქუთაისის რაიონული პროკურატურის პროკურორმა და ითხოვა გამამართლებელი განაჩენის გაუქმება და გამართლებულების დამნაშავედ ცნობა, შესაბამისად, ქმედებათა კვალიფიკაცია სსკ 177-ე მუხლით, შემდეგი საფუძველებით: სასამართლომ არ დაასაბუთა, თუ რატომ მიიჩნია მათ მიერ ჩადენილი ქმედება მცირე მნიშვნელობის მქონედ და მისი მსჯელობა, რომ გ. ბ. და მ. ბ.-ს მიერ ჩადენილი ქმედება, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მე-7 მუხლის მეორე ნაწილის საფუძველზე, წარმოადგენს ბრალის გამომრიცხავ გარემოებას, არ შეესაბამება მითითებული მუხლის მოთხოვნებს, ვინაიდან მოცემულ შემთხვევაში სახეზეა წარსულში ნასამართლევი პირების მიერ დამამძიმებელ გარემოებებში – საზოგადოებრივი თავშეყრის ადგილას ჩადენილი ქმედება, რის გამოც იგი არ შეიძლება მიჩნეულ იქნეს მცირე მნიშვნელობის მქონედ. ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატის 2016 წლის 13 ივლისის განაჩენით გაუქმდა ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2015 წლის 24 დეკემბრის გამამართლებელი განაჩენი, ქმედება შეაფასა როგორც 177 მუხლით გათვალისწინებული ქურდობა. მსჯავრდებულთა ადვოკატმა გაასაჩივრა სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება და მოითხოვა საქმის შეწყვეტა სსკ-ის მეშვიდე მუხლის მეორე ნაწილის საფუძველით. უზენაესმა სასამართლომ არ გაიზიარა აღნიშნული მოთხოვნა შემდეგი არგუმენტაციით:

- მეშვიდე მუხლის მეორე ნაწილით გათვალისწინებული ზიანის ცნებაში არ იგულისხმება მხოლოდ მატერიალური ზიანი და იგი შეიძლება გამოიხატოს როგორც მატერიალური, ისე არამატერიალური სახით, ხოლო იმისათვის, რომ დადგინდეს ქმედების მცირე მნიშვნელობა, საკმარისი არ არის აპელირება მართლოდენ

17 საქართველოს უზენაესი სასამართლო, საქმის ნომერი: 2კ-777აპ.-0604 განჩინება 777 აპ. 28.02.2007 წელი.

მატერიალური ზიანის ოდენობაზე. მითითებულის დასადგენად აუცილებელია საქმის ფაქტობრივი გარემოებების შეფასება ერთობლივად – ჩადენილი ქმედების ხასიათისა და სიმძიმის, საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხის, დამნაშავეს პიროვნებისა და მისი წარსული ცხოვრების გათვალისწინებით

- დანაშაული ჩადენილი დღისით, საჭაროდ, ჯგუფის მიერ, მსჯავრდებულები წარსულში ნასამართლევი არიან
- მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლომ წარსულში მათ მიმართ გაავრცელა საშეღავათო ღონისძიებები და ორივე მათგანს თავისუფლების აღკვეთის სახით დანიშნული სასჯელი შეუცვალა პირობითი მსჯავრით, ისინი არ დაადგინენ გამოსწორების გზას და კვლავ ჩაიდინეს განზრახი დანაშაული დამამძიმებელ გარემოებებში
- ისინი ფარულად დაეუფლნენ ერთ ქილა ყავას, რომელიც, ბუნებრივია, ვერ ჩაითვლება ადამიანის სასიცოცხლო პირობებისათვის აუცილებელ პროდუქტად, რის შესახებაც თვით მსჯავრდებულნიც არ აპელირებენ.

აღსანიშნავია ისიც, რომ უშუალოდ მითვისებული ნივთის ღირებულებაზე სასამართლოს არ უმსჯელია.¹⁸

2006 წლის 23 მაისს თბილისის საქალაქო სასამართლოს მიერ ყაჩაღობისთვის ნასამართლევი გ. გ. 2016 წლის 18 თებერვალს, დაახლოებით 14:40 საათზე, მოძრავ № საქალაქო ავტობუსში, მართლსაწინააღმდეგო მისაკუთრების მიზნით, ფარულად დაეუფლა ს.ს-ს ხელჩანთიდან 25 ლარად ღირებულ საფულეს, რომელშიც მოთავსებული იყო თანხა – 10 ლარი. გ. გ-ს დანაშაულებრივი ქმედებით ს. ს-ს მიადგა 35 ლარის ქონებრივი ზიანი. ამასთან, თბილისის საქალაქო სასამართლომ ჩათ-

ვალა, რომ მიყენებული ზიანი იყო მცირე მნიშვნელობის და საქართველოს სსკ-ის მე-7 მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, გ.გ-ს ცნო უდანაშაულოდ. საქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილება გაასაჩივრა ბრალდების მხარემ სააპელაციო წესით. სააპელაციო სასამართლომ დააკმაყოფილა ბრალდების მხარის მოთხოვნა და დაპირი დამნაშავედ სცნო სსკ 177-ე მუხლით გათვალისწინებული ქურდობისთვის. სააპელაციო პალატამ აღნიშნა, რომ „შესაძლოა ზიანი ფაქტობრივად 1 ლარს არ აჭარბებდეს, მაგრამ იგი მაინც არ ჩაითვალოს მცირე მნიშვნელობის ზიანად. ამ თვალსაზრისით, ყურადღება სწორედ ქმედების ხასიათსა და მასში გამოხატულ მართლსაწინააღმდეგო ნებას უნდა მიექცეს და არა – მხოლოდ ზიანის მათემატიკურ გამოსახულებას. ბუნებრივია, კანონმდებელი ქმედების დანაშაულად აღიარებისას ითვალისწინებს საშიშროებას, რაც მოითხოვს მასთან ბრძოლას სისხლისსამართლებრივი სასჯელის მეშვეობით. შესაძლებელია, ქმედების საშიშროების ხარისხი ზოგ შემთხვევაში არ აღწევდეს იმ მინიმუმს, რაც აუცილებელია მისი ჩამდენის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისათვის. ქმედების საშიშროების დადგენისათვის კი მხედველობაშია მისაღები ხელყოფის ობიექტის ღირებულება, ხელყოფის ინტენსივობა, მისი განხორციელების სტადია, პირის მონაწილეობის ხარისხი დანაშაულში, ზიანის მოცულობა, დანაშაულის ჩადენის დრო, ადგილი და სხვა.“ პალატამ აღნიშნა ისიც, რომ პირის განზრახვა არ იყო 10 ლარის დაუფლება, მან არც იცოდა, რა თანხა იდო საფულეში, მას ამოძრავებდა სხვისი ნივთის და არა კონკრეტულად 10 ლარის დაუფლების განზრახვა.¹⁹

მ.წ.-მ შპს „ორბის“ უფლებამოსილი წარმომადგენლის (იხ.სანოტარო აქტი N01025) ნ. მ-ს დავალებით ხსენებული ორგანიზაციის დირექტორ ი. მ-ს ნაცვლად, ხელი მოაწერა 2014 წლის 22 აპრილით დათარიღებულ წერილზე შპს „ორბის“ საზო-

18 საქართველოს უზენაესი სასამართლო, საქმის ნომერი: 2კ-556აპ, განჩინება 556აპ-16 აპ. 7.03.2017 წელი.

19 საქართველოს უზენაესი სასამართლო, საქმის ნომერი: 2კ-164აპ.-17, თარიღი: 17.07.2017 წ.

გადოების კუთვნილი 10 სატელეფონო ნომრის სხვა სატელეკომუნიკაციო კომპანიაში პორტირების შესახებ. ბათუმის საქალაქო სასამართლომ აღნიშნული პირი უდანაშაულოდ სცნო წარდგენილ ბრალდებაში (სსკ-ის 362 მუხლი). საქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილება სააპელაციო წესით გაასაჩივრა ბრალდების მხარემ, რომელიც ითხოვდა განაჩენის გაუქმებასა და მ. წ-ს დამნაშავედ ცნობას საქართველოს სსკ-ის 362-ე მუხლის 1-ლი ნაწილით წარდგენილ ბრალდებაში. ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატის 2017 წლის 21 ივლისის განაჩენით ბათუმის საქალაქო სასამართლოს 2017 წლის 30 მარტის განაჩენი დარჩა უცვლელად. სააპელაციო პალატამ მიიჩნია, რომ „თუნდაც დადასტურებულიყო მ. წ-ს მიერ წარდგენილი ბრალდების ფორმულირებით დანაშაულის ჩადენა, მიზანშეუწონელი იქნებოდა მისთვის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრება” შემდეგ გარემოებათა გამო:

- მ. წ-ს სადავო დოკუმენტის ხელმოწერით რაიმე მატერიალური უპირატესობა არ მიუღია
- მ. წ-ს მიერ სადავო დოკუმენტზე ხელმოწერით არც ერთ კომპანიას არანაირი მატერიალური ზიანი არ მისდგომია, პირიქით, კომპანიას მიეცა საშუალება, გაუმჯობესებული პირობებით ესარგებლა სატელეფონო ნომრებით
- მ.წ-მ სადავო დოკუმენტზე ხელი მოაწერა ნათესავის კომპანიის დირექტორ ი. მ-ს მინდობილი პირის – ნ. მ-ს თხოვნით
- სსკ-ის მეშვიდე მუხლის მეორე ნაწილით გათვალისწინებული ზიანის ცნებაში არ იგულისხმება მხოლოდ მატერიალური ზიანი და იგი შეიძლება გამოიხატოს როგორც მატერიალური, ისე არამატერიალური სახით, ხოლო იმისათვის, რომ დადგინდეს ქმედების მცირე მნიშვნელობა, აუცილებელია საქმის ფაქტობრივი გარემოებების შეფასება ერთობლი-

ვად – ჩადენილი ქმედების ხასიათისა და სიმძიმის, საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხის, დამნაშავის პიროვნული მახასიათებლებისა და მისი წარსული ცხოვრების გათვალისწინებით.

სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება გაასაჩივრა ბრალდების მხარემ. უზენაესი სასამართლოს მიერ შემოწმდა საჩივრის დასაშვებობა და საქმე არ იქნა მიღებული განსახილველად.²⁰

2015 წლის 22 სექტემბერს, დაახლოებით 05:15 საათზე, ვ. ჯ-მ უკანონოდ შეაღწია ერთ-ერთი პირის კუთვნილ მაღაზიაში, საიდანაც მართლსაწინააღმდეგო მისაკუთრების მიზნით, ფარულად დაეუფლა 15 ლარად ღირებულ ერთ ბოთლ არაყს. საქალაქო სასამართლომ ვ.ჯ. სცნო უდანაშაულოდ წარდგენილ ბრალდებაში. ხოლო სააპელაციო სასამართლომ გააუქმა საქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილება პირი დამნაშავედ სცნო სსკ 177-ე მუხლით გათვალისწინებული ქურდობის ჩადენაში. დაცვის მხარემ გადაწყვეტილება გაასაჩივრა უზენაეს სასამართლოში. უზენაესმა სასამართლომ არ მიიჩნია დასაშვებად პირის საჩივარი, აქვე განმარტა, რომ ის სრულად იზიარებს სააპელაციო სასამართლოს არგუმენტაციას – 15 ლარზე აპელირება ამ შემთხვევაში არ იქნება სამართლიანი, რადგან ქმედება უნდა შეფასდეს სრულად, მისი ჩადენის ხერხის, ფორმისა და სხვა გარემოებების გათვალისწინებით.²¹

წარმოდგენილი მცირე კვლევის სახით შეგვიძლია წარმოვადგინოთ თეორიული და პრაქტიკული მნიშვნელობის დასკვნები.

უფრო სწორი იქნება ავლნიშნოთ, რომ თანამედროვე სისხლის სამართალი პასუხისმგებლობის გამომრიცხველ გარემოებათა სამ ძირითად ჯგუფს იცნობს. პირველ რიგში, ეს არის ქმედების გამომრიცხველი გარემოებები, რომელიც მოიცავს მეშვიდე მუხლის მეორე ნაწილით გათვალისწინე-

20 საქართველოს უზენაესი სასამართლო, საქმის ნომერი: №510აპ-17, თარიღი: 22.02.2018 წ.
 21 საქართველოს უზენაესი სასამართლო, საქმის ნომერი: №154აპ-18, თარიღი: 01.08.2018 წ.

ბულ ქმედების გამომრიცხველ გარემოებას.

ქმედების მცირე მნიშვნელობის ფარგლებში ზიანის შეფასებისას, გარდა კოდექსით გათვალისწინებული მნიშვნელოვანი ზიანისა (150 ლარი), აუცილებლად უნდა იქნას გათვალისწინებული ქვეყანაში არსებული საარსებო მინიმუმი. რადგან აღნიშნული მინიმუმი წარმოადგენს ცვალებად მარჯვენებელს, რომელიც ქვეყანაში არსებული სოციალურ ეკონომიკური პროცესების ადექვატურია.

მატერიალური სამართლის ნორმებით მცირე მნიშვნელობის განმარტება არ არის თანამედროვე ევროპული კანონმდებლობის ტენდენცია, აღნიშნული მემკვიდრეობა საქართველოს ჯერ კიდევ საბჭოთა სისტემის სამართლის კოდექსიდან ერგო. მიუხედავად ამისა, მაინც ვერ გავიზიარებთ ლიტერატურაში გამოთქმულ პოზიციას იმის შესახებ, რომ საკითხი წმინდა პროცესუალურ ქრილში იქნას გადაყვანილი. ეს პოზიცია მისაღება მხოლოდ ისეთ გარემოში, სადაც საგამოძიებო ორგანოების თანამშრომლები მასიურად ფლობენ შესაბამის ცოდნას, გამოცდილებას და შეუძლიათ დამოუკიდებელი გადაწყვეტილებების მიღება, რათა თავიდან ავიცილოთ უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება და სხვა მძიმე შედეგები.

სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი ცხადყოფს, იმ ქმედებებში, სადაც მხოლოდ ზიანის შეფასება საკმარისია 3 ლარამდე, ზიანი არ იქნა მიჩნეული სისტემის სამართლებრივი პასუხისმგებლობის საპირწონე ზიანად. ანალოგიურად გახლდათ 5 ცალი თევზის უკანონოდ დაჭერის შემთხვევაშიც. თუმცა აქ ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს, რომ ამ შემთხვევაში საქმე არ გახლდათ დატვირთული სხვა დამატებითი გარემოებებით და საკმარისი აღმიჩნდა მხოლოდ ზიანის შეფასება.

სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი ასევე ცხადყოფს, რომ ზიანი არ ფასდება მხოლოდ მისი ღირებულებით. ჩვენ მიერ ზემოთ განხილულ ერთ-ერთ საქმეში, მართალია მითვისებული ლუდის ღირებულებ

ა 2 ლარსა და 30 თეთრს არ სცდებოდა, მაგრამ სასამართლომ გაითვალისწინა მსჯავრდებულის პიროვნება, ის რომ წინათ შეფარდებულმა სასჯელებმა ვერ უზრუნველყო დანაშაულის პრევენცია, პირის წარსული, ნასამართლობა და ა.შ. თუმცა ჩვენ მიგვაჩნია, რომ ზემოთ ხსენებულ საქმეში (N 2კ-339აპ.-05) ყურადღების მიღმა დარჩა ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ფაქტობრივი გარემოება – სასმელების შესანახი ვიტრინის ჩამტვრევა, რომელიც რადიკალურად შეცვლიდა ზიანის ოდენობას.

ზემოთ განვითარებული მოსაზრების საპირისპიროდ სასამართლომ მცირე მნიშვნელობა დაადგინა ლითონის ქვაბების მითვისების შემთხვევაში, იმდენად რამდენადაც ქმედება არ იყო დამძიმებელი სხვა გარემოებებით. პირი არ იყო ნასამართლევ და ქმედების ჩადენის ფორმაც არ გახდათ ძალადობრივი.

ზიანის შეფასებისას არ აქვს მნიშვნელობა, ფაქტობრივად რამდენად გაიყიდა მოპარული ნივთი, მნიშვნელოვანია მისი რეალური საბაზრო ღირებულება. მაგალითად, ზემოთ განხილული სატრენაჟორო დარბაზის გაქურდვის საქმეში, სასამართლომ მხედველობაში მიიღო ნივთის ობიექტური ღირებულება და არა ის ფასი, რა ფასადაც ეს ნივთი გაყიდეს მსჯავრდებულებმა.

ზემოთ განხილულ საქმეებში სასამართლომ არაერთხელ აღნიშნა, რომ ქმედების მცირე მნიშვნელობისთვის ზიანის შეფასებისას არ ხდება მხოლოდ ზიანის მათემატიკური შეფასება. აუცილებლად უნდა შეფასდეს საქმის ფაქტობრივი გარემოებები ერთიანად, მათ შორის ჩადენილი ქმედების ხასიათი, სიმძიმე, მისი საზოგადოებრივი საშიშროება, პიროვნება, მისი წარსული, რამდენად იქნა მიღწეული სასჯელის მიზნები პირის მიმართ უკვე შეფარდებული სასჯელის კუთხით.

ცალკელ საქმეებში სასამართლო მსჯელობს ასევე იმაზე, რამდენად არის მითვისებული პროდუქტი საარსებოდ აუცილებელი პროდუქტი, შესაბამისად მცირე მნიშვნელობის შეფასებისას ამასაც შესაძ

ლოა ქონდეს მნიშვნელობა.

მაშასადამე საბოლოო ჯამში ქმედების მცირე მნიშვნელობის შეფასებისას სასურველია ვიხელმძღვანელოთ შემდეგი რეკომენდაციებით:

- ზიანის შეფასებისას გამოყენებულ უნდა იქნას სსკ-ით განმარტებული მნიშვნელოვანი ზიანის ოდენობა და შეფასების მომენტში არსებული საარსებო მინიმუმის ოდენობა
- ზიანის შეფასება შორს უნდა იყოს ყოველგვარ ფარდობით, სუბი-

ექტურ შეფასებებს, ზიანი ფასდება მისი ობიექტური ღირებულებით

- ზიანის შეფასებისას უნდა მოხდეს ქმედების ყველა გარემოების შეფასება, მათ შორის: დამამძიმებელი გარემოებები, ნასამართლობა, წარსულში ჩადენილი ქმედებები, წარსულში შეფარდებული სასჯელი, მოტივი, მიზანი, სუბიექტური მხარე, ქმედების ჩადენის ფორმა, ხერხი, დანაშაულის ჩადენის სტადია.

MAIN SPECIFICATIONS OF ASSESSING ACTIVITIES OF MINOR IMPORTANCE IN MODERN CRIMINAL LAW

Tatia Dolidze, PhD

European University, Associate Professor

KEYWORDS: Responsibility, Court, Harm

RESUME

The research includes the full and the detailed overview of assessing activities of minor importance in Georgian Criminal Law. The Article 7 of the Criminal Code of Georgia states the following: a crime shall not be an action that, although formally containing the signs of a crime, has not produced, for minor importance, the prejudice that would require criminal liability of its perpetrator, or has not created the risk of such harm. The research includes the main criteria of defining activities as activities of minor importance. The detailed review of Georgian case law is also introduced, as well as, legislation, judicial literature and experience of the other European countries.

NOTES:

1. Turava M. 2011 The doctrine of Crime, Tbilisi P.P. 323-325. (GEO)
2. Asworth A.2013, Principles of criminal law, p.p.50-52. (ENG)
3. National herald of Georgia, web site www.matsne.gov.ge (GEO)
4. Donjashvili T. 2002, General part of criminal law, p. 154. (GEO)
5. Donjashvili T. 2002, General part of criminal law, p. 154. (GEO)
6. National statistics office of Georgia, official web site: <https://www.geostat.ge/ka/modules/categories/49/saarsebo-minimumi> (GEO)

7. Turava M. 2011 The doctrine of Crime, Tbilisi, P. 61. (GEO)
8. Turava M. 2011 The doctrine of Crime, Tbilisi, P. 62. (GEO)
9. Penal code of French Republic, p.p. 1 – Official link: https://www.legislationline.org/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-pdf (ENG)
10. Turava M. 2011 The doctrine of Crime, Tbilisi P.P. 315-316. (GEO)
11. Shavgulidze T. Surguladze L. 2002 Circumstances of General danger, Tbilisi, p.19-20. (GEO)
12. Tsereteli T. 2006 General danger and incriminating circumstances, p.p. 76-77. (GEO)
13. Decision of appellation chamber of district court, N №3 0115, Date: 2003. (GEO)
14. Georgian Supreme court Decision , 2002, N3 p.p. 257-259. (GEO)
15. Supreme court of Georgia, Case N 23-339 AP.-05, Decision N339 AP. Date: 2005. (GEO)
16. Supreme court of Georgia, Case 2K-386AP-04, Decision N386 AP. Date: 2005 (GEO)
17. Supreme court of Georgia, Case 2K-777AP.-, Decision N 777 AP. Date: 2007 (GEO)
18. Supreme court of Georgia, Case N 2K-556AP, Decision N556 AP-16AP, Date: 2017. (GEO)
19. Supreme court of Georgia, Case N 2K-164AP.-17, Date: 2017. (GEO)
20. Supreme court of Georgia, Case N 510Ap-17, Date: 2018. (GEO)
21. Supreme court of Georgia, Case N 154AP-18, Date: 2018. (GEO)

BIOBLIGRAPHY:

1. Turava M. 2011 The doctrine of Crime, Tbilisi.
2. Asworth A.2013, Principles of criminal law.
3. Donjashvili T. 2002, General part of criminal law.
4. Penal code of French Republic, Legilsationonline.
5. Shavgulidze T. Surguladze L. 2002 Circumstances of General danger, Tbilisi.
6. Tsereteli T. 2006 General danger and incriminating circumstances.
7. decision of appellation chamber of district court, N №3 0115, Date: 2003.
8. Georgian Supreme court decisions 2002.
9. Supreme court of Georgia, Case N 23-339 AP.-05, decision N339 AP. Date: 2005.
10. Supreme court of Georgia, Case 2K-386AP-04, decision N386 AP. Date: 2005.
11. Supreme court of Georgia, Case 2K-777AP.-, decision N 777 AP. Date: 2007.
12. Supreme court of Georgia, Case N 2K-556AP, decision N556 AP-16AP, Date: 2017.
13. Supreme court of Georgia, Case N 2K-164AP.-17, Date: 2017.
14. Supreme court of Georgia, Case N 510Ap-17, Date: 2018.
15. Supreme court of Georgia, Case N 154AP-18, Date.

ევროპის კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოსა და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს ურთიერთქმედების ასპექტები N2/13 დასკვნის შემდეგ

ირაკლი პაპავა

*ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო
უნივერსიტეტის მაგისტრი, საერთაშორისო სამართლის
სპეციალისტი, ა(ა)იპ „საქართველოს დემოკრატიული
განვითარების კავშირის“ იურისტი*

საკვანძო სიტყვები: ევროპის კავშირის მართლმსაჯულების
სასამართლო, ადამიანის უფლებათა ევროპული
სასამართლო, ევროკავშირის შეერთება კონვენციასთან

შესავალი

უკვე ხუთ წელზე მეტი გავიდა იმ მომენტიდან, როდესაც ევროპის კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ (2009 წლის 1 დეკემბრამდე – ევროპის გაერთიანებების სასამართლო, შემდეგში – ასევე „ლუქსემბურგის სასამართლო“) თავისი 2014 წლის 18 დეკემბრის N2/13 დასკვნით¹ ევროპის კავშირის

¹ იხ. Court of Justice of the European Union (შემდეგში – CJEU). Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU – Draft international agreement – Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Compatibility of the draft agreement with the EU and FEU Treaties. Opinion 2/13 of the Court (Full Court) of 18 December 2014. <http://curia.europa.eu/juris/document/document>.

(შემდეგში – „ეკ“, „კავშირი“, „ევროკავშირი“) სამართალთან შეუსაბამოდ ცნო ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპულ კონვენციასთან (შემდეგში – „კონვენცია“, „ევროპული კონვენცია“, „ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია“, „აუეკ“) ევროკავშირის შეერთების შესახებ შეთანხმების პროექტი, რითაც, ფაქტობრივად, დაბლოკა კონვენციასთან ეკ-ის შეერთების პროცესი.

მართალია, ევროპის კომისიის თავმჯდომარემ ჟან-კლოდ იუნკერმა 2016 წლის 19 აპრილს განაცხადა, რომ აუეკ-თან შეერთება ევროპის კავშირისთვის პოლიტიკურ პრიორიტეტად რჩება,² მაგრამ აშკარაა, რომ, ლუქსემბურგის სასამართლოს უარყოფითმა დასკვნამ ამ კუთხით არსებული სიტუაციის შემდგომი განვითარება უკიდურესად ბუნდოვანი გახადა.

განვლილი დროის განმავლობაში ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს ზემოხსენებული (ბევრისთვის, ცოტა არ იყოს, მოულოდნელი) გადაწყვეტილებით გამოწვეული ემოციების ტალღა ნაცხრა, ხოლო დასკვნაში მის მიერ მოყვანილი არგუმენტები საფუძვლიანად გაანალიზდა.³ მეტიც, ეკ-ის მართლმსა-

ჯულების სასამართლოსა და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს (შემდეგში – „აუეს“, „ევროპული სასამართლო“, „სტრასბურგის სასამართლო“) მიერ ამ დროის მანძილზე გადადგმული ნაბიჯები შესაძლებლობას იძლევა გამოვლენილი იქნას მათი თანაარსებობის პარამეტრები N2/13 დასკვნის მიღების შემდეგ შექმნილ ახალ რეალობაში.

აღნიშნულის გათვალისწინებით, სტატი-აში გაანალიზებულია, აუეკ-თან კავშირის არშემდგარი შეერთების შედეგად, ეკ-ის ფუნქციონირებაში, დემოკრატიის მნიშვნელოვანი პარამეტრის მხრივ, შენარჩუნებული დეფიციტი, ასევე, ლუქსემბურგის სასამართლოს უარყოფითი დასკვნის შემდეგ, ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოსა და სტრასბურგის სასამართლოს შორის ურთიერთობაში შექმნილი ახალი მოცემულობა და ამ შეცვლილ ვითარებაში ორი ევროპული სასამართლოს ურთიერთქმედების ხასიათში მომხდარი ცვლილებები; პარალელურად, განხილულია ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს მიერ თავის დასკვნაში ჩამოყალიბებული ძირითადი არგუმენტები, აგრეთვე აკადემიური წრის შეფასებები. ამასთან, ავტორი იმ დაშვებიდან ამოდის, რომ მკითხველი იცნობს თანამედროვე სახით ჩამოყალიბებამდე ევროპის კავშირის მიერ განვლილ განვითარების უმთავრეს ეტაპებს, მისი ფუნქციონირების ზოგად სამართლებრივ საფუძვლებს და ეკ-ის სამართალთან დაკავშირებულ ძირითად საკითხებს.

1. დეფიციტი დემოკრატიის პარამეტრში

ევროკავშირს ყოველთვის უნდოდა, დემოკრატიულ გაერთიანებად წარმოეჩინა თავი და სრულად დაეკმაყოფილებინა დემოკრატიის სტანდარტები არა მარტო

jsf?docid=160882&doclang=EN (14/04/2020).

2 იხ. Institutions start discussing way forward after ECHR setback. By Georgi Gotev. EURACTIV.com, 21 April 2016. [https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/institutions-start-discussing-way-forward-after-echr-setback/\(14/04/2020\)](https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/institutions-start-discussing-way-forward-after-echr-setback/(14/04/2020)).

3 იხ.: პაპავა ი. (2018). ევროპის კავშირის შეერთება ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპულ კონვენციასთან: ობიექტური აუცილებლობა თუ შეუთავსებლობის შეთავსების მცდელობა? ევროპის კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს 2/13 დასკვნის ანალიზი. საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვა, 12, 97-118; Douglas-Scott, S. (2016). Autonomy and Fundamental Rights: The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR. *Europarättslig tidskrift*, 1, 29-44; Eeckhout P. (2015). Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky? *Fordham International Law Journal*, 38 (4), 955-992; Halberstam D. (2015). "It's the Autonomy, Stupid!": A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward. *German Law Journal*, 16 (1), 105-146; Peers S. (2015). The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare. *German Law Journal*, 16 (1), 213-222; Энтин

К. (2015). Присоединение Европейского Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод: анализ Заключения Суда ЕС 2/13. Сравнительное конституционное обозрение, 3 (106), 83-91 და სხვ.

მისი შემადგენელი ნაწილების მეშვეობით, არამედ დამოუკიდებლადაც. ამისკენ იგი მიზანმიმართულად მიდიოდა: ზრდიდა ევროპის პარლამენტის უფლებამოსილებებს; ცვლიდა საკანონმდებლო პროცედურას; თავის დამფუძნებელ ხელშეკრულებებში შემოჰქონდა პირდაპირი დემოკრატიის ელემენტები; მიიღო ძირითადი უფლებების საკუთარი ქარტია, რომელიც, შეიძლება ითქვას, ყველაზე უფრო კოდიფიცირებულ აქტს წარმოადგენს ადამიანის უფლებათა თაობაზე მიღებულ ყველა თანამედროვე დოკუმენტს შორის.⁴

თუმცა, დემოკრატიის ერთ-ერთი პარამეტრის მიხედვით, ევროპის კავშირი მანც ჩამორჩება თავის წევრ სახელმწიფოებს. როგორც ცნობილია, ყველა მათგანი, აუცილებელი წესით, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მონაწილეები არიან, – მაშინ, როდესაც თავად ევროკავშირმა ამ ამოცანის გადაჭრა ვერა და ვერ შეძლო, მიუხედავად იმისა, რომ კონვენციასთან შეერთების დებულება, ე.წ. „რეფორმის შესახებ“ ლისაბონის 2007 წლის ხელშეკრულების⁵ ძალაში შესვლის შემდეგ, კავშირის პირველადი სამართლის დონეზე იქნა გაწერილი.⁶ შეერთების შესახებ შეთანხმების

პროექტთან დაკავშირებით ლუქსემბურგის სასამართლოს უარყოფითი დასკვნის შემდეგ, საქმეს ისეთი პირი უჩანს, რომ ეს დებულება უახლოეს პერსპექტივაში, რეალურად განხორციელებად ვალდებულებაზე მეტად, კეთილ სურვილად დარჩენისთვისაა განწირული.

სიტუაცია მეტად ბუნდოვანია და იგი უამრავ უხერხულობას ქმნის როგორც თავად ევროკავშირისთვის, ისე მისი სახელმწიფოებისა და იმ მესამე ქვეყნებისთვისაც, რომლებიც, მართალია, ამ ინტეგრაციული ორგანიზაციის წევრებს არ წარმოადგენენ, თუმცა აუეკ-ის მონაწილეები არიან.

საგულისხმოა, რომ არსებობის პირველ წლებში ევროკავშირი შეგნებულად გაემიჯნა ადამიანის უფლებებს, რადგანაც თავს საერთო ბაზრის შექმნის ინსტრუმენტად (არც მეტი, არც ნაკლები) განიხილავდა. მაგრამ იგი შედარებით მალე დარწმუნდა, რომ ასეთი ვიწრო მიდგომით ვერ შეძლებდა ეროვნულ ინტერესებზე საერთო ინტერესების დომინირების და ეროვნული სამართლის ნორმის მიმართ სწრაფად ფორმირებადი ბენაცეიონალური სამართლებრივი წესრიგის პრიორიტეტის უზრუნველყოფას.⁷

როგორც კი ეს ცხადი გახდა, ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლომ, ხოლო მისი კვალდაკვალ კავშირის დანარჩენმა ინსტიტუტებმაც, 180 გრადუსით შემობრუნება დაიწყო. მათ განაცხადეს, რომ განუხრელად დაიცავდნენ ადამიანის უფლებებს. ადამიანის უფლებათა პატივისცემის პრინციპი ევროკავშირის მართლწესრიგის უმაღლეს პრინციპთა რიგებში აიყვანეს; დაადგინეს, რომ ადამიანის უფლებათა სფეროში ეკ-ის სამართლებრივი განვითარება აუეკ-თან და წევრი ქვეყნების კონსტიტუციურ ტრადიციებთან სრულ შესაბამისობაში უნდა მიმდინარეობდეს. შემდგომში ევროპის კავშირმა კონვენცია არა მარტო ჩართო თავის შიდა სამართალში (მასთან ფორმალური შეერთების გარეშე), არამედ

4 об. Энтин М. Л., Энтина Е. Г. (2017). Влияние права прав человека на прогрессивное развитие современного международного права. Московский журнал международного права, 4, 42.

5 სრული სახელწოდებაა: „ლისაბონის ხელშეკრულება ევროპის კავშირის შესახებ ხელშეკრულებისა და ევროპის გაერთიანების დაფუძნების შესახებ ხელშეკრულების შეცვლის თაობაზე“, მოკლე კი – „ლისაბონის ხელშეკრულება“. არაოფიციალურად (სამეცნიერო ლიტერატურასა და მასმედიის საშუალებებში) მას ხშირად უწოდებენ „ხელშეკრულებას რეფორმის შესახებ“. ხელმოწერილი იქნა 2007 წლის 13 დეკემბერს, ძალაში 2009 წლის 1 დეკემბრიდან შევიდა. მის საფუძველზე ევროკავშირის სამართლებრივი საწყისების ძირეული რეფორმა განხორციელდა. მისი ოფიციალური სრული ტექსტის სანახავად об. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community. Official Journal of the European Union, C 306, 17 December 2007. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=EN> (12/04/2020).

6 об. ევროპის კავშირის შესახებ ხელშეკრულების მე-6 მუხლის მე-2 პარაგრაფი, რომლის თანახმადაც, „კავშირი უერთდება (ინგლ.: shall accede) ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპულ კონვენციას“.

7 об. Balo B. (2014). Les différences entre CEDH et CJUE. Que pour les juristes. <http://quepourlesjuristes.fr/?p=1140> (12/04/2020).

უფრო შორსაც წავიდა. მან ჯერ ადამიანის უფლებათა საკუთარი რეესტრი – ძირითადი უფლებების ქარტია შეიმუშავა (2000 წელს), ხოლო შემდეგ კონსტიტუციური ხასიათი მიანიჭა მას (ლისაბონის ხელშეკრულების ძალაში შესვლის მომენტიდან).

ასე და ამგვარად, ევროკავშირმა მეტნაკლები წარმატებით გადაჭრა დემოკრატიულ საზოგადოებად ჩამოყალიბების პირველი ამოცანა, როდესაც ადამიანის უფლებათა სამართალი თავისი სამართლებრივი წესრიგის მთავარ საყრდენად და ატრიბუტად აქცია. თუმცა, ამავე დროს, მან ვერ შეძლო (ან არ მოისურვა) მეორე ამოცანის გადაწყვეტა, – კერძოდ, ის, რომ ადამიანის უფლებათა დაცვა კომპეტენტური საერთაშორისო სტრუქტურის (მოცემულ შემთხვევაში – სტრასბურგის სასამართლოს) კონტროლის ქვეშ დაეყენებინა.

შესაბამისად, დღეს გვაქვს მოცემულობა, როდესაც წევრი ქვეყნებისა და ევროკავშირიც ვალდებულნი არიან დაიცვან ადამიანის უფლებათა სამართალი, როგორც ამას მათგან ეკ-ის შიდა კანონმდებლობა და, საკუთრივ, ევროპული კონვენცია მოითხოვს; მაგრამ მონაწილე სახელმწიფოები, გარდა ამისა, პასუხისმგებელნი არიან კერძო პირებისა და ერთმანეთის წინაშე. შესაბამისად, შესაძლო ან სავარაუდო დარღვევათა შემთხვევებში მათი ქმედებები შეიძლება სტრასბურგის სასამართლოში გასაჩივრდეს; ხოლო თუ დარღვევები ეკ-ის ინსტიტუტების მიერაა ჩადენილი, მაშინ კერძო პირები და წევრი სახელმწიფოები ასეთ შესაძლებლობას მოკლებულნი არიან.

გამოდის, რომ ევროკავშირი ადამიანის უფლებათა სამართალთან მიმართებით მოწყვეტილია ზოგადი საერთაშორისო სამართლისგან, საკუთარ „წვენში იხარშება“ და მას ეს, ერთგვარად, აწყობს კიდევ. და ეს მაშინ, როცა წევრი ქვეყნები, მისგან განსხვავებით, სრულად არიან ინტეგრირებულნი ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპულ სისტემაში და ხელშეკრულები არიან აუეს-ს პრაქტიკით.⁸

2. აუეკ-თან ეკ-ის შეერთების გაჭიანურებული პროცესი

კონვენციასთან ევროკავშირის შეერთების საკითხი მრავალი წელია აქტიური განხილვის საგანს წარმოადგენს. მიიჩნეოდა (და დღემდე ასეა), რომ ამგვარი შეერთება, როგორც მინიმუმ, რამდენიმე პრობლემას გადაჭრიდა (გადაჭრის). პირველ რიგში, ეს აღმოფხვრის ორმაგი სტანდარტების პრაქტიკას, როდესაც ევროპის კავშირი ორგანიზაციის წევრობის კანდიდატი სახელმწიფოებისგან პირდაპირ მოითხოვს, რომ ისინი კონვენციის მონაწილეები იყვნენ, – მაშინ, როდესაც თვითონ ამ დოკუმენტის ფარგლებს გარეთ რჩება. მეორე, შეერთებამ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს სტანდარტებთან მაქსიმალურად უნდა დაახლოვოს ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს პრაქტიკა, რომელმაც სულ უფრო მეტად დაიწყო ამ სტანდარტებისგან დაშორება (განსაკუთრებით თავშესაფრის მინიჭების, უკანონო იმიგრანტების გაძევებისა და დამნაშავეთა გადაცემის საკითხებში). მესამე, კონვენციის სისტემაში ევროკავშირის მონაწილეობის შემთხვევაში სტრასბურგის სასამართლოს საგარეო კონტროლის ქვეშ აღმოჩნდება ეკ-ის ინსტიტუტების აქტები და ქმედებები (მაგალითად, კომისიის გადაწყვეტილება ჯარიმის დაკისრების შესახებ, ლუქსემბურგის სასამართლოს გადაწყვეტილებები), რომლებიც, შეერთების არარსებობის პირობებში, აუეს-ს იურისდიქციის ფარგლებს მიღმა არიან დარჩენილნი.

1996 წელს ევროპის გაერთიანებების სასამართლომ (შემდეგში – ასევე „ეკ-ის სასამართლო“) ერთგვარად შეაჯამა კონვენციასთან ეკ-ის შეერთების თემაზე მიმდინარე დისკუსიათა პირველი რაუნდი, როდესაც თავის 1996 წლის 28 მარტის №2/94 დასკვნაში⁹ პირდაპირ განაცხადა, რომ იმ მომენტისთვის მოქმედი დამფუძნე-

8 იხ. Энтин, Энтина, supra სქოლიო 4, გვ. 42.

9 იხ. European Court of Justice (შემდეგში – ECJ). Opinion pursuant to Article 228 of the EC Treaty. Opinion no. 2/94 of 28 March 1996. European Court Reports 1996 I-01759.

ბელი ხელშეკრულებები ევროკავშირს არ ანიჭებდა საკმარის კომპეტენციას კონვენციასთან შესაერთებლად. მისი აზრით, ასეთი შეერთება შესაძლებელი მხოლოდ ეკ-ის დამფუძნებელ დოკუმენტებში შესაბამისი ცვლილებების შეტანის შემდეგ იქნებოდა.

2014 წელს ყველას ეგონა, რომ აუეკ-თან კავშირის შეერთების პროცესი, როგორც იქნა, დასრულების ეტაპზე გადავიდა. ლისაბონის ხელშეკრულების ამოქმედების საფუძველზე, ევროპის კავშირის შესახებ ხელშეკრულების მე-6(2) მუხლით პირდაპირ დადგინდა კონვენციასთან ევროკავშირის შეერთების ვალდებულება, ხოლო ასეთი შეერთების პირობები კი ეკ-ის დამფუძნებელი დოკუმენტებისადმი თანდართულ N8 ოქმში¹⁰ განისაზღვრა, რომელთა შორის უმთავრესს კავშირისა და მისი მართლწესრიგის განსაკუთრებული მახასიათებლების დაცვა და შენარჩუნება წარმოადგენს.

შეერთების შესახებ შეთანხმების პროექტი, მიუხედავად არცთუ მარტივი მოლაპარაკებებისა, მხარეთა მიერ შემჭიდროვებულ ვადებში იქნა შეთანხმებული; მასზე მუშაობა 2013 წლის ივნისში დასრულდა. ამის შემდეგ ევროპის კომისიამ ოფიციალურად მიმართა ლუქსემბურგის სასამართლოს შეთანხმების პროექტის კავშირის დამფუძნებელ ხელშეკრულებებთან და N8 ოქმის პირობებთან შესაბამისობის თაობაზე დასკვნის მიღების მოთხოვნით. სასამართლოში გამართული მოსმენებისას პროექტს მხარი დაუჭირეს თავად კომისიამ, ეკ-ის საბჭომ და ევროპის პარლამენტმა, ასევე 24-მა წევრმა ქვეყანამ. მართალია, რიგი დათქმებით, მაგრამ, ერთიანობაში, პროექტს მხარი დაუჭირა აგრეთვე ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს გენერალურმა ადვოკატმა ჯულიან კოკოტმა, რომელმაც 2014 წლის ივნისში თავისი დეტალური დასკვნა წარუდგინა სასამა-

რთლოს.¹¹ თუმცა ეს ეიფორია აშკარა და დაუფარავი იმედგაცრუებით შეიცვალა, როდესაც სასამართლომ თავის დასკვნაში აღიარა, რომ შეთანხმების პროექტი არ შესაბამისა ევროკავშირის სამართალს. ამ შემთხვევაში, ევროპის კავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 218(11)-ე მუხლის თანახმად, შეთანხმების პროექტი ვერ შევა კანონიერ ძალაში, სანამ უშუალოდ მისი შეცვლა არ მოხდება, ან თავად დამფუძნებელ ხელშეკრულებებში არ შევა სათანადო ცვლილებები.

3. ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს კოფიციის

N2/13 დასკვნაში ლუქსემბურგის სასამართლოს მიერ გამოყენებული უმთავრესი არგუმენტები მოკლედ შემდეგნაირად გამოიყურება:

პირველი, ეკ-ის მართლწესრიგის ავტონომიური ხასიათი მოითხოვს, რომ ადამიანის ძირითადი უფლებების ახსნა-განმარტება ექსკლუზიურად კავშირის ინსტიტუციური სტრუქტურის ფარგლებში ხორციელდებოდეს. კონვენციასთან ევროპის კავშირის შეერთების შემთხვევაში აუეკ ეკ-ის მართლწესრიგის ნაწილი გახდება, სადაც დამფუძნებელ ხელშეკრულებებს სრული პრიორიტეტი გააჩნია ყველა სხვა საერთაშორისო ხელშეკრულების მიმართ, თავად კონვენცია კი, როგორც საერთაშორისო ხელშეკრულება, რომელშიც კავშირი მონაწილეობს, ევროკავშირის სამართლის წყაროთა იერარქიაში უფრო დაბლა აღმოჩნდება, ვიდრე ეკ-ის დამფუძნებელი ხელშეკრულებები და ძირითადი უფლებების ქარტია.¹² მეტიც, ამ შემთხვევაში ევროპის კავშირის მართლწესრიგში შესული კონვენციის ინტერპრეტაციის შესაძლებლობა ეკ-ის სამართლის საკითხებზე მხოლოდ ლუქ-

10 ობ. Protocol no. 8 relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. OJ C 326, 26.10.2012, pp. 273-273. http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/pro_8/oj (15/04/2020).

11 ობ. View of Advocate General Kokott delivered on 13 June 2014. Opinion procedure N2/13. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160929&doclang=EN> (14/04/2020).

12 ობ. Charter of Fundamental Rights of the European Union. OJ C 326, 26.10.2012, pp. 391-407.

სემბურგის სასამართლოს უნდა ჰქონდეს და, არამც და არამც, სტრასბურგის სასამართლოს.

მეორე, ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლომ ჩათვალა, რომ კონვენციასთან შეერთება საფრთხეს შეუქმნის ურთიერთობის პრინციპს, რომელიც კავშირის სამართლის ერთ-ერთ ზოგად პრინციპს წარმოადგენს; ეს პრინციპები კი, თავის მხრივ, ევროკავშირის მართლწესრიგის ჩარჩოს ქმნიან. ყველაზე აქტიურად აღნიშნული პრინციპი თავისუფლების, უსაფრთხოებისა და მართლმსაჯულების სივრცის ფარგლებში გამოიყენება; კერძოდ, ესენია: სისხლისსამართლებრივ სფეროში პოლიციისა და სასამართლო ორგანოების თანამშრომლობის, სასაზღვრო კონტროლის, სავიზო პოლიტიკის, იმიგრაციისა და თავშესაფრის მინიჭების საკითხები, ასევე სამოქალაქო სამართლებრივ სფეროში სასამართლოთა თანამშრომლობის საკითხები სასამართლო გადაწყვეტილებების აღიარებისა და აღსრულების ნაწილში. ეს პრინციპი გულისხმობს, რომ ეკ-ის ქვეყნების ეროვნული სასამართლოები, სხვა წევრი სახელმწიფოების სასამართლოთა ან სხვა უფლებამოსილ ორგანოთა მიერ მიღებული განკარგულებების, ბრძანებების, ორდერებისა და გადაწყვეტილებების აღსრულებისას, იმ პრეზუმფციიდან უნდა ამოვიდნენ, რომ სხვა წევრი ქვეყანა სათანადოდ იცავს ადამიანის უფლებებს. სწორედ ეს პრინციპი წარმოადგენს უკანონო მიგრანტების გაძევებისა და თავშესაფრის მინიჭების შესახებ ევროკავშირის ნორმათა საფუძველს, ასევე დაპატიმრების ევროპული ორდერის აღსრულების პროცედურების ქვაკუთხედს.¹³ ასეთი მიდგომა კი ძირითადად ეწინააღმდეგება სტრასბურგის სასამართლოს ცნობილ პოზიციას იმის თაობაზე, რომ ექსტრადიციის განმახორციელებელი ქვეყანა ვალდებულია დამოუკიდებლად შეამოწმოს ადამიანის უფლებათა

დაცვის პრაქტიკა სხვა სახელმწიფოში და მხოლოდ მას შემდეგ გადასცეს (გააძეგოს) დაკავებული, რაც დარწმუნდება, რომ გადასაცემი პირის უფლებები არ დაირღვევა. წინააღმდეგ შემთხვევაში აუეს ამას ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევად შეაფასებს.

მესამე, ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოსთვის ერთგვარ შებრკოლების ლოდოდ საერთო საგარეო და უსაფრთხოების პოლიტიკის სფეროში მიღებულ ევროკავშირის აქტებზე სასამართლო კონტროლის საკითხი იქცა. კავშირის დამფუძნებელი ხელშეკრულებების თანახმად, ლუქსემბურგის სასამართლოს კომპეტენცია ამ სფეროში მიღებულ აქტებზე არ ვრცელდება. ამასთან, კონვენციასთან ევროპის კავშირის შეერთება იმას გამოიწვევს, რომ ამ აქტების სტრასბურგის სასამართლოში გასაჩივრება გახდება შესაძლებელი, რაც ცალსახად ეწინააღმდეგება, საკუთრივ, შეთანხმების პროექტის ერთ-ერთ საკვანძო იდეას იმის თაობაზე, რომ გამორიცხული იქნას ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოსთვის გვერდის ავლისა და კონვენციასთან ევროკავშირის აქტის შესაბამისობის შეფასების მოთხოვნით პირდაპირ (აღნიშნულთან დაკავშირებით ლუქსემბურგის სასამართლოს წინასწარი გადაწყვეტილების გარეშე) სტრასბურგის სასამართლოსთვის მიმართვის ნებისმიერი შესაძლებლობა.

მეოთხე, პროექტის მხრიდან მომავალ კიდევ ერთ საფრთხეს ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლო ევროკავშირში არსებული პრეიუდიციული დასკვნების მექანიზმისთვის ხედავს, რომლის ფარგლებშიც ნებისმიერ ეროვნულ სასამართლოს უფლება აქვს დავის განხილვისას გამოსაყენებელი ეკ-ის სამართლის ნორმების ახსნა-განმარტების თაობაზე წინასწარ მიმართოს ლუქსემბურგის სასამართლოს. თუმცა, აუეკ-ის N16 ოქმის¹⁴ შესაბამისად, ევროპის საბჭოს მონაწილე სახელმწიფოების უმაღლეს

13 ob. Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States. OJ L 190, 18.07.2002, pp. 1–20.

14 იხ. ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენციის N16 ოქმი. მიღებულია სტრასბურგში, 2013 წლის 2 ოქტომბერს.

სასამართლოებს შესაძლებლობა ექნებათ, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსაგან მოითხოვონ საკონსულტაციო დასკვნების მიღება კონვენციით (რომელიც, როგორც ითქვამს, ეკ-ის ავტონომიური მართლწესრიგის შემადგენელ ნაწილად იქცევა) და მისი ოქმებით გარანტირებული უფლებების ინტერპრეტაციისა და გამოყენების საკითხებზე, – ამ სასამართლოების მიერ ეროვნულ დონეზე განსახილველი საქმეების კონტექსტში. მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული ოქმი იმ მომენტისთვის ჯერ კიდევ არ იყო შესული ძალაში,¹⁵ ეს საკმარისი აღმოჩნდა ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოსთვის, რომ ამ საკითხში აუეს-ს მხრიდან წმინდა ჰიპოთეტური (იმ მომენტისთვის) კონკურენციის არსებობა დაეშვა. ლუქსემბურგის სასამართლოს ძალიან კატეგორიული აზრით, ეროვნული სასამართლოების ამგვარი მოთხოვნების ადრესატი, აუეკ-თან ევროკავშირის შეერთების შემთხვევაშიც, მხოლოდ თვითონ იგი შეიძლება (და უნდა) იყოს და არა სტრასბურგის ევროპული სასამართლო.

მეხუთე, პროექტი საფრთხეს უქმნის ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს ექსკლუზიურ იურისდიქციას კავშირის წევრ სახელმწიფოებს შორის დავებთან დაკავშირებით. დამფუძნებელი ხელშეკრულებები წევრი ქვეყნების მიმართ შეიცავს მოთხოვნას, რომ ევროკავშირის სამართლის გამოყენებასთან დაკავშირებული დავები არ გადასცენ სხვა საერთაშორისო სასამართლოებს. მეტიც, MOX Plant-ის საქმეზე 2006 წელს მიღებული გადაწყვეტილებიდან¹⁶ მოყოლებული, ლუქსემბურგის

სასამართლომ დიდი ძალისხმევა დახარჯა, რომ სახელმწიფოებს სერიოზულად მიეღოთ ეს დებულება. იმ შემთხვევაში, თუ, შეერთების შედეგად, აუეკ კავშირის მართლწესრიგის ნაწილი გახდება, მხოლოდ ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს უნდა ჰქონდეს წევრ ქვეყნებს შორის მის გამოყენებასთან დაკავშირებით წამოჭრილი დავების განხილვის უფლება, მიუხედავად იმისა, რომ თავად კონვენცია მსგავსი სახელმწიფოთაშორისი დავების აუეს-ს მეშვეობით მოგვარების შესაძლებლობას ითვალისწინებს. ეს პოზიცია საგანგებოდაა ხაზგასმული N2/13 დასკვნაში: „ეკ-ის სამართლის სფეროში აუეკ-ის გამოყენებასთან დაკავშირებით, ეკ-ის სახელმწიფოებს შორის, ან ეკ-ის სახელმწიფოებსა და ეკ-ის ინსტიტუტებს შორის დავების მიმართ მხოლოდ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს იურისდიქციის აშკარა გამორიცხვა... იქნება ევროპის კავშირის

სავლეთ ატლანტიკაში ზღვის გარემოს დაცვის შესახებ 1992 წლის კონვენციის (OSPAR კონვენცია) ფარგლებში და მეორე – ჰააგის მუდმივმოქმედ საარბიტრაჟო სასამართლოში, საზღვაო სამართლის შესახებ გაეროს 1982 წლის კონვენციის საფუძველზე. ამან ევროპის კომისია აიძულა ეკ-ის სასამართლოში შეეტანა სარჩელი ირლანდიის წინააღმდეგ, რადგანაც მის ქმედებებში ევროპის გაერთიანების შესახებ ხელშეკრულების 292-ე მუხლის (ამჟამად – ევროპის კავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 344-ე მუხლი) დარღვევა დაინახა, რომელიც ეკ-ის სამართლის საკითხებზე კავშირის წევრ სახელმწიფოებს შორის დავებთან მიმართებით ლუქსემბურგის სასამართლოს ექსკლუზიურ იურისდიქციას ითვალისწინებს. სასამართლომ თავის გადაწყვეტილებაში დაადგინა, რომ მხოლოდ მას გააჩნია ექსკლუზიური იურისდიქცია ევროკავშირის სამართლის გამოყენებისა და ახსნა-განმარტების საკითხებზე, მათ შორის საერთაშორისო სამართლის იმ ნორმების ჩათვლით, რომლებიც კავშირის მართლწესრიგის ნაწილად იქცა (როგორც, მაგალითად, 1982 წლის კონვენცია საზღვაო სამართლის შესახებ). OSPAR კონვენციის ფარგლებში გათვალისწინებულმა არბიტრაჟმა დიდი ბრიტანეთის ქმედებებში კონვენციის ნორმათა დარღვევა ვერ დაინახა, ხოლო ჰააგის მუდმივმოქმედმა საარბიტრაჟო სასამართლომ კი საქმის წარმოება შეწყვიტა მას შემდეგ, რაც ირლანდიამ (რომელსაც უკვე ხელთ ჰქონდა ეკ-ის სასამართლოს მიერ ამ საქმეზე გამოტანილი გადაწყვეტილება) უკან გაიწვია თავისი სარჩელი. უფრო დანერვილებით იხ. Lavranos N. (2009). The Epilogue in the MOX Plant Dispute: An End Without Findings. *European Energy and Environmental Law Review*, 18 (3), 180-184.

15 აუეკ-ის N16 ოქმი ძალაში 2018 წლის 1 აგვისტოდან შევიდა.

16 იხ. ECJ. Case C-459/03, Commission of the European Communities v. Ireland [GC], Judgment of 30 May 2006. ლუქსემბურგის სასამართლოს ეს გადაწყვეტილება ეხებოდა 2001 წელს წარმოშობილ დავას დიდ ბრიტანეთსა და ირლანდიას შორის, რომელიც ითხოვდა ირლანდიის ზღვის ინგლისის სანაპიროზე MOX ქარხნის მოქმედების რაიონში რადიოაქტიური დაბინძურების დონისა და მიზეზების შესახებ ინფორმაციის გასაჯაროებას. დიდი ბრიტანეთის მიერ ამ ინფორმაციის მიწოდებაზე უარის თქმის შემდეგ, ირლანდიამ ერთდროულად ორი საარბიტრაჟო განხილვა წამოიწყო, – ერთი – ad hoc არბიტრაჟში, ჩრდილო-აღმოსავლეთ

ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 344-ე მუხლის [ე.ი. ლუქსემბურგის სასამართლოს ექსკლუზიური იურისდიქციის მოთხოვნის] შესაბამისი¹⁷.

4. N2/13 დასკვნის შეფასებები

ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს მიერ N2/13 დასკვნის მიღების ზღურბლზე ბევრს (მათ შორის აკადემიურ წრეებშიც) ეგონა, რომ აუეკ-თან ევროკავშირის შეერთების საკითხი პრაქტიკულად გადაწყვეტილი იყო და მას მხოლოდ გარკვეული სამართლებრივი გაფორმება და შესაბამისი საფუძვლად, ძირითადად, ეკ-ის შესახებ ხელშეკრულების მე-6(2) მუხლის დებულების სისტემატიკური გაგება ედო, რომლის თანახმადაც, ევროპის კავშირი „უერთდება“ კონვენციას. საბოლოოდ, გარდაუვალი და სწრაფი შეერთების მოლოდინი ძლიერი იმედგაცრუებით შეიცვალა (ერთ-ერთი ავტორის სიტყვით, „ოცნება, რომელიც კომპარად იქცა“).¹⁸

ამიტომ გასაკვირი არაა, რომ N2/13 დასკვნის თავდაპირველ შეფასებებს მკვეთრად გამოხატული ემოციების ელფერი დაჰკრავს; კერძოდ, სასამართლოს ღიად „დადეს ბრალი“, პირველ რიგში, საკუთარ უფლებამოსილებათა დაცვის სურვილით გამონეგულ ზედმეტად ფორმალისტურ მიდგომაში,¹⁹ ხოლო თავად დასკვნას კი ახასიათებდნენ როგორც „უკან გადადგმულ გიგანტურ ნაბიჯს“,²⁰ „ფუნდამენტურად მცდარს“²¹ და, მეტიც, როგორც „აშკარა და

თვალხილულ საფრთხეს ადამიანის უფლებებისთვის“.²² შესაბამისად, ძალიან ცოტანი იყვნენ ისეთნი, რომლებიც სასამართლოს დასკვნის შეფასებისას დაბალანსებული მიდგომისკენ მოუწოდებდნენ, თუმცა მათი ხმა კრიტიკის მორევში ჩაიკარგა.

საერთო ჯამში, N2/13 დასკვნამ ნათლად აჩვენა, რომ ევროპის კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოსა და წევრ ქვეყნებს ერთმანეთისგან მკვეთრად განსხვავებულად ესმით ეკ-ის შესახებ ხელშეკრულების ზემოთ ხსენებული მე-6(2) მუხლის დებულება.²³ თუ სახელმწიფოებისა და ევროპის კომისიისთვის მთავარი კონვენციასთან შეერთების ვალდებულებაა, სასამართლოსთვის პრიორიტეტული ევროკავშირის მართლწესრიგის თავისებურებების, პირველ რიგში, მისი ავტონომიის შენარჩუნება აღმოჩნდა (სხვათა შორის, ოქსფორდის უნივერსიტეტის ევროპის სამართლის პროფესორმა ს. დუგლას-სკოტმა ისიც კი დაითვაღა, რომ ლუქსემბურგის სასამართლომ თავის დასკვნაში სიტყვა „ავტონომია“ 17-ჯერ გამოიყენა).²⁴

მოკლედ, ასეა თუ ისე, შეიძლება ითქვას, რომ ევროპის კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს N2/13 დასკვნის მთავარი მესიჯი, გარდა იმისა, რომ არ სურს სტრასბურგის სასამართლოს „კონტროლის ქვეშ“ აღმოჩენა, ისაა, რომ ევროკავშირის სამართალი, თავისი შინაგანი ბუნებით, შეუთავსებელია აუეკ-ის სისტემაში ეკ-ის ფორმალურ მონაწილეობასთან; შეუთავსებელია რამდენიმე მნიშვნელოვანი გარემოების გამო:

პირველი, კავშირის სამართალი სამართლის ავტონომიურ სისტემას წარმოა-

17 ობ. CJEU. Opinion 2/13 of the Court (Full Court) of 18 December 2014, პარაგრაფი 213.
18 ობ. Peers S. (2016). The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare. German Law Journal, 16 (1), 213–222. <https://doi.org/10.1017/S2071832200019489> (14/04/2020).
19 ობ. Editorial Comments (2015). The EU's Accession to the ECHR – a “NO” from the ECJ! Common Market Law Review, 52 (1), 1-16.
20 ობ. Odermatt J. (2015). A Giant Step Backwards? Opinion 2/13 on the EU's Accession to the European Convention on Human Rights (February 24, 2015). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2654633> (12/04/2020).
21 ობ. Peers, supra სქოლიო 18, გვ. 213.

22 ობ. Peers S. (2014). The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection (18 December 2014). <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> (14/04/2020).
23 ობ. Eeckhout P. (2015). Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky? Fordham International Law Journal, 38 (4), 989.
24 ობ. Douglas-Scott, S. (2016). Autonomy and Fundamental Rights: The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR. Europarättslig Tidskrift (Swedish European Law Journal), 1, 36.

დგენს, რომელსაც ეკ-ის ინსტიტუტებიცა და წევრი სახელმწიფოებიც გულმოდგინედ იცავენ როგორც ეროვნული, ისე საერთაშორისო სამართლის გავლენისგან.²⁵ შესაბამისად, გამონაკლისების დაშვება, თუნდაც იმავე აუეკ-ისა და მისი სიტემის ფარგლებში შექმნილი საკონტროლო-სახელმძღვანელო მექანიზმების გამო, მთელი ამ სისტემის სიმწყობრეს დაარღვევს.

მეორე, ევროკავშირს უკვე აქვს ადამიანის უფლებათა საკუთარი „კონვენცია“, ძირითადი უფლებების ქარტიის სახით. ეს არის ადამიანის უფლებათა „კოდექსი“, – თანაც, უფრო ვრცელი და გაუმჯობესებული, ვიდრე ევროპული კონვენცია. ამიტომაც აუეკ-სა და სტრასბურგის სასამართლოს პრაქტიკაზე სწორების აღების საჭიროება დიდად არც არსებობს.

მესამე, ადამიანის უფლებათა დაცვის მექანიზმი ევროკავშირში მუშაობს და საკმაოდ ეფექტიანადაც. მისი უპირატესობა ისაა, რომ იგი სწორედ ეკ-ის ინტერესებს ემსახურება და არა, ზოგადად, მთელი კონტინენტის. შესაბამისად, კიდევ რაღაც ახლის გამოგონება, მით უმეტეს, ლუქსემბურგის სასამართლოს სხვა სასამართლოს იურისდიქციის ქვეშ გადაცემა, არცთუ მთლად გასაგებია.

მეოთხე, აუეკ ვერანაირად ვერ ეწერება კავშირის შიდა სამართალში. თუ ბრიუსელი მას შეუერთდება, კონვენცია ავტომატურად ეკ-ის შიდა სამართალი გახდება; აქ კი ევროკავშირის სამართლის ახსნა-განმარტებისა და გამოყენების მონოპოლია ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს ეკუთვნის. შესაბამისად, სტრასბურგის სასამართლოს ადგილი ევროპის კავშირის შიდა სამართლის სისტემაში ელემენტარულად არ არის.²⁶

5. შეცვლილი რეალობა სტრასბურგის სასამართლოსთვის და ახალი სტრატეგიის ძიება

ლუქსემბურგის სასამართლოს N2/13 დასკვნის შემდეგ აუეკ-თან ევროკავშირის შეერთების საკითხის განხილვაში მონაწილე დაინტერესებულ მხარეთაგან ყველაზე საჩოთირო და არახელსაყრელ მდგომარეობაში სწორედ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო აღმოჩნდა. ევროპის კავშირის ინსტიტუტების ყველა ქმედებაზე (ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს გადაწყვეტილებების ჩათვლით) თავისი იურისდიქციის მოსალოდნელი და, როგორც ჩანდა, თითქმის გარდაუვალი გავრცელების ნაცვლად, იგი უეცრად იმ აუცილებლობის წინაშე აღმოჩნდა, როდესაც საკმაოდ სწრაფად უნდა ჩამოეყალიბებინა საკუთარი დამოკიდებულება ახალი რეალობის მიმართ, რომლის დროსაც ეკ-ის სასამართლო სასამართლოთაშორისი დიალოგის ჩვეული პარტნიორიდან დაპირისპირებულ ძლიერ მეტოქედ გადაიქცა.²⁷

N2/13 დასკვნამდე არსებულ ვითარებაზე საუბრისას, აუცილებლად უნდა აღინიშნოს, რომ სტრასბურგის სასამართლომ დიდი ხნის წინათ ჩამოაყალიბა ევროპის კავშირის ინსტიტუტების აქტებსა და ქმედებებზე არაპირდაპირი საგარეო ზედამხედველობის განხორციელების პრინციპული შესაძლებლობა, კავშირის წევრი სახელმწიფოების მიერ, ეკ-ის სამართლიდან გამომდინარე ვალდებულებების შესრულების მიზნით, მიღებული აქტების მიმართ საკუთარი იურისდიქციის აღიარების მეშვეობით (მიუხედავად იმისა, რომ ევროკავშირი კონვენციის მხარე არ არის). ასეთი კონტროლი შესაძლებელია ასევე ეკ-ის პირველადი სამართლის ნორმების მიმართაც, სადაც დამფუძნებელი ხელშეკრულებების ხელმომწერი კავშირის ყველა წევრი ქვეყანა ერთობლივად ააპასუხის-

25 ამასთან დაკავშირებით ლუქსემბურგის სასამართლომ თავის დასკვნაში პირდაპირ განაცხადა, რომ „... ევროკავშირის სამართლის არსი... მოითხოვს, რომ ურთიერთობები წევრ სახელმწიფოებს შორის რეგულირდებოდეს კავშირის სამართლით [და], თუ ამას ეკ-ის სამართალი ითხოვს, ნებისმიერი სხვა სამართლის გამოიყენებოდეს“ (იხ. პარაგრაფი 212).

26 იხ. Энтин, Энтина, supra სქოლიო 4, გვ. 47.

27 იხ. Исполинов А. (2018). В поисках новой парадигмы: Суд ЕС и ЕСПЧ спустя три года после Заключения №2/13. Международное правосудие, 2 (26), 22.

მგებელი. აუეს-ს პოზიცია ყველაზე უფრო სრულად Bosphorus Airways-ის საქმეზე მიღებულ ცნობილ გადაწყვეტილებაშია²⁸ გადმოცემული, რომელშიც ევროპულმა სასამართლომ დაადასტურა სახელმწიფოთა შესაძლებლობა, თავიანთი სუვერენული უფლებამოსილებების ნაწილი გადასცეს საერთაშორისო ორგანიზაციებს, იმ პირობით, რომ ეს ქვეყნები შეინარჩუნებენ კონვენციით გათვალისწინებულ პასუხისმგებლობას ამ საერთაშორისო ორგანიზაციაში მონაწილეობის შედეგად განხორციელებული თავიანთი ქმედებებისთვის. მსგავსი პასუხისმგებლობა სახელმწიფოებს ეკისრებათ მაშინაც კი, თუ თავად საერთაშორისო ორგანიზაცია (როგორც, მაგალითად, ევროპის კავშირი) აუეკ-ის მონაწილე არ არის. ეკ-ის შემთხვევაში ეს იმას ნიშნავს, რომ ჯერჯერობით ასეთი კონტროლის ფარგლებს მიღმა რჩება კავშირის ინსტიტუტების (მათ შორის ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს) გადაწყვეტილებები, თუმცა შემუშავებული მიდგომა, პრინციპში, საშუალებას აძლევს ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს, მივიდეს დასკვნამდე ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოთა შესაძლო ერთობლივი პასუხისმგებლობის შესახებ, კავშირის ინსტიტუტების ქმედებებისა და აქტების გამო.

და მაინც, ლუქსემბურგის სასამართლოს №2/13 დასკვნამდე აუეს იმ დაშვებიდან ამოდიოდა, რომ ევროკავშირი, ადრე თუ გვიან, შეუერთდებოდა კონვენციას. აღნიშნულის გათვალისწინებით, იგი თითქმის ყოველთვის უარს ეუბნებოდა კერძო განმცხადებლებს ეკ-ის ქვეყნების მიერ, ევროპის კავშირის სამართლით ნაკისრი ვალდებულებების ფარგლებში, განხორციელებული ქმედებების წინააღმდეგ მიმართულ საჩივრებზე. ამასთან, აუეს მის მიერ შემუშავებული ეკვივალენტური დაცვის პრეზუმფციიდან ამოდიოდა, რომლის თანახმადაც, „ეკ-ის სამართლის მიერ ადა-

მიანის ფუნდამენტური უფლებების დაცვის დონე... ეკვივალენტურია... კონვენციის სისტემით უზრუნველყოფილისა“.²⁹ თუმცა თავად სტრასბურგის სასამართლო ყოველ ხელსაყრელ შემთხვევაში ხაზგასმით მიუთითებდა, რომ ეკვივალენტურობის ეს პრეზუმფცია არ წარმოადგენს ერთხელ და სამუდამოდ დადგენილ ფაქტს ან ინდულგენციას და იგი სასამართლოს განხილვის საგანი უნდა იყოს ევროკავშირში ადამიანის უფლებათა დაცვის სისტემაში ნებისმიერი ცვლილებისას. ამასთან, აუეს თვლის, რომ მას ნებისმიერ დროს აქვს უფლება, კონკრეტული საქმის განხილვისას, უარი თქვას ამ პრეზუმფციაზე, თუ ჩათვლის, რომ ადამიანის უფლებათა დაცვა ეკ-ში კონკრეტულ საქმესთან მიმართებით „აშკარად არასაკმარისი“ იყო, როგორც ამას ადგილი ჰქონდა, მაგალითად, საკმაოდ გახმაურებულ საქმეში „M.S.S. v. Belgium and Greece“.³⁰

29 იხ. იქვე, პარაგრაფი 165.
 30 იხ. ECtHR. M.S.S. v. Belgium and Greece [GC], Application no. 30696/09, Judgment of 21 January 2011. ამ საქმეში სტრასბურგის სასამართლომ განიხილა ავღანელი პირის საჩივარი, რომელმაც ბელგიის ხელისუფლებას მიმართა თავშესაფრის მინიჭების თხოვნით. ბელგიის ხელისუფლებამ, იმოქმედა რა 2003 წლის 18 თებერვლის ე.წ. დუბლინის №343/2003 რეგლამენტის (იხ. Official Journal of the European Union, L 50, 25.02.2003, pp. 1–10) შესაბამისად, რომელიც თავშესაფრის მინიჭებისა და უკანონო მიგრანტების დეპორტაციის საკითხებს არეგულირებს, იგი საბერძნეთში, ანუ იმ ქვეყანაში გადაქცა, რომლის მეშვეობითაც განმცხადებელი ევროკავშირის ტერიტორიაზე შევიდა. საბერძნეთში განმცხადებელი პოლიციამ ორჯერ დააკავა და დაკავების პერიოდში განსაკუთრებით მძიმე და ღირსების შემლახველ პირობებში იმყოფებოდა. საბოლოოდ, იგი, საბერძნეთის ხელისუფლების მხრიდან ყოველგვარი დახმარების გარეშე, ქუჩაში აღმოჩნდა „გადგებული“ და, მხოლოდ აუეს-ს ჩარევის წყალობით, გადაურჩა თურქეთში დეპორტაციას. ამ შემთხვევაში დეპორტაციისას დაფიქსირებულმა კონვენციის სტანდარტების დარღვევათა მასშტაბმა და სერიოზულობამ აიძულა სტრასბურგის სასამართლო, უარი ეთქვა ეკვივალენტურობის პრეზუმფციაზე და საქმე არსებითად განეხილა, რომლის დროსაც მან აღიარა როგორც საბერძნეთის, ისე ბელგიის პასუხისმგებლობა აუეკ-ის მე-3 მუხლის დარღვევის გამო. ფაქტობრივად, ევროპულმა სასამართლომ პირდაპირ უსაყვედურა ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს, დუბლინის რეგლამენტის გამოყენების აღმამფოთლებელ საკითხებთან მიმართებაში უმოქმედობის გამო და მოსთხოვა, გაეუქმებინა ევროკავშირში მიღებული

28 იხ. European Court of Human Rights (შემდეგში – ECtHR). Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim (Bosphorus Airways) v. Ireland, Application no. 45036/98, Judgment of 30 June 2005.

უნდა ითქვას, რომ კონვენციასთან ევროკავშირის არშემდგარი შეერთება სტრასბურგის სასამართლოსთვის უაღრესად დიდი დარტყმა აღმოჩნდა; შესაბამისად, მისი რეაქციაც მყისიერი იყო. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მაშინდელმა თავმჯდომარემ დ. შპილმანმა 2015 წლის იანვრის ბოლოს წარდგენილ 2014 წლის ანგარიშში ლუქსემბურგის სასამართლოს N2/13 დასკვნას „დიდი იმედგაცრუება“ უწოდა და აღნიშნა, რომ ახლა სწორედ აუეს-ს ეკისრება განსაკუთრებული პასუხისმგებლობა, რათა ყველაფერი გააკეთოს ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს ამ ნაბიჯის უარყოფითი შედეგებისგან მოქალაქეების დასაცავად.³¹

მკვლევარები აღნიშნავენ, რომ, ლუქსემბურგის სასამართლოს უარყოფითი დასკვნის შემდეგ, სტრასბურგის სასამართლოს ევროკავშირის ქმედებებთან დაკავშირებით განმცხადებლების მიერ წარდგენილი საჩივრების მიმართ მოქმედების სამი შესაძლო ვარიანტი რჩებოდა.³² პირველი – ის, რომ აუეს-ს გაეგრძელებინა კავშირის მიმართ ადამიანის უფლებათა ეკვივალენტური დაცვის პრეზუმფციის გამოყენება, თითქოსდა, არაფერი მომხდარა. მეორე ვარიანტი ეფუძნება ვარაუდს, რომ სტრასბურგის სასამართლო სრულად ამბობს უარს ამ პრეზუმფციაზე. მესამე ვარიანტის ფარგლებში აუეს განაგრძობს ეკვივალენტურობის პრეზუმფციის გამოყენებას, ოღონდ უფრო მკაცრ ფორმებში. №2/13 დასკვნის შემდეგ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიერ ეკვივალენტური დაცვის დოქტრინის თაობაზე მიღებულმა პირველივე გადაწყვეტილებამ ნათლად ცხადყო, რომ სასამართლომ სწორედ მესამე ვარიანტი აირჩია.

„ბრმა ურთიერთობის“ სისტემა.

31 ობ. European Court of Human Rights. Annual Report, 2014. Strasbourg, 2015, p. 6. https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf (14/04/2020).

32 ობ. Glas L. R., Krommendijk J. (2017). From Opinion 2/13 to Avotiņš: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Courts? Human Rights Law Review, 17 (3), 578.

ავოტინიშის საქმეზე მიღებულ გადაწყვეტილებაში³³ სტრასბურგის სასამართლოს მიერ განხილული იქნა ეკ-ის სახელმწიფოების სასამართლოთა მიერ სამოქალაქო საქმეებზე ევროკავშირის სხვა ქვეყნებში გამოტანილი სასამართლო გადაწყვეტილებების ურთიერთალიარებისა და აღსრულების პროცედურების აუეს-ს მართლზომიერების სტანდარტებთან შესაბამისობის საკითხი. ეს პროცედურა დადგენილია კავშირის ცალკეული ნორმატიული აქტებით და ეროვნული სასამართლოებისგან ასეთი გადაწყვეტილებების ავტომატურ აღსრულებას მოითხოვს.³⁴ ევროპულმა სასამართლომ ამ გადაწყვეტილებაში კიდევ ერთხელ განაზოგადა თავისი მსჯელობა ეკვივალენტურობის პრეზუმფციის შესახებ და განაცხადა, რომ ადამიანის უფლებათა დაცვა ეკ-ში სწორედ სამოქალაქო საქმეებზე გადაწყვეტილებათა აღიარების სფეროშია „აშკარად არასაკმარისი“. მიუხედავად იმისა, რომ სტრასბურგის სასამართლომ საგანგებოდ გაუსვა ხაზი ევროკავშირის შიგნით ინტეგრაციული პროცესების წარმატებისთვის ურთიერთდობისა და ურთიერთალიარების პრინციპის მნიშვნელობას, მან კიდევ ერთხელ აღნიშნა, რომ იგი ბრმა ნდობის წინააღმდეგ გამოდის და რომ სასამართლო გადაწყვეტილების აღმასრულებელმა ეროვნულმა მოსამართლემ თავი არ უნდა შეიკავოს ამ საქმეში ადამიანის უფლებათა დარღვევის საკითხთა გამოკვლევისგან მხოლოდ იმ საფუძვლით, რომ იგი კავშირის სამართალს იყენებს. ამასთან, საინტერესოა, რომ ევროპულ სასამართლოს მოცემულ საქმეში უარი არ უთქვამს ეკვივალენტურობის პრეზუმფციის აღიარებაზე და არც საჩივრის არსებითად განხილვა დაუწყია. თუმცა №2/13 დასკვნა თავის გადაწყვეტილებაში მაინც ღიად მოიხსენია ორ ევროპულ სასამართლოს შორის კონფლიქტის წარმოქმნის რისკის

33 ობ. ECtHR. Avotiņš v. Latvia [GC], Application no. 17502/07, Judgment of 26 May 2016.

34 ობ. Council Regulation no. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. OJ L 12, 16.01.2001, pp. 1–23.

კონტექსტში.³⁵ როგორც ზოგიერთი მკვლევარი აცხადებს, ამ გადაწყვეტილებით აუეს მაქსიმალურად ახლოს მივიდა იმ ხაზთან, რომელსაც შეიძლება ეკვივალენტურობის პრეზუმფციამდე დემონსტრაციული უარის თქმა მოჰყვეს.³⁶

6. ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს მიდგომის ცვლილება ევროპული კონვენციის მიმართ

ლუქსემბურგის სასამართლოს პოზიციამდე საუბრისას, აღსანიშნავია, რომ, 1970-იანი წლებიდან, ადამიანის უფლებებთან დაკავშირებით საკუთარი პრაქტიკის ფორმირებისას, მან აქტიურად დაიწყო აუეკ-ის დებულებების, როგორც „შთაგონების წყაროს“, გამოყენება, თავისი გადაწყვეტილებების დამატერებლობისა და ლეგიტიმურობის გაზრდის მიზნით. ევროპის გაერთიანების სასამართლომ პირველად 1975 წელს Rutili-ს საქმეზე³⁷ მიღებულ გადაწყვეტილებაში მიუთითა ევროპულ კონვენციაზე, როგორც „ძირითად საწინებზე, რომლებიც დაცული უნდა იქნას გაერთიანების სამართლის ფარგლებში“. შემდგომში მსგავსი მითითებები თავის რუტინულ პრაქტიკად აქცია. საგულისხმოა, რომ მართლ 1975 წლიდან 1998 წლამდე დროის პერიოდში ეკ-ის სასამართლომ თავის 70-ზე მეტ გადაწყვეტილებაში მოახდინა კონვენციის ციტირება,³⁸ ხოლო 1998-2005 წლებში კი აუეკ მის გადაწყვეტილებებში იმაზე 7,5-ჯერ უფრო ხშირად იყო მოხსენიებული,

ვიდრე ადამიანის უფლებათა ყველა სხვა ინსტრუმენტი (ერთად აღებული), რომლებსაც იგი ეყრდნობოდა, საკუთრივ, ქარტიის ჩათვლით.³⁹ ზოგიერთი ავტორი დროის ამ პერიოდს (2009 წლამდე) ორი ევროპული სასამართლოს „თანამშრომლობისა და ურთიერთქმედების ოქროს წლებად“ მიიჩნევს.⁴⁰

თუმცა მას შემდეგ, რაც 2009 წლის 1 დეკემბრიდან ეკ-ის ძირითადი უფლებების ქარტია სავალდებულო, დამფუძნებელი ხელშეკრულებების თანაბარი იურიდიული ძალის დოკუმენტი გახდა, ხოლო ლუქსემბურგის სასამართლომ ქარტიის ახსნა-განმარტების ექსკლუზიური უფლება მიიღო, ეს უკანასკნელი აშკარად ნაკლებ ყურადღებას აქცევს და გაცილებით იშვიათად ეყრდნობა კონვენციას და სტრასბურგის სასამართლოს გადაწყვეტილებებს. ამრიგად, მივიღეთ მოცემულობა, როდესაც ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოსთვის გაქრა ევროპულ კონვენციაზე მითითების პრაქტიკული აუცილებლობა, რადგანაც მას, ქარტიის სახით, უკვე გააჩნია საკუთარი ბილი უფლებების შესახებ, რომლის გამოყენებაც მან საკმაოდ აქტიურად დაიწყო. ზოგიერთი ავტორი სასამართლოს პრაქტიკაში აშკარად გამოკვეთილ ამ ტენდენციას „ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს მხარდ ქარტია-ცენტრიზმს“ უწოდებს.⁴¹ ევროკავშირის სასამართლოს ორიენტაციის მსგავსი ცვლილება კარგად ჩანს ციფრობრივ მონაცემებში: 2009-2012 წლებში მან თავის 122 გადაწყვეტილებაში მიუთითა ან გამოიყენა ქარტიის ნორმები, აქედან 27-ში არსებითად გაანალიზა ქარტიის სხვადასხვა (ერთი ან რამდენიმე) დებულება. ამ 27 გადაწყვეტილებიდან აუეს-ს პრაქტიკა მის მიერ მხოლოდ 10 შემთხვევაში იქნა გამოყენებული და გაზიარებული; ყველა და-

35 ობ. ECtHR. Avotiņš v. Latvia [GC], Application no. 17502/07, Judgment of 26 May 2016, პარაგრაფი 114.
36 ობ. Glas, Krommendijk, supra სქოლიო 32, გვ. 589; Gragl P. (2017). An Olive Branch from Strasbourg? Interpreting the European Court of Human Rights' Resurrection of Bosphorus and Reaction to Opinion 2/13 in the Avotiņš Case. European Constitutional Law Review, 13 (3), 566–567.
37 ობ. ECJ. Case 36/75, Roland Rutili v Ministre de l'intérieur, Judgment of 28 October 1975.
38 ობ. Douglas-Scott S. (2006). A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis. Common Market Law Review, 43 (3), 645.

39 ობ. Scheeck L. (2007). Competition, Conflict and Cooperation between European Courts and the Diplomacy of Supranational Judicial Networks. Garnet Working Paper 23/07 (2007), 12. <https://warwick.ac.uk/fac/soc/pais/research/researchcentres/csgr/garnet/workingpapers/2307.pdf> (14/04/2020).
40 ობ. Eeckhout, supra სქოლიო 23, გვ. 990.
41 ობ. Glas, Krommendijk, supra სქოლიო 32, გვ. 573.

ნარჩენ გადაწყვეტილებაში ლუქსემბურგის სასამართლო თუ მაინც ახდენდა სტრასბურგის სასამართლოს პრაქტიკაზე მითითებას, ამას უკიდურესად ფორმალურად და „გაკვრიტ“ („გადარბენით“) აკეთებდა. რაც შეეხება თავად კონვენციას, მასზე მითითებას სასამართლოს ზემოხსენებული 122 გადაწყვეტილებიდან 18 მათგანი შეიცავდა.⁴²

გარდა ამისა, N2/13 დასკვნის მიღებიდან მოყოლებული ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლო აშკარად აჩვენებს, რომ იგი არ აპირებს საკუთარი აზრის შეცვლას და რომ ევროკავშირის მართლწესრიგის ავტონომიის შენარჩუნება მისთვის მთავარ პრიორიტეტს წარმოადგენს. ამასთან, სასამართლო ცდილობს მინიმუმამდე შეამციროს ძირითადი უფლებების ქარტიის 52(3)-ე მუხლის მოქმედება, რომელიც მოითხოვს, რომ ქარტიით მინიჭებული უფლებების მნიშვნელობა და ფარგლები კონვენციაში განმტკიცებული ანალოგიური უფლებებისა და თავისუფლებების თანაბარი იყოს. თავის ერთ-ერთ ბოლოდროინდელ გადაწყვეტილებაში ლუქსემბურგის სასამართლომ განაცხადა, რომ, მისი აზრით, ქარტიის 52(3)-ე მუხლი მიზნად ისახავს ქარტიაში მოცემულ და აუეკ-ით გარანტირებულ შესაბამის უფლებებს შორის აუცილებელი თანხვედრის უზრუნველყოფას, ოღონდ იმ პირობით, თუ ეს უარყოფით ეფექტს არ იქონიებს კავშირის მართლწესრიგისა და ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს ავტონომიაზე.⁴³

ამავე დროს, ლუქსემბურგის სასამართლომ უკუაგდო მოლოდინები იმისა, რომ აკადემიური საზოგადოების მხრიდან N2/13 დასკვნის კრიტიკა მას აიძულებდა რამენაირად შეემსუბუქებინა თავისი პოზიცია. Achmea-ს საქმეზე 2018 წლის გადა-

წყვეტილებაში⁴⁴ მან უკიდურესად გულახდილად და ხისტად განაცხადა, რომ ეკ-ის სასამართლო სისტემის მიღმა მყოფი სასამართლოს შექმნის ნებისმიერი მცდელობა, რომელსაც თუნდაც თეორიულად ექნება ეკ-ის სამართლის სფეროში შემავალ საკითხებზე გადაწყვეტილებათა მიღების შესაძლებლობა, კავშირის სამართალს ეწინააღმდეგება.

მოკლედ, სიტუაცია ნელ-ნელა ისეთ კალაპოტში გადადის, როდესაც ეკ-ის მართლმსაჯულების სასამართლოს მიერ ქარტიის გამოყენების მზარდ პრაქტიკას შეუძლია ლუქსემბურგის სასამართლოსთვის რადიკალურად შეასუსტოს კონვენციისა და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის აუცილებლობა და ამით ეკ-ის წევრ სახელმწიფოებში შექმნას შთაბეჭდილება (განცდა) იმისა, რომ აუეკ-თან კავშირის შეერთებამ უკვე დაკარგა თავისი აქტუალურობა და აუცილებლობას აღარ წარმოადგენს, ევროკავშირის დონეზე ადამიანის უფლებათა დაცვის მაღალი დონისა და ეკ-ის ძირითადი უფლებების ქარტიის არსებობის გათვალისწინებით.⁴⁵

დასკვნა

ზემოთ განხილული საკითხების განზოგადების შედეგად, დასკვნის სახით, შეიძლება ითქვას შემდეგი:

პირველი, ევროპის კავშირის ფუნქციონირებაში შენარჩუნებული იქნა ორმაგი სტანდარტების პრაქტიკა, როდესაც იგი ორგანიზაციის წევრობის კანდიდატი ქვეყნიბიდან პირდაპირ მოითხოვს, რომ ისინი კონვენციის მონაწილეები იყვნენ და, ამ დროს, თვითონ, მიუხედავად ნაკისრი ვალდებულებისა, ჯერ კიდევ ამ დოკუმენტის ფარგლებს გარეთ რჩება.

42 ობ. Lehtinen E. (2015). The European Court of Justice and European Court of Human Rights: A Complex Interaction and Coexistence between the Two Courts. Workshop on the ECHR Tampere 2015. <https://blogs.uta.fi/ecthrworkshop/2016/03/07/lehtinen/> (14/04/2020).

43 ობ. CJEU. Case C-294/16, JZ v. Prokuratura Rejonowa Łódź – Śródmieście, Judgment of 28 July 2016, პარაგრაფი 50.

44 ობ. CJEU. Case C-284/16, Slovakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV., Judgment of 6 March 2018.

45 ობ. Krommendijk J. (2015). The Use of ECHR Case Law by the Court of Justice after Lisbon: The View of Luxembourg Insiders. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 22 (6), 834-835.

მეორე, ეკის მართლმსაჯულების სასამართლომ, N2/13 დასკვნაში მის მიერ გამოყენებული არგუმენტების მწვავე კრიტიკის მიუხედავად, არა თუ არ შეარბილა თავისი პოზიცია, არამედ კიდევ უფრო აქტიურად დაიწყო ძირითადი უფლებების ქარტიის გამოყენება, თანაც, ისე, რომ ადამიანის უფლებებთან დაკავშირებულ საქმეებზე გადაწყვეტილებების მიღებისას სულ უფრო ნაკლებად ეყრდნობა და მიუთითებს ევროპული კონვენციის ნორმებს. მეტიც, როგორც ჩანს, სასამართლოს განზრახული აქვს, ქარტიის ნორმათა ახსნა-განმარტებისა და გამოყენების პრაქტიკა დამოუკიდებლად, საკუთარი შეხედულებებისამებრ განავითაროს და სულ უფრო ნაკლებად (ან გარკვეული დათქმებით) გაითვალისწინოს სტრას-

ბურგის სასამართლოს მიერ კონვენციის ანალოგიური დებულებების ინტერპრეტაციის პრაქტიკა.

მესამე, რაც შეეხება ევროკავშირის ქმედებების თაობაზე წარდგენილი საჩივრების მიმართ თავად ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს სტრატეგიას, შეიძლება ითქვას, რომ იგი განაგრძობს ეკვივალენტურობის პრეზუმფციის გამოყენებას, ოღონდ უფრო მკაცრ ფორმებში, თანაც, ბენვის ხიდზე გავლის პირობებში, რომლის დროსაც არავინ იცის, თუ როდის იტყვის უარს აუეს ამ დოქტრინაზე. ბუნებრივია, ყოველივე ზემოაღნიშნული არცთუ მთლად სახარბიელო პერსპექტივას უქადის კონვენციასთან ევროპის კავშირის შეერთების პროცესს.

ბიბლიოგრაფია:

1. ალექსიძე ლ. (2010). თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი. საგამომცემლო სახლი „ინოვაცია“, თბილისი.
2. გაბრიჩიძე გ. (2012). ევროპული კავშირის სამართალი. ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, თბილისი.
3. მირიანაშვილი გ. (2018). წევრ სახელმწიფოთა კონსტიტუციებზე ევროპული კავშირის სამართლის უზენაესობის დოქტრინა მელონის საქმის მიხედვით. საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი, 2, 123-128.
4. პაპავა ი. (2019). ევროპის კავშირის ძირითადი უფლებების ქართულ, როგორც ადამიანის უფლებათა დაცვის ინსტრუმენტი. სამართალი და მსოფლიო, 13, 78-95.
5. პაპავა ი. (2018). ევროპის კავშირის შეერთება ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპულ კონვენციასთან: ობიექტური აუცილებლობა თუ შეუთავსებლობის შეთავსების მცდელობა? (ევროპის კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს 2/13 დასკვნის ანალიზი). საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვა, 12, 97-118.
6. პაპავა ი. (2015). ევროპის კავშირი და ადამიანის უფლებები. ევროპისმცოდნეობის ქართული ჟურნალი, 1, 122-150.
7. პაპავა ი. (2017). ევროპის კავშირის ფუნქციონირების სამართლებრივი საფუძვლები: საბაზისო აქტები და კომენტარები. თბილისი.
8. ფირცხალაშვილი ა., მირიანაშვილი გ. (2018). ადამიანის უფლებათა დაცვის პოლიტიკა ევროპული კავშირის სამართალში. თბილისი.
9. Búrca, G. de. (2011). The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor. *American Journal of international law*, 105 (4), 649–693.
10. Burka G. de. (2003). Beyond the Charter: How Enlargement Has Enlarged the Human Rights Policy of the European Union. *Fordham International Law Journal*, 27 (2), 679-714. <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1927&context=ilj> (14/04/2020).
11. De Witte B., Imanovic S. (2015). Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order Against a Foreign Human Rights Court. *European Law Review*, 40 (5), 683-705.
12. Douglas-Scott S. (2015). Opinion 2/13 and the "Elephant in the Room": A Response to Daniel Halberstam. *Verfassungsblog ON MATTERS CONSTITUTIONAL*, entry posted March 13, 2015. <http://www.verfassungsblog.de/opinion-213-and-the-elephant-in-the-room-a-response-to-daniel-halberstam/> (14/04/2020).
13. Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights. 14.12.2007. *Official Journal of the European Union*, 2007/C 303/02, pp. 17-35.
14. Kruger, H. C. (2002). Reflections Concerning Accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights. *Penn State International Law Review*, Vol. 21 / Issue 1, 89-99. <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol21/iss1/10> (15/04/2020).
15. Sarmiento D. (2013). Who's afraid of the Charter? The Court of Justice national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe. *Common Market Law Review*, Vol. 50 / Issue 5, 1267-1304.
16. Spielmann D. (2017). The Judicial Dialogue between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights or How to

- Remain Good Neighbors after the Opinion 2/13. FRAME Magazine (29 March 2017). <http://www.fp7-frame.eu/blog/2017/03/29/judicial-dialogue/> (13/04/2020).
17. Streinz T. (2015). The Autonomy Paradox. Verfassungsblog ON MATTERS CONSTITUTIONAL, entry posted March 15, 2015. <https://verfassungsblog.de/the-autonomy-paradox/> (14/04/2020).
 18. Toth A. G. (1997). The European Union and Human Rights: the Way Forward. Common Market Law Review, 34 (3), 491–529.
 19. Williams A. (2013). The European Convention on Human Rights, the EU and the UK: Confronting a Heresy. The European Journal of International Law, 24 (4), 1157-1185.
 20. Winter J. A. (1972). Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law. Common Market Law Review, 9 (4), 425-438.
 21. Исполинов А. С. (2015). Хартия основных прав как инструмент федерализации Европы. Конституционное и муниципальное право, 2, 72-76.
 22. Исполинов А. С. (2012). Хартия Основных Прав ЕС: Опыт первых трех лет применения. Евразийский юридический журнал, 12 (55), 61-68.
 23. Лепешков Ю. (2007). Европейский союз и права человека. Журнал Международного Права и Международных Отношений, 3, 8-12 .
 24. Мещерякова О. М. (2013). Основные принципы защиты прав человека в праве Европейского Союза. Вестник Московского университета МВД России, 12, 85-89.
 25. Рябова В. О. (2016). Взаимодействие Суда Европейского союза и Европейского суда по правам человека по делам о защите прав человека после Лиссабонского договора: Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. МГИМО Университет, Москва. https://mgimo.ru/upload/diss/2016/ryabova_diss.pdf (15/04/2020).
 26. Рябова В. О. (2014). Европейская конвенция прав человека и Хартия ЕС об основных правах – сравнительный анализ толкования и применения Судом ЕС и Европейским Судом по правам человека. Московский журнал международного права, 4 (96), 175-188.
 27. Энтин К. (2015). Присоединение Европейского Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод: анализ Заключения Суда ЕС 2/13. Сравнительное конституционное обозрение, 3 (106), 83-91.
 28. <https://europa.eu> – ევროპის კავშირის ოფიციალური ვებგვერდი.
 29. <https://curia.europa.eu> – ევროპის კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს ოფიციალური ვებგვერდი.
 30. <https://ec.europa.eu> – ევროპის კომისიის ოფიციალური ვებგვერდი.
 31. <https://www.coe.int> – ევროპის საბჭოს ოფიციალური ვებგვერდი

ASPECTS OF THE INTERACTION BETWEEN THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AFTER OPINION NO. 2/13

Irakli Papava

*Master of Laws of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University,
International Law Expert, lawyer at the Democratic
Development Union of Georgia*

KEYWORDS: the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights, EU accession to the ECHR

RESUME

The present article is dedicated to one of the most debatable aspects of human rights protection in the European Union (EU), specifically the question of whether the EU should accede to the European Convention on Human Rights (ECHR). This article analyzes the maintained deficit in the functioning of the European Union in terms of the important parameters of democracy as a result of the failed EU accession to the ECHR as well as the new reality created in the relationship between the Court of Justice of the European Union (CJEU) and the European Court of Human Rights (ECtHR) after the negative Opinion no. 2/13 of the CJEU and the changes in the nature of the interaction between the two European courts in this changed situation. At the same time the article discusses the main arguments used by the CJEU in its conclusion, as well as the reaction and assessments of the academic community. According to the author, the interrelations between the two courts after the Opinion no. 2/13 could be described now in terms of competition. The position taken by the CJEU could be explained by its

strategy to independently consider and resolve issues related to the protection of human rights on the basis of the growing use of the EU Charter of Fundamental Rights. However, the recent

jurisprudence of the ECtHR regarding Bosphorus presumption may in fact be considered as a modification of the Court's attitude in relation to the European Union.

NOTES:

1. Balo B. (2014). Les différences entre CEDH et CJUE. Que pour les juristes. <http://quepourlesjuristes.fr/?p=1140> (12/04/2020). (In French)
2. Charter of Fundamental Rights of the European Union. OJ C 326, 26.10.2012, pp. 391-407. (In English)
3. CJEU. Case C-294/16, JZ v. Prokuratura Rejonowa Łódź – Śródmieście, Judgment of 28 July 2016. (In English)
4. CJEU. Case C-284/16, Slovakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV., Judgment of 6 March 6 2018. (In English)
5. CJEU. Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU – Draft international agreement – Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Compatibility of the draft agreement with the EU and FEU Treaties. Opinion 2/13 of the Court (Full Court) of 18 December 2014. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=EN> (14/04/2020). (In English)
6. Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States. OJ L 190, 18.07.2002, pp. 1-20. (In English)
7. Council Regulation no. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. OJ L 12, 16.01.2001, pp. 1-23. (In English)
8. Douglas-Scott, S. (2016). Autonomy and Fundamental Rights: The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR. *Europarättslig Tidskrift* (Swedish European Law Journal), 1, 29-44. (In English)
9. Douglas-Scott S. (2006). A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis. *Common Market Law Review*, 43 (3), 629-665. (In English)
10. Eeckhout P. (2015). Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky? *Fordham International Law Journal*, 38 (4), 955-992. (In English)
11. Entin M. L., Entina E. G. (2017). The impact of Human Rights Law on the progressive development of Contemporary International Law. Part II. *Moscow Journal of International Law*, 4, 31-49. (In Russian)
12. ECJ. Case C-459/03, Commission of the European Communities v. Ireland [GC], Judgment of 30 May 2006. ECR 2006 I-4635. (In English)
13. ECJ. Case 36/75, Roland Rutili v Ministre de l'intérieur, Judgment of 28 October 1975. (In English)
14. ECJ. Opinion pursuant to Article 228 of the EC Treaty. Opinion no. 2/94 of 28 March 1996. *European Court Reports* 1996 I-01759. (In English)
15. ECtHR. Avotiņš v. Latvia [GC], Application no. 17502/07, Judgment of 26 May 2016. (In English)
16. ECtHR. M.S.S. v. Belgium and Greece [GC], Application no. 30696/09, Judgment of 21 January 2011. (In English)
17. ECtHR. Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim (Bosphorus Airways) v. Ireland, Application no. 45036/98, Judgment of 30 June 2005. (In English)

18. Editorial Comments. (2015). The EU's Accession to the ECHR – a “NO” from the ECJ! *Common Market Law Review*, 52 (1), 1-16. (In English)
19. European Court of Human Rights. Annual Report, 2014. Strasbourg, 2015. https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf (14/04/2020). (In English)
20. Glas L. R., Krommendijk J. (2017). From Opinion 2/13 to Avotiņš: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Courts? *Human Rights Law Review*, 17 (3), 567-587. (In English)
21. Gragl P. (2017). An Olive Branch from Strasbourg? Interpreting the European Court of Human Rights' Resurrection of Bosphorus and Reaction to Opinion 2/13 in the Avotiņš Case. *European Constitutional Law Review*, 13 (3), 551-567. (In English)
22. Halberstam D. (2015). “It's the Autonomy, Stupid!”: A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward. *German Law Journal*, 16 (1), 105-146. (In English)
23. Institutions start discussing way forward after ECHR setback. By Georgi Gotev. EURACTIV.com, 21 April 2016. <https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/institutions-start-discussing-way-forward-after-echr-setback/> (14/04/2020). (In English)
24. Ispolinov A. (2018). In search of a new paradigm: the European Court of Justice and the European Court of Human Rights three years after Opinion no. 2/13. *Mezhdunarodnoe pravosudie [International Justice]*, 2 (26), 16-27. (In Russian)
25. Krommendijk J. (2015). The Use of ECHR Case Law by the Court of Justice after Lisbon: The View of Luxembourg Insiders. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22 (6), 812-835. (In English)
26. Lavranos N. (2009). The Epilogue in the MOX Plant Dispute: An End Without Findings. *European Energy and Environmental Law Review*, 18 (3), 180-184. (In English)
27. Lehtinen E. (2015). The European Court of Justice and European Court of Human Rights: A Complex Interaction and Coexistence between the Two Courts. Workshop on the ECHR Tampere 2015. <https://blogs.uta.fi/ecthrworkshop/2016/03/07/lehtinen/> (14/04/2020). (In English)
28. Odermatt J. (2015). A Giant Step Backwards? Opinion 2/13 on the EU's Accession to the European Convention on Human Rights (February 24, 2015). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2654633> (12/04/2020). (In English)
29. Peers S. (2015). The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare. *German Law Journal*, 16 (1), 213-222. (In English). <https://doi.org/10.1017/S2071832200019489> (14/04/2020)
30. Peers S. (2014). The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection (18 December 2014). <http://eulawanalysis.blogspot.com/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> (14/04/2020). (In English)
31. Protocol no. 8 relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. OJ C 326, 26.10.2012, pp. 273-273. http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/pro_8/oj (15/04/2020). (In English)
32. Protocol no. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Adopted 2 October 2013, Strasbourg. (In Georgian)
33. Scheeck L. (2007). Competition, Conflict and Cooperation between European Courts and the Diplomacy of Supranational Judicial Networks.

- Garnet Working Paper 23/07 (2007). <https://warwick.ac.uk/fac/soc/pais/research/researchcentres/csgr/garnet/workingpapers/2307.pdf> (14/04/2020). (In English)
34. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community. OJ C 306, 17 December 2007. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=EN> (12/04/2020). (In English)
35. View of Advocate General Kokott delivered on 13 June 2014. Opinion procedure N2/13. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160929&doclang=EN> (14/04/2020). (In English)

BIBLIOGRAPHY:

1. Aleksidze L. (2010). Modern International Law. Publishing House "Innovation", Tbilisi. (In Georgian)
2. Gabrichidze G. (2012). European Union Law. Institute of European and Comparative Law Publishing House, Tbilisi. (In Georgian)
3. Mirianashvili G. (2018). Doctrine of Supremacy of the European Union Law over Member State's Constitutions According to the Melloni Case. *Journal of Constitutional Law*, 2, 123-128. (In Georgian)
4. Papava I. (2019). The Charter of Fundamental Rights of the European Union as an instrument of the protection of human rights. *Law and The World*, 13, 78-95. (In Georgian)
5. Papava I. (2018). Accession of the European Union to the European Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Objective Necessity or Attempt to Reconcile the Incompatible? Analysis of the Opinion 2/13 of the Court of Justice of the European Union. *Constitutional Law Review*, 12, 81-97. (In English)
6. Papava I. (2015). The European Union and Human Rights. *Georgian Journal for European Studies*, 1, 122-150. (In Georgian); 151-167. (In English)
7. Papava I. (2017). Legal Basis of the Functioning of the European Union: Fundamental Acts and Comments. Tbilisi. (In Georgian)
8. Phirtskhalashvili A., Mirianashvili G. (2018). Human Rights Policy in the European Union Law. Tbilisi. (In Georgian)
9. Búrca, G. de. (2011). The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor. *American Journal of international law*, 105 (4), 649-693. (In English)
10. Burka G. de. (2003). Beyond the Charter: How Enlargement Has Enlarged the Human Rights Policy of the European Union. *Fordham International Law Journal*, 27 (2), 679-714. <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1927&context=ilj> (14/04/2020). (In English)
11. De Witte B., Imanovic S. (2015). Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order Against a Foreign Human Rights Court. *European Law Review*, 40 (5), 683-705. (In English)
12. Douglas-Scott S. (2015). Opinion 2/13 and the "Elephant in the Room": A Response to Daniel Halberstam. *Verfassungsblog ON MATTERS CONSTITUTIONAL*, entry posted March 13, 2015. <http://www.verfassungsblog.de/opinion-213-and-the-elephant-in-the-room-a-response-to-daniel-halberstam/> (14/04/2020). (In English)
13. Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights. 14.12.2007. Official Journal of the European Union, 2007/C 303/02, pp. 17-35. (In English)
14. Kruger, H. C. (2002). Reflections Concerning Accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights. *Penn State International Law Review*, Vol. 21 / Issue 1, 89-99. <http://elibrary.law.psu>.

- edu/psilr/vol21/iss1/10 (15/04/2020). (In English)
15. Sarmiento D. (2013). Who's afraid of the Charter? The Court of Justice national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe. *Common Market Law Review*, Vol. 50 / Issue 5, 1267-1304. (In English)
 16. Spielmann D. (2017). The Judicial Dialogue between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights or How to Remain Good Neighbors after the Opinion 2/13. *FRAME Magazine* (29 March 2017). <http://www.fp7-frame.eu/blog/2017/03/29/judicial-dialogue/> (13/04/2020). (In English)
 17. Streinz T. (2015). The Autonomy Paradox. *Verfassungsblog ON MATTERS CONSTITUTIONAL*, entry posted March 15, 2015. <https://verfassungsblog.de/the-autonomy-paradox/> (14/04/2020). (In English)
 18. Toth A. G. (1997). The European Union and Human Rights: the Way Forward. *Common Market Law Review*, 34 (3), 491-529. (In English)
 19. Williams A. (2013). The European Convention on Human Rights, the EU and the UK: Confronting a Heresy. *The European Journal of International Law*, 24 (4), 1157-1185. (In English)
 20. Winter J. A. (1972). Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law. *Common Market Law Review*, 9 (4), 425-438. (In English)
 21. Ispolinov A. S. (2015). The Charter of Fundamental Rights as an instrument of federalization of Europe. *Constitutional and Municipal Law*, 2, 72-76. (In Russian)
 22. Ispolinov A. S. (2012). EU Charter of Fundamental Rights: Lessons of the first three years in application. *Eurasian Law Journal*, 12 (55), 61-68. (In Russian)
 23. Lepeshkov Y. (2007). The European Union and Human Rights. *Journal of International Law and International Relations*, 3, 8-12. (In Russian)
 24. Meshcheryakova O. M. (2013). The Basic Principles of Protection of Human Rights in the Right of the European Union. *Bulletin of the Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia*, 12, 85-89. (In Russian)
 25. Ryabova V. O. (2016). The interaction between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights in cases of protection of human rights after the Lisbon Treaty: The dissertation for obtaining the degree of candidate of legal sciences. MGIMO University, Moscow. https://mgimo.ru/upload/diss/2016/ryabova_diss.pdf (15/04/2020). (In Russian)
 26. Ryabova V. O. (2014). The European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights – Comparative Analysis of Interpretation and Application by the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. *Moscow Journal of International Law*, 4 (96), 175-188. (In Russian)
 27. Entin K. (2015). Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: an analysis of the Opinion of the Court of Justice no. 2/13. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie [Comparative Constitutional Review]*, 3 (106), 83-91. (In Russian)
 28. <https://europa.eu> – Official website of the European Union
 29. <https://curia.europa.eu> – Official website of the Court of Justice of the European Union
 30. <https://ec.europa.eu> – Official website of the European Commission
 31. <https://www.coe.int> – Official website of the Council of Europe

შინაგანი რწმენა და მისი ფორმირების ძირითადი ფაქტორები

ირაკლი ნადარეიშვილი

საქართველოს გენერალური პროკურატურის სამართალწარმოების პროცესში ჩადენილი დანაშაულის გამოძიების დეპარტამენტის უფროსი, „კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის“ დოქტორანტი, სასწავლო უნივერსიტეტის „მილენიუმის“ აფელირებული ასისტენტი

ჭემალ ლომსაძე

საქართველოს გენერალური პროკურატურის სამართალწარმოების პროცესში ჩადენილი დანაშაულის გამოძიების დეპარტამენტის პროკურორი, სამართლის მაგისტრი

საკვანძო სიტყვები: შინაგანი რწმენა, გონივრული ეჭვი, განაჩენი

*„ხოლო რწმენა არის უეჭველობა იმისა, რასაც მოველით, და ნედობა უხილავისა“
ბიბლია*

განაჩენის დადგენისას მოსამართლეთა/ნაფიც მსაჯულთა შინაგანი რწმენისა და გონივრულ ეჭვს მიღმა სტანდარტის განმარტება/ფორმირების საკითხი დღემდე არ კარგავს აქტუალურობას. მეცნიერთა შორის, ამ საკითხის ირგვლივ არ არსებობს კონსენსუსი და ერთიანი შეხედულება. ვინაიდან შინაგანი რწმენის რაიმე ჩარჩოში მოქცევა, მისი აწონვა/გაზომვა და წინასწარ პროგნოზირება ფაქტობრივად შეუძლებელია,

დღემდე არ წყდება პოლემიკა შინაგანი რწმენის ჩამოყალიბების პროცესში, სუბიექტური ფაქტორების ზეგავლენისა და მნიშვნელობის შესახებ. სტატიაში გაანალიზებულია, როგორც კონტინენტური სამართლის ისე ანგლოამერიკული სამართლის დარგში მოღვაწე მეცნიერთა მოსაზრებები და შეხედულებები, ასევე სასამართლოების მიერ ამ საკითხის ირგვლივ მოცემული განმარტებები. დასკვნის სახით, ანალიზისა და სინთეზის მეთოდების გამოყენებით შემუშავებული და წარმოდგენილია შინაგანი რწმენის ახლებური განმარტება, კერძოდ: შინაგანი რწმენა არის გამოკვლეულ მტკიცებულებათა საფუძველზე, ინდივიდის ცნობიერებაზე სუბიექტური და ობიექტური ფაქტორების ზემოქმედების შედეგად ჩამოყალიბებული ობიექტური ქვემარტების ინდივიდუალური აღქმა. აღნიშნული განმარტება ვფიქრობთ სიახლე და ერთგვარი შეჯამებაა სხვადასხვა მოსაზრებებისა და ვიმედოვნებთ, რომ საინტერესო გამოცხილს პოვებს თეორეტიკოს და პრაქტიკოს იურისტთა შორის.

* * *

საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი მე-3 მუხლი სასამართლოს მიერ გამამტყუნებელი განაჩენის დადგენის აუცილებელ პირობად ასახელებს პირის მიმართ გონივრულ ეჭვს მიღმა სტანდარტის არსებობას, კერძოდ: „ გონივრულ ეჭვს მიღმა – სასამართლოს მიერ გამამტყუნებელი განაჩენის გამოტანისათვის საჭირო მტკიცებულებათა ერთობლიობა, რომელიც ობიექტურ პირს დაარწმუნებდა პირის ბრალეულობაში.“¹ ამავე კოდექსის 234-ე მუხლში ასახულ ნაფიც მსაჯულთა ფიცის ტექსტში პირდაპირაა მითითებული, რომ მსაჯულის სამართლიანი გადაწყვეტილება მისი შინაგანი რწმენიდან უნდა

გამომდინარეობდეს. ორივე შემთხვევაში ხაზგასმულია, რომ ობიექტურ პირს უნდა გაუჩნდეს რწმენა და არა თუნდაც ლოგიკური და დასაბუთებული ვარაუდი.

სასამართლოს შინაგანი რწმენით განაჩენის დადგენის სტანდარტის დამკვიდრება უკავშირდება 1789 წლის საფრანგეთის რევოლუციას და ფეოდალური სასამართლო წარმოების სტერეოტიპების მსხვრევას, რომელიც თავის მხრივ ფორმალურ მტკიცებულებათა თეორიას ეყრდნობოდა. საფრანგეთის კონსტიტუციაში 1791 წელს შეტანილი ცვლილებების შემდეგ, (რომელიც კონსტუანტე დიუპორის რეფორმის სახელითაა ცნობილი) აღნიშნული სტანდარტი ეტაპობრივად გავრცელდა ევროპაში. ამით დაიმსხვრა ბრალდებულის აღიარების უპირობოდ გაზიარების მაგნე პრაქტიკა და საქმის ყოველმხრივ გამოძიებას ჩაეყარა საფუძველი. დამკვიდრდა ე.წ. შერეული სტილი, რომელიც ეფუძნებოდა შეჯიბრობითობისა და ძიების პროცესს, რომელიც მეტნაკლებად განწმენდილი იქნა ე.წ. ინკვიზიციური ელემენტებისაგან. ფორმალურ მტკიცებულებათა სისტემა ჩანაცვლა ე.წ. მტკიცებულებათა თავისუფალი შეფასების სისტემამ, რომელიც თავის მხრივ ეფუძნებოდა მოსამართლეთა შინაგან რწმენას.

აღსანიშნავია, რომ დღეს მოქმედი საფრანგეთის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 353-ე მუხლის მიხედვით სანამ ნაფიცი მსაჯულები გავლენ სათათბიროდ, სხდომის თავმჯდომარე მათ უკითხავს ინსტრუქციას, რომელიც ასევე მსხვილი შრიფტით არის დაბეჭდილი და გამოკრული სათათბირო ოთახში თვალსაჩინო ადგილას, კერძოდ: კანონი არ სთხოვს მათ იმ მეთოდებისა და არგუმენტების განმარტებას, რომლითაც მათ დაარწმუნეს საკუთარი თავი, კანონი არ ზღუდავს მათ რაიმე წესებით, რომლებითაც მათ სრულყოფილად, ამომწურავად და ადეკვატურად უნდა შეიცნონ და შეაფასონ მტკიცებულებები. კანონი მათგან მოითხოვს, რომ მათ საკუთარ სინდისთან განმარტებულებმა გაანალიზონ და შეიცნონ, თუ რა გავლენა

1 საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <https://matsne.gov.ge/document/view/90034?publication=110>

მოახდინა მათ რწმენაზე ბრალდებისა და დაცვის მხარის არგუმენტებმა და მტკიცებულებებმა. კანონი მათ წინაშე გადასაწყვეტად სვამს ერთადერთ კითხვას – არიან თუ არა ისინი შინაგანად დარწმუნებულნი.²

ა. ვიშინსკი აღნიშნავდა, რომ: „შინაგანი რწმენით გამოტანილი გადაწყვეტილება უნდა ეყრდნობოდეს მოსამართლის გონებისა და სინდისის გამოძახილსა და აღქმას და რომელიც მიმართული უნდა იყოს საქმეზე ობიექტური მატერიალური ქვეშაღებების დადგენისკენ. იგი ასევე აღნიშნავს, რომ ობიექტური ქვეშაღებების დადგენა შინაგანი რწმენით, როგორც სასამართლო პროცესის მიზანი მეტად პირობითი, შედარებითი და შერჩევითია.“³ ვიშინსკი შინაგან რწმენას უკავშირებს ინდივიდის სამართლებრივ ცნობიერებას და განმარტავს, რომ საზოგადოების სხვადასხვა ფენებში აღნიშნული ორი საკითხი სხვადასხვაგვარად აღიქმება. მისი განმარტებით სამართლებრივი ცნობიერება ისტორიულად ჩამოყალიბებული ცნობიერებაა და არა აბსტრაქტული თეორია. ამიტომ სხვადასხვა ფენებში სხვადასხვა წარმოდგენებია სამართლიანობაზე, თუ როგორი უნდა იყოს იგი, როგორია საჭირო და როგორი აუცილებელი. მისი განმარტებით საზოგადოების ფენების სამართლებრივ ცნობიერებათა შორის უფსკრულია და რაც ერთისთვის სამართლიანია უსამართლოა სხვისთვის. „მოსამართლეები უნებლიედ შებოჭილნი არიან საზოგადოებაში გაბატონებული ცნობიერებით და მათი შინაგანი რწმენა ისეთია თუ რომელ ფენას განეკუთვნებიან, როგორია მათი პოლიტიკური და სამართლებრივი იდეოლოგია.“⁴

ვიშინსკი თვლიდა, რომ: „სამართალწარმოების პროცესში აბსოლუტური ქვეშაღებების დადგენა უმრავლეს შემთხვევებში ფაქტიურად შეუძლებელია, ამდენად მოსა-

მართლეთა წინაშე უნდა დაისვას საკითხი რათა მათ დაადგინონ თითოეულ საქმეზე არა აბსოლუტური ქვეშაღებება, არამედ მათ უნდა განესაზღვროთ ამოცანა, რომ საქმეზე დაადგინონ მაქსიმალური ალბათობისა და გონივრულად სარწმუნო სტანდარტი.“⁵

სტროგოვიჩი მატერიალურ ქვეშაღებებს ობიექტურ ქვეშაღებებად მიიჩნევდა და ყურადღებას ამახვილებდა დამნაშავეისათვის სწორი კვალიფიკაციით განაჩენის დადგენის მნიშვნელობაზე: „Истина, устанавливаемая в уголовном процессе по расследуемому и разрешаемому судом делу, есть объективная истина, называемая материальной истиной. Материальная истина в уголовном процессе — это полное и точное соответствие объективной действительности выводов следствия и суда об обстоятельствах расследуемого и разрешаемого судом дела, о виновности или невиновности привлеченных к уголовной ответственности лиц.“ „Материальная истина в уголовном процессе достигается тогда, когда суд своим приговором признает виновным того, кто в действительности совершил преступление, и вменяет ему в вину именно то преступление, которое этим лицом совершено.“⁶

გორსკი და კოკორევი მიიჩნევენ, რომ დამოუკიდებლობა, კეთილსინდისიერება და ობიექტურობა, რომლითაც უნდა ეხელმძღვანელათ პროცესის მწარმოებელ პირებს მტკიცებულებათა განხილვისას და განაჩენის დადგენისას, ჩაანაცვლა შინაგანი რწმენით განაჩენის დადგენის წესმა, კერძოდ: „Сущность этого правила доказывания рассмотрена раньше, сейчас следует отметить его нравственный аспект. Внутреннее убеждение является нравственно-психологической гарантией правильной оценки доказательств и обоснованности результатов доказывания. Его необходимо рассматривать как одно из проявлений всех качеств лиц, осуществляющих доказывание: их мировоз-

2 საფრანგეთის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი https://www.legislationline.org/download/id/8361/file/France_CPC_am092019_fr.pdf

3 Вышинский А.Я. Москва 1950 г., „Теория судебных доказательств в советском праве.“ Государственное издательство юридической литературы. Ст 130 -137.

4 იქვე გვ. 159.

5 იქვე გვ. 201.

6 Строгович М. С. Москва 1968 г., „Курс советского уголовного процесса“ Издательство „Наука“. Ст -132.

зрения, политических и правовых взглядов, а также их нравственного сознания. Процесс оценки доказательств по внутреннему убеждению характеризуется такими безусловными нравственными признаками, как свобода, самостоятельность и независимость в оценке доказательств. Их следует, разумеется, понимать как уверенность в правильности выводов, опирающихся на всесторонне, полно и объективно рассмотренные доказательства в их совокупности, а не как произвол в оценке доказательств. Способность к всестороннему, полному и объективному исследованию доказательств, а также способность к самостоятельной и независимой их оценке по своему внутреннему убеждению следует отнести к таким личным качествам должностных лиц, занимающихся уголовно-процессуальным доказыванием, которые имеют первостепенное значение в их работе.⁷ როგორც ვხედავთ მეცნიერთა ეს ნაწილი შინაგან რწმენით განაჩენის დადგენისას პროცესის მონაწილის მორალურ-ფსიქოლოგიურ გარანტიებს უკავშირებს მტკიცებულებათა სწორ და ობიექტურ შეფასებასთან მიმართებაში. ის ხასკასმით აღნიშნავს თვითრწმენის შექმნის პროცესში ინდივიდის მსოფლმხედველობის, პოლიტიკური, სამართლებრივი და მორალური შეხედულებებისა და ღირებულებების მნიშვნელობას.

ევგენი სნიგირევი თავის ნაშრომში „მტკიცებულებათა შეფასება შინაგანი რწმენის საფუძველზე“ აღნიშნავს, რომ: „შინაგანი რწმენა ეს არის სუბიექტის, სხვა პირების შეხედულებებისგან თავისუფალი, მყარი, მორალურად დასაბუთებული, ფსიქიკური დამოკიდებულება მტკიცებულებათა შეფასებისას მათ რაოდენობასა და ხარისხთან მიმართებაში. იგი არის პირის სუბიექტური გამოხატულება ობიექტური ქვეშეობის მიმართ. თუმცა ერთი პირის შინაგანი რწმენა მტკიცებულებათა სანდოობისა და მათი საკმარის-

ლობის კუთხით, რომლებიც ადასტურებენ ან/და უარყოფენ პირის ბრალეულობას არ შეიძლება განისაზღვროს ობიექტურობის საზომად. მტკიცებულებათა შინაგანი რწმენის საფუძველზე შეფასების პრინციპი არ ნიშნავს ინდულგენციას თანამდებობის პირთა მიერ სამართალწარმოების პროცესში დაშვებული შეცდომების ან/და გადაცდომების მიმართ.⁸ სნიგირევი ასევე აღნიშნავს, რომ მტკიცებულებათა შეფასებისას პირის სამართალგებრივი მართლშეგნების, კეთილსინდისიერებისა და მორალური ღირებულებების კრიტერიუმები უფრო მეტად ფილოსოფიურ კრიტერიუმებს განეკუთვნება. მათზე ძალზე ბევრი ფაქტორი მოქმედებს და ისინი ცხოვრებისეულ თითქმის ყველა სფეროს მიმართ გამოიყენება. გარდა ამისა მოსამართლის შინაგანი რწმენა არ შეიძლება განხილული იქნას, როგორც მოსამართლის დამოუკიდებლობის გარანტიის კრიტერიუმი. სნიგირევი სუბიექტის შინაგანი რწმენის ჩამოყალიბებისას გამოყოფს ფაქტორებს, რომლებმაც შესაძლებელია გავლენა იქონიონ აზრის ფორმირებაზე: „К внешним факторам формирования внутреннего убеждения субъектов доказывания относятся: уголовно-правовая и уголовно-процессуальная политика, реализуемая на определенном этапе общественного развития; влияние средств массовой информации; общественное мнение; следственная и судебная практика по конкретным уголовным делам, в которой первостепенное значение принадлежит практике Верховного Суда.“⁹ სნიგირევი ამასთან აღნიშნავს, რომ უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკა არ უნდა წარმოადგენდეს პრიორიტეტს მტკიცებულებათა შინაგანი რწმენით შეფასებისას პირველი და მეორე ინსტანციის მოსამართლეთათვის, ვინაიდან თითოეული მათგანი მტკიცებულებათა შეფასებისას უნდა ეყრდნობოდეს ყოველ განხილულ საქმეში არ-

7 Горский Г. Ф., Кокорев Л.Д, Элькинд П.С. Воронеж 1978 г. „Проблемы доказательств в советском уголовном процессе“. Издательство Воронежского университета. Ст-278.

8 Снегирев Е. А. Воронеж 2002 г. диссертация „Оценка доказательств по внутреннему убеждению.“ Ст-164-169 <http://www.dslib.net/kriminal-process/ocenka-dokazatelstv-po-vnutrennemu-ubezhdeniju.html>

9 იქვე გვ 168.

სებულ და გამოკვლეულ მტკიცებულებების შედეგად, საკუთრივ მასში ფორმირებულ რწმენას და არა სხვა სუბიექტის მიერ წინასწარ შემუშავებულ შეხედულებებს. იგი განსაკუთრებით აღნიშნავდა მასმედიის როლს შინაგანი რწმენის ჩამოყალიბებისას: „Отдельным фактором, определяющим формирование внутреннего убеждения при оценке доказательств, является влияние средств массовой информации. В связи с этим представляется обоснованным закрепление в уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации следующих положений: до вынесения приговора по уголовному делу, либо до его прекращения в установленном законом порядке сведения, касающиеся доказательственной информации (доказательств) по уголовному делу, не могут быть разглашены в средствах массовой информации. К основным внутренним факторам, влияющим на формирование внутреннего убеждения при оценке доказательств субъектами доказывания, относятся: нравственно-этические ценностные ориентации субъекта доказывания; уровень квалификации работы по юридической специальности, связанной с оценкой доказательственной информации; психологические характеристики данного субъекта, его способность противостоять внешнему воздействию и отстаивать собственную точку зрения.“¹⁰ როგორც ვხედავთ სწავლირევი მოსამართლის შინაგან რწმენაზე მედიის ზეგავლენის როლის გამორიცხვის საბაბით, ფაქტობრივად სასამართლო სხდომათა დახურვის მომხრეა, რასაც კატეგორიულად ვერ დავეთანხმებით ვინაიდან სხდომის ნაწილობრივ ან სრულად დახურვის საფუძვლები და კრიტერიუმები ამომწურავადაა ჩამოთვლილი ჩვენს მოქმედ საპროცესო კანონმდებლობაში და სრულად შეესაბამება დემოკრატიის სტანდარტებს.

გიორგი თუმანიშვილი აღნიშნავს, რომ: „მოსამართლეს კანონი ვერ განუსაზღვრავს, თუ როგორ უნდა შეაფასოს ცალკეული მტკიცებულებები და რა დასკვნები უნდა გა-

მოიტანოს მათი შეფასების შედეგად, ასევე დაუშვებელია მოსამართლეს კანონმა დაუდგინოს თუ რა წინაპირობების არსებობისას უნდა დარწმუნდეს იგი ბრალდებულის ბრალეულობასა თუ არაბრალეულობაში.“¹¹ მიუხედავად ამგვარი განმარტებისა იგი ასევე აღნიშნავს, რომ მოსამართლეს შინაგანი რწმენით წყვეტს საკითს, რაც გარკვეულ სტანდარტს ექვემდებარება, თუმცა მას არანაერი ეჭვი არ უნდა დარჩეს დასკვნების უტყუარობის თაობაზე.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ, პირველი კოლეგიის №1/1/548 გადაწყვეტილებით (საქართველოს მოქალაქე ზურაბ მიქაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ) განმარტა, რომ: „დანაშაულებრივი ქმედება უნდა დადასტურდეს გონივრულ ეჭვს მიღმა, უნდა გამოირიცხოს ყოველგვარი გონივრული ეჭვი პირის მიერ დანაშაულის ჩადენასთან დაკავშირებით. საზოგადოება, რომელიც იღვწის ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლების დასაცავად, იცის ადამიანის თავისუფლების ფასი, არ დაუშვებს ისეთი პირის მსჯავრდებას, რომლის ბრალეულობა მიუკერძოებელი და გონიერი დამკვირვებლისთვის საეჭვო რჩება.

გონივრულ ეჭვს მიღმა ტესტი წარმოადგენს სახელმძღვანელო კრიტერიუმს, რომელსაც სასამართლო იყენებს პირის დამნაშავედ ცნობისთვის, მიაწინებს სასამართლოს, თუ რამდენად მყარი უნდა იყოს რწმენა იმისა, რომ ბრალდებულმა ჩაიდინა დანაშაული. სასამართლო ბრალდებულს დამნაშავედ ცნობს, როდესაც საქმეში არსებული მტკიცებულებები მას გონივრულ ეჭვს მიღმა დაარწმუნებს პირის ბრალეულობაში. ეს რწმენა სასამართლოს, კანონით დადგენილი წესის მიხედვით წარდგენილი მტკიცებულებების საფუძველზე, იმ მტკიცებულებებზე დაყრდნობით უყალიბდება, რომელსაც კანონით სანდო და დასაშვებად მიიჩნევს.“¹²

11 თუმანიშვილი გ. თბილისი 2014 წ. სისხლის სამართლის პროცესი (ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა) გამომცემლობა იურისტების სამყარო. გვ 238
 12 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს, პირველი კოლეგიის №1/1/548 გადაწყვეტილება.

ირაკლი ნადარეიშვილი, ჟემალ ლომსაძე

10 იქვე გვ 169.

საინტერესოა ამ მხრივ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის პალატის 2018 წლის 26 ივლისის N83აპ-18 (განზრახ მკვლელობის საქმე) განაჩენში განვითარებული მსჯელობა, შინაგანი რწმენის ჩამოყალიბებისა და მტკიცებულებათა შეფასების პროცესის შესახებ. სასამართლო აღნიშნავს ოთხ აუცილებელ კრიტერიუმს: „1. თითოეული მტკიცებულება, მათ შორის მოწმის ჩვენება, შინაარსობრივად არ შეიცავს ურთიერთსაწინააღმდეგო და ურთიერთგამომრიცხავ ინფორმაციას; 2. თითოეული მტკიცებულება ამყარებს სხვა მტკიცებულებებს, თუ მათ შორის არის სხვადასხვა წინააღმდეგობა, რომელთა ხარისხის შეფასება ყველა ინდივიდუალურ შემთხვევაში სასამართლოს კომპეტენციაა; 3. რამდენად გულწრფელი და მიუკერძოებელია მოწმე, ხომ არ აქვს ფიზიკური ნაკლი, რომელიც ნეგატიურ გავლენას ახდენს მოვლენების ადეკვატურ აღქმაზე; 4. როგორ პირობებში მოხდა მტკიცებულებათა ფორმირება.“¹³ საკასაციო პალატამ განმარტა, რომ ირიბ და პირდაპირ მტკიცებულებათა ურთიერთავსებადობა და მათი ამგვარი კრიტერიუმებით შემოწმება განაპირობებს შინაგანი რწმენის ჩამოყალიბებასა და გონივრულ ეჭვს მიღმა სტანდარტით განაჩენის დადგენის შესაძლებლობას.

ადამიანის უფლებათა ევროპული კომისიამ (ფუნქციონირებდა 1954-1998 წლებში ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს ფუნქციების გაფართოვებამდე) გონივრულ ეჭვს მიღმა სტანდარტთან მიმართებაში გააკეთა განმარტება საქმეზე დანია, ნორვეგია, შვედეთი და ნიდერლანდების სამეფო – საბერძნეთის წინააღმდეგ. საქმეზე მსჯელობისას ადამიანის უფლებათა ევროპულ კომისიას უნდა განესაზღვრა, თუ რა სტანდარტი გამოეყენებინა წარმოდგენილი მტკიცებულებების შეფასებისას, როდესაც საჩივარი ეხებოდა კონვენციის მე-3 მუხლის შესაძლო დარღვევას.

კომისიამ დაადგინა, რომ უფლების შესაძლო დარღვევა უნდა დასტურდებოდეს გონივრულ ეჭვს მიღმა სტანდარტით. ამ საკითხზე მსჯელობისას კომისიამ ტერმინი „გონივრული ეჭვი“ შემდეგნაირად განმარტა: „გონივრული ეჭვი გულისხმობს არა ეჭვს, რომელიც ეფუძნება სუფთა თეორიულ შესაძლებლობას, ან ეჭვს რომელიც აღიძრება არასასურველი დასკვნების თავიდან ასარიდებლად, არამედ ეჭვს, რომლის მიზნებიც შეიძლება დადგინდეს საქმეზე წარმოდგენილი ფაქტებიდან.“¹⁴ ირლანდია გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ საქმეზე მსჯელობისას კომისიამ დამატებით განმარტა, რომ გონივრულ ეჭვს მიღმა მტკიცება უნდა ეფუძნებოდეს საკმარისად ძლიერი, გასაგები და თანმიმდევრული დასკვნების ერთობლიობას, ან მსგავსად უტყუარ ფაქტებს. კომისიას არ წარმოუდგენია მის მიერ გაკეთებული განმარტების დასაბუთება, თუმცა აღნიშნული მიდგომა შემდგომში დამკვიდრებული იქნა პრაქტიკაში.

კრისტოფ ენგელსი თავის ნაშრომში „მტკიცებულებათა ძალა შინაგანი რწმენის წინააღმდეგ“, განიხილავს გერმანიის უზენაესი სასამართლოს განმარტებას შინაგანი რწმენის შესახებ: „გერმანიის უზენაესი სასამართლოს განმარტებით მოსამართლე არ შეიძლება დაკმაყოფილდეს ალბათობის უბრალო შეფასებით. საკმოდ მაღალი ალბათობაც კი ვერ იქნება მისაღები. თავდაპირველად წარმოშობილი ვარაუდი და ეჭვი მოსამართლისთვის დასაშვები და მისაღებია, მაგრამ მოსამართლემ უნდა გადალახოს იგი არა მხოლოდ სამართლებრივი შეხედულებებით, არამედ სამართლებრივი ინტუიციითაც. ეს არის მოსამართლისადმი ემპირიული მოთხოვნა. მისივე განმარტებით უმთავრესი ფაქტორია: „The crucial feature is the psychological state of taking a fact for true.“ ანუ მოსამართლის ფსიქოლოგიური მდგომარეობა მიიღოს და აღიქვას ფაქტები ჭეშ-

13 ქ.ბათუმი 22.01.2015 წ. გვ 17-18. ჭანტურიძე.რ თბილისი 2019 წ. ჟურნალი „საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებანი სისხლის სამართლის საქმეებზე.“ N1-3. გვ 56.

14 Dimitrievski Z. Dragicevic-Dicic R. Gallo G. Skopje 2016. DOUBT IN FAVOUR OF THE DEFENDANT, GUILTY BEYOND REASONABLE DOUBT (Comparative study) st-124-125. <https://www.osce.org/mission-to-skopje/345461?download=true>

მარიტებად. ეს ტესტი ემყარება რწმენას, გამოცდილებას და ინტუიციას.¹⁵

ამერიკის შეერთებული შტატების სასამართლო გადაწყვეტილებების ანალიზი ცხადყოფს, რომ სახეზეა უთანხმოება სხვადასხვა რგოლის სასამართლოებს შორის იმასთან დაკავშირებით თუ რას გულისხმობს ტერმინი „გონივრული ეჭვი“ და უნდა თუ არა განმარტოს ნაფიც მსაჯულს მისი მნიშვნელობა.

ფედერალური და ცალკეული შტატების სასამართლოები ვერ შეთანხმდნენ გონივრულ ეჭვს მიღმა მტკიცების არსი მოიცავს თუ არა ტერმინ „გონივრული ეჭვის“ ჟიურისთვის განმარტების აუცილებლობას. სასამართლო სისტემაში განვითარდა განსხვავებული მოსაზრებები იმასთან დაკავშირებით, რომ სასამართლოს მიერ გაკეთებული ტერმინის განმარტება განმანათლებლური თუ პირიქით, დამაბნეველი შეიძლება იყოს.

სასამართლოების ნაწილში მიიჩნევა, რომ ტერმინ „გონივრული ეჭვის“ განმარტება აუცილებელია. მესამე, მეოთხე, მეხუთე და კოლუმბიის საოლქო ფედერალური დონის სასამართლოებში მოსამართლის შეცდომად მიიჩნევა თუკი ის ნაფიც მსაჯულებს უარს ეტყვის ტერმინ „გონივრული ეჭვის“ განმარტებაზე. მეცხრე საოლქო სასამართლოში მიიჩნევა, რომ ჟიურის უნდა მიეცეს ტერმინ „გონივრული ეჭვის“ განმარტება მხოლოდ რთული საქმის შემთხვევაში. ამავე სასამართლოს მოსაზრებით თუკი საქმე „მარტივია“, საქმის განხილველ მოსამართლეს ეძლევა დისკრეცია უარი თქვას განმარტების მიცემაზე. რაც შეეხება ცალკეულ შტატებს, ფლორიდის, აიდაჰოს, ინდიანას, მერილენდის, ნიუ ჯერსის და ვაშინგტონის სასამართლოებში მიიჩნევა, რომ ჟიურის შეიძლება მიეცეს განმარტება მხოლოდ ცალკეულ შემთხვევებში. ზოგიერთ შტატში, მაგალითად კალიფორნიაში, ნევადაში და ოჰაიოში სასამართლოებს

აქვთ წესდებები, სადაც მოყვანილია ტერმინების, მათ შორის „გონივრული ეჭვის“ განმარტება ნაფიც მსაჯულებისთვის.

სასამართლოები, რომლებიც მოითხოვენ „გონივრული ეჭვის“ განმარტებას ეყრდნობიან საქმეს ვინშიპი შეერთებული შტატების წინააღმდეგ, აღნიშნულ საქმეზე აშშ-ს საკონსტიტუციო სასამართლომ დაადგინა, რომ გონივრულ ეჭვს მიღმა მტკიცება არის ფუნდამენტური, საკონსტიტუციო მოთხოვნა და სისხლისსამართლებრივი მართლმსაჯულების ქვაკუთხედი. თუმცა არსებობენ სასამართლოები, რომლებშიც ტერმინ „გონივრული ეჭვის“ განმარტება აკრძალულია. მაგალითისთვის სააპელაციო ინსტანციის მეოთხე, მეხუთე და მეშვიდე საოლქო სასამართლოებში მიიჩნევენ, რომ სასამართლომ შეძლებისდაგვარად თავი უნდა აარიდოს ტერმინ „გონივრული ეჭვის“ ჟიურისთვის განმარტებისგან.

ილინოისის, მისისიპის, ტეხასის და ვაიომინგის შტატის სასამართლო პრაქტიკით ნაფიც მსაჯულების ინსტრუქციაში არაა მოცემული ტერმინის განმარტება. კენტუკის სასამართლოში კი ტერმინ „გონივრული ეჭვის“ განმარტების გაკეთება საერთოდ აკრძალულია.

აღნიშნული მიდგომის ახსნისას სასამართლო ხელმძღვანელობს აზრით ტერმინი „გონივრული ეჭვი“ თვითგანმსაზღვრელია, იგი გამოიყენება ყოფით ცხოვრებაში და ნაფიც მსაჯულს მის აღსაქმელად არ ესაჭიროება განმარტებები. აღნიშნული ტერმინის არასწორმა განმარტებამ კი შეიძლება პირიქით შეცდომაში შეიყვანოს ნაფიც მსაჯული, რითაც დაზიანდება მართლმსაჯულების ინტერესები.

არსებობს სასამართლოების მესამე კატეგორიაც, რომლებშიც არც მოითხოვება და არც იკრძალება ტერმინ „გონივრული ეჭვის“ ნაფიც მსაჯულებისთვის განმარტება და აღნიშნული საკითხი ღიადაა დატოვებული. ასეთი სასამართლოები სააპელაციო ინსტანციის მეორე საოლქო სასამართლო, ალასკის, არიზონის, კონექტიკუტის და ნებრასკის შტატის სასამართლოები.

15 Engel Ch. Bonn 2008. „Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction“ Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods. pg. 5 http://homepage.coll.mpg.de/pdf_dat/2008_33online.pdf

ამერიკელი კონსტიტუციონალისტები თავის მხრივ მიიჩნევენ, რომ ტერმინი „გონივრული ეჭვი“ ვერ იქნება გაგებული ნაფიცის მსაჯულის მიერ ყოველგვარი განმარტების გარეშე. ტერმინის განმარტება საკვებით შესაძლებელია და მნიშვნელოვანია ჟიურის მხრიდან გონივრული ეჭვს მიღმა სტანდარტის გასაზრებლად. ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე ნაფიც მსაჯულს ყოველთვის უნდა მიეცეს ტერმინის სათანადო განმარტება, ხოლო ასეთი მოთხოვნის დაუკმაყოფილებლობა უნდა ჩაითვალოს უხეშ შეცდომად.¹⁶

მიუხედავად ზემოთ აღნიშნულისა, ამერიკის შეერთებული შტატების მასაჩუსეტის შტატის უმაღლესმა სასამართლომ, ჯორჯ პარკმანის მკვლელობის საქმის განხილვისას გააკეთა შემდეგი განმარტება: „რაში მდგომარეობს გონივრული ეჭვი? მტკიცებულებათა სრული გამოკვლევისა და შედარების შემდეგ მსაჯულთა გონება უნდა მივიდეს იმ მდგომარეობამდე, რომ მათ ვერ თქვან, რომ ისინი გრძობენ მუდმივ თვითრწმენას მორალური თვალსაზრისით ბრალეულობის ქვეშატიტებაში. რადგან არსაკმარისია დადგინდეს თუნდაც მაღალი ალბათობით გამომდინარეობდეს შანსების დოქტრინიდან, რომ ბრალდება უფრო მეტად იქნება სიმართლე ვიდრე პირიქით, მტკიცებულებებმა უნდა დაადგინონ ფაქტების ქვეშატიტება გონივრული და მორალური რწმენის შესაბამისად.“¹⁷

ნაფიცის მსაჯულებისთვის განკუთვნილ ერთ-ერთ ინსტრუქციაში ვკითხულობთ: „გონივრული ეჭვი არის ეჭვი, რომელიც ეფუძნება მიზეზს და საღ აზრს. ეს არის ეჭვი, რომელიც უჩნდება გონიერ ადამიანს ყველა მტკიცებულების საგულდაგულოდ შეფასების შემდეგ. ეს არის ეჭვი რომელიც გონიერ ადამიანს დააბრკოლებს მისი პირადი ცხოვრებისთვის მნიშვნელოვანი საკითხების

გადაწყვეტისას... გონივრული ეჭვი არ არის კაპრიზი ან ახირება, არ არის სპეკულაცია ან ეჭვი. ის არ არის საპატიო მიზეზი არასასიამოვნო მოვალეობისგან თავის ასარიდებლად და ის არ არის სიმპათია.¹⁸

საინტერესოა რწმენის განმარტება ბიბლიის მიხედვით, კერძოდ: „ხოლო რწმენა არის უეჭველობა იმისა, რასაც მოველით, და წვდომა უხილავისა.“¹⁹ ბიბლიის მიხედვით „რწმენა-სმენისგან“ შეიქმნება. თუკი ბიბლიურ განმარტებას მცირეოდენ ინტერპრეტაციას მივცემთ შეიძლება დავასკვნათ, რომ რწმენა მიღებული ინფორმაციის ანალიზით შექმნილი საფუძვლიანი მოლოდინია, რათა უხილავად იქნას შეცნობილი ქვეშატიტება. როგორც ვხედავთ აღნიშნულ განმარტებასა და მოსამართლის მიერ შინაგანი რწმენის საფუძვლებზე განაჩენის დადგენასთან მიმართებით საკმაოდ კარგი პარალელის გავლებაა შესაძლებელი. მოსამართლე არ არის დანაშაულის თვითმხილველი, მაგრამ სწორედ „მოსმენილის“ საფუძვლებზე უნდა მოხდეს „წვდომა უხილავისა“ და შესაბამისი გადაწყვეტილების მიღება.

უძველესი დროიდან მოყოლებული თემიდას სასწორი თავისი არსით წარმოადგენდა სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების მიღების პროცესის უნივერსალურ განსახიერებას. აღნიშნული მეტაფორის მიხედვით, სასამართლო/მოსამართლე, მოქმედებს მიუკერძოებლად, კანონის შესაბამისად, იგი გულდასმით აკვირდება საქმესთან დაკავშირებით მისთვის ხელმისაწვდომ ინფორმაციას, აფასებს მას განსახილველ საკითხისადმი მისი მნიშვნელობის (რელევანტურობის) მიხედვით და ბოლოს იყენებს აღნიშნულ ინფორმაციას გადაწყვეტილების მისაღებად. საზოგადოებაში გაბატონებულია აზრი, რომ გადაწყვე-

16 Henry A. Diamond, Reasonable Doubt: To Define, or Not to Define, Columbia Law Review Vol. 90, No. 6 (Oct., 1990), pp. 1716-1736 <https://www.jstor.org/stable/1122751?read-now=1&seq=2>

17 COMMONWEALTH vs. JOHN W. WEBSTER 5 Cush. 295, 59 Mass. 295, Supreme Judicial Court of Massachusetts, March 1850. <http://masscases.com/cases/sjc/59/59mass295.html>

18 Henry A. Diamond, Reasonable Doubt: To Define, or Not to Define, Columbia Law Review Vol. 90, No. 6 (Oct., 1990), pp. 1726 <https://www.jstor.org/stable/1122751?read-now=1&seq=11>

19 ბიბლია, პავლე მოციქულის ეპისტოლე ებრაელთა მიმართ თავი მეფერთმეტე (11:1) http://www.orthodoxy.ge/tserili/biblia_sruli/akhali/ebraelta/ebraelta-11.htm

ტილების მიღებისას მოსამართლე სწორედ ასეთი კოგნიტურად დაბალანსებულ ქმედებების განხორციელებას, ვინაიდან მოსამართლე სწორედ, რომ შეირჩევა მისი „საღი აზროვნების“ უნარის გათვალისწინებით. როგორც წესი მოსამართლის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება საჩივრდება არა იმიტომ, რომ ის არაადეკვატური ან მიკერძოებულია, არამედ იმ საბაბით, რომ კანონის გამოყენება მოხდა არასწორად, დაშვებულ იქნა პროცესუალური გადაცდომა ან შეცდომა სასამართლოზე წარმოდგენილი მტკიცებულებების სამართლებრივი შეფასებისას. თავად მოსამართლეები კი, თავის მხრივ, აბსოლუტურად დარწმუნებულები არიან თავიანთი გადაწყვეტილებების სისწორეში.

ჩვენ მიერ ნახსენები კოგნიტური პროცესები წარმოადგენს უმაღლეს ფსიქიკურ პროცესებს, რომელთა საშუალებითაც ხორციელდება ობიექტური სინამდვილის ფსიქიკაში ასახვა, კერძოდ, ინფორმაციის მიღება, გადამუშავება, ცოდნად გარდაქმნა და გამოყენება. ეს პროცესებია: შეგრძნება, აღქმა, ყურადღება, მეხსიერება, ენა და მეტყველება, აზროვნება და პრობლემის გადაწყვეტა. ხშირად მათ შემეცნებით პროცესებსაც უწოდებენ (რიჩარდ გერიგი, ფილიპ ზიმბარდო, ფსიქოლოგია და ცხოვრება. თბილისი, 2009, თსუ).

ამ მიმართულებით ჩატარებულმა კვლევებმა აჩვენეს, რომ გადაწყვეტილების მიღების პროცესში მოსამართლე ხშირად სცილდება კოგნიტურ ბალანსს, რომელიც ასე კარგადაა განსაზღვრებული მართლმსაჯულების სასწორით. შერჩევითი აღქმა, ყურადღება, მოწოდებული ინფორმაციის თანმიმდევრობა, შეზღუდული გამოთვლითი და მეხსიერების შესაძლებლობები, ყოველივე აღნიშნული მოქმედებს ადამიანის მიერ გადაწყვეტილების მიღების პროცესზე. ასეთ ვითარებაში ადამიანები მიმართავენ კოგნიტური აღქმისგან განსხვავებულ გადაწყვეტილების მიღების სტრატეგიებს. გარდა ზემოაღნიშნული ფაქტორებისა, ხელმისაწვდომი ინფორმაციის მოცულობა და სტრუქტურა, მისი სიჭარბე, ფორმატი, წარდგენის თანმიმდევრობა და გადაწყვე-

ტილების მისაღებად გამოყოფილი დროის სიმცირე, აგრეთვე ახდენენ ზემოქმედებას გადაწყვეტილების მიღების პროცესზე. ხამონდის კოგნიტური კონტუმის თეორიის მიხედვით, ჩამოთვლილი ფაქტორების ერთობლიობა ადამიანს აიძულებს უარი თქვას ანალიტიკურ აზროვნებაზე და გადავიდეს საკითხის გადაჭრის კვაზი-რაციონალურ ან ინტუიციურ მეთოდზე. აღნიშნული თეორია ემყარება ემპირიულ კვლევებს.

ბოლო ათწლეულების მანძილზე ჩატარდა არაერთი სამეცნიერო კვლევა სხვადასხვა დისციპლინაში, მათ შორის ფსიქოლოგიაში, იურისპრუდენციაში და კრიმინოლოგიაში, რომელთა შედეგების შეჯამებისას მივდივართ დასკვნამდე, რომ ხშირ შემთხვევაში სასამართლო გადაწყვეტილების გამოტანის პროცესი დაშორებულია რაციონალურობას, რომელიც წარმოდგენილია მართლმსაჯულების სასწორის სახით. მაგალითისთვის, კვლევებმა აჩვენეს, რომ სასამართლო გადაწყვეტილებაზე და მოსამართლის შინაგანი რწმენის ფორმირების პროცესზე გავლენას ახდენს მრავალი არასამართლებრივი ფაქტორი, რომლებიც ხშირ შემთხვევაში დაკავშირებულია მოსარჩელის, მოპასუხის ან ბრალდებულის პირად მახასიათებლებთან, როგორცაა, სქესი, რასა და ასაკი. აგრეთვე მიჩნეულია, რომ თავად მოსამართლის სქესი, რასა და ასაკი მოქმედებს მის გადაწყვეტილებაზე. კვლევებმა აგრეთვე აჩვენეს, რომ შინაგანი რწმენის ფორმირებაზე გავლენას ახდენენ მასმედიაში გავრცელებული ინფორმაცია, წინასწარ შექმნილი შეხედულებები და რწმენა. გავლენის მოხდენა შეუძლია არაკოგნიტურ ფაქტორებსაც, როგორცაა შიმშილის გრძნობა. ბოლოს, კვლევებმა აჩვენეს, რომ გადაწყვეტილების მიღებისას მოსამართლეები რიგ შემთხვევაში მიმართავენ მარტივ ე.წ. „პრაქტიკულ მეთოდებს“, შემოკლებულ გზას რთული ამოცანის გადასაჭრელად, რა დროსაც ხდება არსებული მნიშვნელოვანი ინფორმაციის იგნორირება.²⁰

20 Dhami, M. K., Belton, I. K., On getting inside the judge's mind, Translational Issues in Psychological

დასკვნა

როგორც ვხედავთ შინაგან რწმენასა და გონივრულ ეჭვს მიღმა სტანდარტთან მიმართებით, ჩამოყალიბებული ერთიანი შეხედულება და მკაფიო განმარტება არ არსებობს, თუმცა განხილული განმარტებების ანალიზითა და სინთეზით შეიძლება დავასკვნათ, რომ შინაგანი რწმენა, გამოკვლეულ მტკიცებულებათა საფუძველზე, ინდივიდის ცნობიერებაზე სუბიექტური და ობიექტური ფაქტორების ზემოქმედების შედეგად ჩამოყალიბებული ობიექტური ქვეშარტების ინდივიდუალური აღქმაა. რატომ უნდა შინაგანი რწმენის რაიმე ჩარჩოში მოქცევა, მისი აწონვა/გაზომვა და წინასწარ პროგნოზირება თითქმის შეუძლებელია, მაგრამ კანონმდებელმა უზრუნველყო იმ აუცილებელი კრიტერიუმების ჩამოყალიბება, რომელთაც უნდა აკმაყოფილებდეს მტკიცებულება, რათა მან მიიღოს მონაწილეობა შინაგანი რწმენის ჩამოყალიბების პროცესში, რითიც ერთგვარად, თუმცა არასრულად დააზღვია მართლმსაჯულება სუბიექტური გადაწყვეტილებების მიღებისაგან.

ბიბლიოგრაფია:

1. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი;
2. საფრანგეთის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი;
3. ბიბლია, პავლე მოციქულის ეპისტოლე ებრაელთა მიმართ თავი მეთერთმეტე.
4. თუმანიშვილი გ. თბილისი 2014 წ. სისხლის სამართლის პროცესი (ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა);
5. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს, პირველი კოლეგიის №1/1/548 გადაწყვეტილება. ქ.ბათუმი 22.01.2015 წ;
6. ჭანტურიძე რ. თბილისი 2019 წ. ჟურნალი „ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებანი სისხლის სამართლის საქმეებზე.“ N1-3;
7. Вышинский А.Я. Москва 1950 г. „Теория судебных доказательств в советском праве“;
8. Строгович М. С. Москва 1968 г. „Курс советского уголовного процесса“;
9. Горский Г. Ф., Кокорев Л.Д, Элькинд П.С. Воронеж 1978 г. „Проблемы доказательств в советском уголовном процессе“;
10. Снегирев Е. А. Воронеж 2002 г. диссертация „Оценка доказательств по внутреннему убеждению“;
11. Dimitrievski Z. Dragicevic-Dicic R. Gallo G. Skopje 2016. DOUBT IN FAVOUR OF THE DEFENDANT, GUILTY BEYOND REASONABLE DOUBT (Comparative study);
12. Engel Ch. Bonn 2008. „Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction“ Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods;
13. Henry A. Diamond, Reasonable Doubt: To Define, or Not to Define, Columbia Law Review Vol. 90, No. 6 (Oct., 1990);
14. COMMONWEALTH vs. JOHN W. WEBSTER 5 Cush. 295, 59 Mass. 295, Supreme Judicial Court of Massachusetts, March 1850;
15. Dhami, M. K., Belton, I. K., On getting inside the judge's mind, Translational Issues in Psychological Science Journal, 3(2), (2017).

INNER CONVICTION AND KEY FACTORS IN ITS FORMATION

Irakli Nadareishvili

The Head of the Department to Investigate Offences Committed in the Course of Legal Proceedings of the Office of the General Prosecutor of Georgia, PhD student at the Caucasus International University Affiliate Assistant at the Higher Education Institute Millennium

Jemal Lomsadze

Prosecutor of the Department to Investigate Offenses Committed in the Course of Legal Proceedings of the Office of The General Prosecutor of Georgia, Master of Laws

KEYWORDS: Inner conviction, Reasonable doubt, Judgment

RESUME

The issue of clarification/wording of the standard of inner conviction and reasonable doubt of a judges/jurors when passing a verdict has not lost its relevance until today. There is no consensus among scholars about the issue. Considering the fact that it is impossible to fit inner conviction into any framework, to assess and predict it in practice, the debate on the influence and significance of subjective factors in the formation of inner conviction is still in progress. The present Article analyzes the views and opinions of scholars on both continental and Anglo-American law, as well as court explanations on this issue. Additionally, a new interpretation of inner conviction was developed and presented through the application of the methods of analysis and synthesis, namely: inner conviction is an individual perception of objective truth formed by the influence of subjective and objective

factors on the consciousness of the person, generalization of different opinions, and we hope based on the assessed evidence. We believe that it will give rise to interesting echoes among that the above explanation is innovation and theorists and practitioners.

BIBLIOGRAPHY:

1. Criminal Procedure Code of Georgia.
2. Criminal Procedure Code of France.
3. The Bible, Epistle of the Apostle Paul to the Hebrews, chapter eleven.
4. Tumanishvili G., Tbilisi, 2014, Criminal Proceedings (Review of General Section).
5. Constitutional Court of Georgia, Decision N1/1/548 of the First Panel. Batumi, 2015
6. Chanturidze R., Tbilisi, 2019, Journal "Decisions of the Supreme Court of Georgia on Criminal Cases", N1-3.
7. Vyshinsky A.Ya., Moscow 1950, Theory of Judicial Evidence in Soviet Law.
8. Strogovich M.S. Moscow 1968, The course of the Soviet criminal trial.
9. Gorsky G.F., Kokorev L.D., Elkind P.S., Voronezh 1978, Problems of evidence in the Soviet criminal trial.
10. Snegirev E.A., Voronezh 2002, dissertation "Assessment of evidence on internal conviction".
11. Dimitrievski Z. Dragicevic-Dicic R. Gallo G. Skopje DOUBT IN FAVOUR OF THE DEFENDANT, GUILTY BEYOND REASONABLE DOUBT (Comparative study).
12. Engel Ch. Bonn 2008, „Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction“ Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods.
13. Henry A. Diamond, Reasonable Doubt: To Define, or Not to Define, Columbia Law Review Vol. 90, No. 6 (Oct., 1990);
14. COMMONWEALTH vs. JOHN W. WEBSTER 5 Cush. 295, 59 Mass. 295, Supreme Judicial Court of Massachusetts, March 1850;
15. Dhami, M. K., Belton, I. K., On getting inside the judge's mind, Translational Issues in Psychological Science Journal, 3(2), (2017).

მედიაცია ქართულ ისტორიულ წყაროებში, მისი უპირატესობები, შესაძლო ნაკლოვანებები და სამართლებრივი რეგულირება, როგორც მათი აღმოფხვრის საშუალება

ანა გურიელი

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის სამართლის
ფაკულტეტის აფელირებული ასისტენტი,
სამართლის დოქტორი, ადვოკატი

საკვანძო სიტყვები: ისტორია, დავა, გადაწყვეტა

შესავალი

საქართველოში, მედიაციის ინსტიტუციონალიზაციის პროცესში, მედიაციის მედიაციის შესახებ კანონპროექტის შემუშავებისა და 2019 წელს მისი მიღების ფაქტი, შესაძლებელია განისაზღვროს, როგორც ეროვნული ინსტიტუტის დაახლოების მცდელობა დემოკრატიულ ღირებულებებზე ორიენტირებულ სტანდარტებთან. აღნიშნული კანონის შემუშავება უპირობოდ უმნიშვნელოვანესი ფაქტია, რაც თავის მხრივ, ადასტურებს ინსტიტუტთან დაკავშირებული ფუძემდებლური საკითხების სამართლებრივი მოწესრიგების უზრუნველყოფის მიმართულებით მუშაობის გაგრძელების აუცილებლობას. ხშირად ხომ კანონები ვერ აღწევს სასურველ შედეგს და მხოლოდ ცალკეული სამართლის ინსტიტუტის

დამკვიდრების სურვილის დეკლარირებას ახდენს.¹

თუმცა, მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული ინსტიტუტის და ტერმინ „მედიაციის“ არსებობა ქართულ ისტორიულ წყაროებში, არ არის უცხო, საქართველოში მედიაცია განიხილება როგორც ახალი ინსტიტუტი, ეჭვები გამოითქმის მისი შესაძლო წარმატების ხარისხთან მიმართებითაც. ყურადღების მიღმა დარჩენილი მასთან დაკავშირებული რიგი სამართლებრივი საკითხები. საკმარისად არ არის შესწავლილი მისი უპირატესობები, კრიტიკოსთა მითითებები შესაძლო ნაკლოვანებების შესახებ და მათი აღმოფხვრის საშუალებები.

აღნიშნულის გათვალისწინებით, ნაშრომის მიზანია წარმოჩინდეს ქართულ ისტორიულ რეალობაში მედიაციის ინსტიტუტის არსებობა, რაც თავის მხრივ, მომავალში მნიშვნელოვნად განსაზღვრავს მედიაციის ინსტიტუციონალური განვითარების პერსპექტივებს, სახელმწიფოს მასშტაბით მოქმედ, მართმსაჯულების განმახორციელებელ ერთიან ჯაჭვში; განსაზღვროს, მედიაციის, როგორც ინსტიტუტის, შესაძლო დადებითი შედეგები, კრიტიკოსთა მოსაზრებები მის ნაკლოვანებებთან მიმართებით და მათი აღმოფხვრის გზები.

ნაშრომის მეთოდოლოგიურ საფუძვლად გამოიყენება როგორც ზოგადმეცნიერული – ისტორიული, აგრეთვე, სპეციალური – ნორმატიული და შედარებითსამართლებრივი კვლევის მეთოდები.

1. მორიგებითი დავების გადაწყვეტის გამოცდილება ქართულ სამართალში, როგორც მედიაციის ინსტიტუციონალიზაციის ისტორიული წინაპირობა

მედიაცია ქართული სინამდვილისათვის ნოვაციად არ შეიძლება ჩაითვალოს,

1 კერესელიძე დ., 2003. ჯეპლაკის საქმიანობა იურიდიულ ცნებათა ერთიანი სისტემის ჩამოყალიბება, ქართული სამართლის მიმოხილვა, N 4, გვ. 444.

ვინაიდან, ისტორიულად, საქართველოში სადავო საკითხის გადასაწყვეტად ხშირად მიმართავდნენ ავტორიტეტულ პიროვნებას.² საერთო კანონზომიერებაა, რომ სასამართლო წარმოებას, განვითარების პირველ საფეხურზე, აქვს მხარეთა შემრიგებლური, სამედიატორო ხასიათი. მას შემდეგ, რაც სახელმწიფო წარმოიშვა, სახელმწიფოს სახელით მოქმედი მოსამართლის საქმიანობა მოგვაგონებდა შუამავლის მოქმედებას.³ დადგენილია, რომ სასამართლოების უძველესი ფორმა სამედიატორო სასამართლო იყო. ასეთი სასამართლოები მოქმედებდა გვაროვნული წყობილების პერიოდში. ამრიგად, სამედიატორო სასამართლოს ძირითადი დანიშნულება იყო მხარეთა მშვიდობიანი მორიგება.⁴

ცნობილია, რომ აღმოსავლეთ საქართველოში, რუსეთთან შეერთების წინ, გამოიყენებოდა ბჭეთა ანუ მედიატორობა სასამართლო. ბჭეები მხარეების მიერ არჩეული მოსამართლეები იყვნენ, რომლებიც მხოლოდ ჩვეულებითი სამართლის მიხედვით განიხილავდნენ დავებს. მხარეებს შეეძლოთ აერჩიათ ორ-ორი, სამ-სამი ან მეტი ბჭე. ბჭეები საქმეებს განიხილავდნენ სანივთო ურთიერთობების სფეროში, ვალდებულებით დავებს ურთიერთანგარიშსწორების შესახებ, მემკვიდრეობით დავებს. ბჭეთა სასამართლო ყოველთვის კოლეგიალური იყო. იგი ჩვეულებით სამართალს ეყრდნობოდა, ბჭე-მედიატორობა სასამართლოს გადაწყვეტილება გასაჩივრებას არ ექვემდებარებოდა. თუმცა, ეს არ გამორიცხავდა საქმის ხელმეორედ განხილვის შესაძლებლობას. სასამართლო პროცესი, როგორც წესი, მიმდინარეობდა ზეპირად, წერილობითი სახით გადაწყვეტილებათა გაფორმება სავალდებულო არ იყო. ამასთან, ბჭედ შესაძლებელია არჩეუ-

2 ცერცვაძე ვ., 2013. მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი თბილისი, გვ. 132.
3 ნადარეიშვილი გ., 2005. ქართული სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორია, თბილისი, გვ. 59.
4 მეტრეველი ვ., 2009. ქართული სამართლის ისტორია, თბილისი, გვ. 395.

ლიყო ნებისმიერი პირი, როგორც საერო, ისე სასულიერო.⁵

ნიშანდობლივია, რომ „ბეჟა აღბუღას სამართლის წიგნი“, რომელიც შედგენილია XIII-XIV საუკუნეებში და შეტანილია ვახტანგ VI-ის სამართლის წიგნთა კრებულში (ვახტანგ ბატონიშვილის ბრძანებით შექმნილი საკოდიფიკაციო კომისიის მიერ 1705-1708 წლებში შედგენილი კანონთა კრებული. კრებულის მეშვიდე ნაწილს შეადგენს „სამართალი ბატონიშვილის ვახტანგისა“, რომელიც შეიცავს შესავალსა და 270 მუხლს) მე-6 ნაწილად მიუთითებს „შუათაბრჭობის“ შესახებ, რაც მკვლევართა შეფასებით, შუაკაცთა მეშვეობით შეთანხმების მიღწევას და დაზავებას გულისხმობს. „შუადასხმულნი“, „შუაეთაშესვლით“, „შუათადახედვით“ – ეს ის ტერმინებია, რომლებიც არა სამეფო ხელისუფლების ნების გამომხატველ, არამედ, იმ არასამართლო ფუნქციის მატარებელ პირთა აღსანიშნავად გამოიყენება, ვისაც მხარეები ირჩევენ კონკრეტული საქმის განსახილველად.⁶ ბჭის საქმიანობა ბეჟა-აღბუღას სამართალში ბჭობად ან განბჭობად იწოდება.⁷

ამავე – ვახტანგ VI-ის სამართლის წიგნში შემავალი ბერძნული სამართლის ქართული ვერსიაც იცნობს მედიატორს, ბჭის სახელწოდებით: „უკეთუ ორსა კაცსა საჩივარი ჰქონდეს მოსამართლესთანა და არც ხელმწიფისა, არც პატრიარქისა, არც მიტროპოლიტისა, არც მოსამართლის საჩივარი და სამართალი არ მოინდომონ, და იმ ორთა ერთი კაცი გამოირჩიონ და იმასთან მივიდნენ, მოახსენონ, რომე ერთი საჩივარი გვაქვსო და რომელსაც თქვენ სამართალს გუიზამ, იმას ვჭერვართო, იმ მოსამართლეს ეწოდების ბჭე“ (მუხლი 136).⁸ ივანე

სურგულაძეც მიიჩნევს, რომ ვახტანგის სამართლის წიგნში, განსხვავებული შინაარსით არის ნახსენები მოსამართლე და ბჭე. ავტორი მიუთითებს სამართლის წიგნის მე-3 მუხლზე, სადაც საუბარია მოსამართლეზე და 215-ე მუხლზე, სადაც საუბარია ბჭეზე. ივანე სურგულაძის მოსაზრებით, 215-ე მუხლში კანონმდებელი ბჭეს ეხება და მის საქმიანობას განსხვავებულად აღწერს, ვიდრე მოსამართლის საქმიანობას: „მაშასადამე, ბჭე გაგებულია აქ როგორც შუამავალი მედიატორე“ – ამტკიცებს იგი.⁹

მიხეილ კეკელიას მიაჩნია, რომ ვინაიდან, ბერძნული სამართლის მთარგმნელად კვიპრიანე სამთავნელი ითვლება (ერისკაცობაში კობმა არაგვის ერისთავი), მას, როგორც ჩვეულებითი სამართლის ფართოდ გამოიყენებელი კუთხის მკვიდრს, კარგად უნდა სცოდნოდა მოდავეთა მიერ ამორჩეული სასამართლოს იურიდიული ბუნება და მისი სახელწოდებაც. ამიტომ 136-ე მუხლში აღწერილი ბერძნული აირეტოსკრიტე თარგმნა არა სიტყვასიტყვით – „გამორჩეული მოსამართლე“, არამედ, ქართველ მთიელთა ჩვეულებით სამართალში დამკვიდრებულ ბჭედ.¹⁰

მე-19 საუკუნის ძეგლში – „საქართველოს ჩვეულებითი სჯული“, აგრეთვე, საუბარია ბჭე მედიატორების ინსტიტუტზე.¹¹ ისიდორე დოლიძე, იკვლევს რა „ჩვეულებით სჯულს“, აღნიშნავს, რომ მე-60 მუხლში მითითებულია მოსამართლეთა სხვადასხვა კატეგორია: მედიატორი, ბჭე, მოსამართლე. ხაზგასასმელია, რომ მედიატორის ამორჩევა ხდებოდა მხარეთა მიერ. მოსამართლეთა დანიშვნა კი ხელმწიფის ბრძანებით.¹²

5 მეტრეველი ვ., 2009. ქართული სამართლის ისტორია, თბილისი, გვ. 410.

6 ტყემალაძე ს., 2016. მედიაცია საქართველოში: ტრადიციიდან თანამედროვეობამდე, თბილისი, გვ. 16.

7 ონიანი ს., 2013. „ტერმინ „ბჭის“ მნიშვნელობისათვის ძველ ქართულ სამართალში“, თსუ იურიდიული ფაკულტეტის სამართლის ჟურნალი #2, გვ. 16.

8 ონიანი ს., 2013. „ტერმინ „ბჭის“ მნიშვნელობისათვის ძველ ქართულ სამართალში“, თსუ იურიდიული

9 ფაკულტეტის სამართლის ჟურნალი #2, გვ. 16-17. სურგულაძე ი., 1952. საქართველოს სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიისათვის, თბილისი, გვ. 346-347.

10 კეკელია მ., 1973. ტერმინ ბჭის შინაარსისათვის ქართული სამართლის წიგნებში, საქართველოს სსრ მეცნიერებათა აკადემიის მაცნე, №4, თბილისი, გვ. 166.

11 ცერცვაძე გ., 2013. მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი თბილისი, გვ. 15.

12 დოლიძე ი., 1960. საქართველოს ჩვეულებითი სჯული, თბილისი, გვ. 133-134.

მნიშვნელოვანია ასევე მიეთითოს ილია ჭავჭავაძის მოსაზრება მედიაციის თვისობრივი მახასიათებლებისა და სოციალური მნიშვნელობის შესახებ. რამდენადაც ცნობილია, კავკასიაში 1868 წელს გატარდა სასამართლო რეფორმა. ეს პერიოდი ცნობილია იმითაც, რომ ამ დროს, ილია ჭავჭავაძე მოღვაწეობდა ჯერ, როგორც მომრიგებელი, შუამავალი, (შუაკაცად, როგორც თვითონ უწოდებს) და რეფორმის შემდგომ, როგორც მომრიგებელი მოსამართლე.¹³ ინსტიტუტთან დაკავშირებით, ილიას მიდგომას ნათლად წარმოაჩინეს 1886 წლის 19 აპრილს გაზეთ „ივერიაში“ გამოქვეყნებული სტატია „მომრიგებელი სასამართლოების შესახებ“, სადაც ის დიდი მნიშვნელობის მქონედ აფასებს ოცდაათი მომრიგებელი მოსამართლის დამატებას ქართული მართლმსაჯულებისათვის. კერძოდ, ავტორი წერდა: „რაც უფრო ცხოვრება წინ მიდის, ურთიერთობა კაცთა შორის მით უფრო რთული ხდება, ალებ-მიცემობა ცხოველდება და მომრიგებელის სასამართლოს მნიშვნელობაც ჰმატულობს. სასამართლოს საქმეები ემატება და მცირე რიცხვი სასამართლოებისა ვეღარ აკმაყოფილებს ადგილის მართლმსაჯულების საჭიროებას. ხალხს სწრაფი და მარტივი, უფორმალურო სამართალი სჭირია. დარღვეულ უფლებასა მსწრაფლ აღდგინება უნდა“.¹⁴

აღნიშნული გარემოებების გათვალისწინებით დგინდება, რომ საქართველოს ისტორიაში მორიგებისა და მედიაციის ინსტიტუტის ერთგვარი გამოცდილება არსებობს. აქედან გამომდინარე, დროთა განმავლობაში მასთან დაკავშირებული საკითხების საკანონმდებლო დონეზე სრულყოფილი რეგულირება, ერთგვარ კანონზომიერებად უნდა შეფასდეს.

2. მედიაციის უპირატესობები

მათთვის, ვისაც უყვარს გამოწვევები, მედიაციაში ჩართულობა ბუნებრივი მოწოდებაა.¹⁵ მედიაცია მოლაპარაკების მცდელობაა, სადაც ნეიტრალური პირი – მედიატორი დაპირისპირებულ მხარეებს ან/და მათ წარმომადგენლებს ეხმარება კონფლიქტის ურთიერთსასარგებლო შეთანხმებით დასრულებაში. ის შეთანხმების პირობებზე გავლენას არ ახდენს, მედიაციის პროცესს უძღვება და მონაწილე მხარეებს ეხმარება შეთანხმებას მიაღწიონ უფრო სწრაფად, ვიდრე ისინი ამას დამოუკიდებლად შეძლებდნენ. ამასთან, მედიატორი წარმოადგენს დამოუკიდებელ, მიუკერძოებელ პირს, რომელიც მხარეებს ეხმარება კონსენსუსის მიღწევაში. მედიაციის მთავარი არსი და დანიშნულება, რაც მისი გამოვლინების ნებისმიერი ფორმის შემთხვევაში დომინირებს გახლავთ ის, რომ აღდგეს და შენარჩუნდეს ის ურთიერთობები, რაც მხარეთა შორის არსებობდა. აქედან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ მედიაციის ერთ-ერთი მიზანი სოციალურია და წარმოადგენს უპირატესად ადამიანური ურთიერთობების შენარჩუნებას.¹⁶ მედიაციაში მთავარი არის კონკრეტულ ინტერესებზე აქცენტირება და მხარეების კონცენტრაცია აღნიშნული მიმართულებით (Harvard Concept).¹⁷ მედიატორები ცდილობენ მშვიდობის უზრუნველყოფას, არიან გარკვეული ქარიზმის მატარებელი, რაც მხარეებს აღუძრავს მორიგების სურვილს. ამასთან, მათი როლი კომპლექსურია. ერთის მხრივ, პროცესუალური თვალსაზრისით, ისინი ცენტრალურ ფიგურას უნდა წარმოადგენდნენ, ხოლო მეორეს მხრივ, საქმის შედეგებზე გავლენას არ უნდა ახდენდნენ, რაც მედიაციის ერთ-ერთი არსებითი პრინციპია.¹⁸

13 ტყემალაძე, ს., 2016. მედიაცია საქართველოში: ტრადიციიდან თანამედროვეობამდე, თბილისი, გვ. 18.
 14 ჭავჭავაძე ი., 1886. მომრიგებელი სასამართლოების შესახებ, გაზეთი ივერია #86, თბილისი.

15 Hoffman, D., 2002. Paradoxes of Mediation, Dispute Resolution Magazine, p. 23.
 16 ცერცვაძე ვ., 2013. მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბილისი, გვ. 11.
 17 Fisher R., Ury W., 1993. Getting To Yes: Negotiating Agreement without Giving In, p. 59.
 18 Hoffman, D., 2002. Paradoxes of Mediation, Dispute

ამასთან, მედიაციას შეუძლია განახორციელოს არამხოლოდ კონკრეტული პირების ცნობიერების ტრანსფორმაცია ყოველი ინდივიდუალური საქმისწარმოების პირობებში, არამედ, მოახდინოს საზოგადოების დამოკიდებულების შეცვლა დავის გადაწყვეტის საშუალებებთან მიმართებით.

მედიაციის დადებითი ნიშანია ისიც, რომ მისი წარმატებული დასრულება ნიშნავს ორივე მოდავე მხარის „მოგებულ პოზიციას“, მაშინ, როდესაც დავის ტრადიციული გადაწყვეტის საშუალებები ეფუძნება პრინციპს „მოგება-წაგება“, რაც ერთი-ერთი მხარის არახელსაყრელ მდგომარეობაში უპირობო აღმოჩენას ითვალისწინებს.¹⁹ გასათვალისწინებელია ისიც, რომ იმ შემთხვევაშიც კი, თუ მედიაცია არ დასრულდება შეთანხმებით, მისმა მართებულმა განვითარებამ შესაძლებელია ზეგავლენა იქონიოს დამკვიდრებული ატმოსფეროს შეცვლასა და შემდგომი საპროცესო მოქმედებების მეტად ხელსაყრელ მსვლელობაზე.²⁰

ამასთან, მედიაციის პოპულარობა არსებითად განსაზღვრა მისმა ეთიკურ პრინციპებზე დაფუძნებულ პროცესად ფორმირებამ,²¹ რაც შესაძლებელია გახდეს საზოგადოების ნდობის ზრდის საფუძველი, მისი, როგორც საკანონმდებლო დონეზე მხარდაჭერილი ინსტიტუტის მიმართ.

3. მედიაციის შესაძლო ნაკლოვანებები და მათი აღმოფხვრის გზები

მედიაციის მოწინააღმდეგეთაგან, ხშირად გამოითქმის მოსაზრებები, რომ მოლაპარაკების წარმოება ყოველთვის არ შეიძლება იყოს საუკეთესო არჩევანი. ზო-

- Resolution Magazine, p. 25.
- 19 Bannink F., 2008. Solution Focused Mediation, Trial Excellence, p.13.
- 20 Hughes P., 2001. Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion, Windsor Yearbook of Access to Justice, p. 177.
- 21 Sherill J., 2012. Ethics for lawyers representing clients in mediation, Americal journal for mediation, p. 29.

გიერთ შემთხვევაში, მხარეთა ინტერესების დაკმაყოფილებისათვის, საუკეთესო გადაწყვეტა უნდა იყოს არა მორიგება, არამედ მათი დავის მესამე პირის (მოსამართლის ან არბიტრის) მიერ გადაწყვეტა.²² მათი განცხადებით, მედიაცია ვერ იქნება წარმატებული ვერც არათანასწორი მხარეების დავის შემთხვევაში.²³

აგრეთვე ჩამოყალიბებულია მოსაზრება იმასთან დაკავშირებით, რომ მედიაციის დამკვიდრებამ, შესაძლებელია მოახდინოს მართლმსაჯულების „პრივატიზაცია“ და მართლმსაჯულების განხორციელების კერძო პირთა ხელში აღმოჩენა, რითაც საფრთხე შეექმნება სამართლის სისტემის ნორმალურ ფუნქციონირებას, რაც ერთი მხრივ, წარმოადგენს გარკვეულ საფრთხეს, თუმცა აღნიშნული უფრო ჰიპოთეტურ მოსაზრებად უნდა იქნეს მიჩნეული და მსგავსი იდეების გამავრცელებელთა ნაკლებ ინფორმირებულობით უნდა აიხსნას მედიაციის შესახებ, ვიდრე მედიაციის უარყოფით მხარედ იქნეს მიჩნეული, რადგან დავის ალტერნატიული საშუალების ამ მექანიზმის სწორი დანერგვა ნებისმიერ სახელმწიფოში, ისევე როგორც მის შესახებ საზოგადოების სრული ინფორმირებულობა აღნიშნულ რისკებს მინიმუმამდე დაიყვანს.²⁴

მოსაზრებები გამოთქმულია იმის შესახებაც, რომ მედიაცია სასამართლოს ხელს უშლის განმარტოს სამართლის ნორმები, ვერ უზრუნველყოფს სამართლიანობის დამკვიდრებას და მეტიც – შესაძლებელია ეწინააღმდეგებოდეს სამართლებრივი სახელმწიფოს ჩამოყალიბების იდეას. კრიტიკოსთა შორის იყო იელის უნივერსიტეტის პროფესორი ოვენ ფიზი, რომელმაც 1984 წელს იელის უნივერსიტეტის სამა-

- 22 Glick T., 2012. Creative Mediation, North Charleston, p. 99.
- 23 Leviton S. C., Greenstone J. L., 2004. Elements of Mediation, Printed in the United States of America, p. 38.
- 24 ყანდაშვილი ი., 2018. საქართველოში მედიაციის მაგალითზე დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სასამართლო და არასამართლო ფორმები, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, გვ. 53-54.

რთლის ჟურნალში გამოაქვეყნა სტატია „მორიგების წინააღმდეგ“. მისი მოსაზრებით, მორიგების მეთოდი შესაძლებელია გამოიყენებოდეს მშვიდობის მისაღწევად, თუმცა, იგი ვერ უზრუნველყოფს თანასწორობის დამკვიდრებას. ავტორს მორიგების ალტერნატივა არ მიაჩნია სამართლისა და სამართლიანობის განხორციელების შესაძლებლობად.²⁵

შესაბამისად, საყურადღებოა, თუ რა მიმართულებით უნდა იყოს წარმართული სახელმწიფო პოლიტიკა, მედიაციის მითითებული, „სუსტი მხარეების“ აღმოფხვრის მიზნით. სახელმწიფო ხომ ხალხისთვის არის შექმნილი. მისი ფუნქციონირების მნიშვნელოვანი ელემენტია არა მარტო დემოკრატიული ლეგიტიმაცია, არამედ, „მოქალაქეებთან სიახლოვე“ და „მოქალაქეებზე ორიენტირებულობა“.²⁶ დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნებისმიერი საშუალების საკანონმდებლო დონეზე განმტკიცების შემთხვევაში, სახელმწიფო ვალდებულია შექმნას იმგვარი პოლიტიკა, რომელიც უზრუნველყოფს ამგვარი პროგრამების საუკეთესო სახით იმპლემენტაციას.²⁷

3.1. სამართლებრივი რეგულირება, როგორც მედიაციის მიმართ სანდოობის ზრდის წინაპირობა

სხვადასხვა სამართლებრივ კულტურათა მასშტაბით, მედიაციის ინსტიტუციონალიზაციის პროცესების კვლევის შედეგად ვლინდება, რომ გამოიხატება მედიაციის რეგულირების ორი ძირითადი მოდელის არსებობა: სახელმწიფოები, რომელთა მასშტაბით მედიაციის პროცესი ვრცელ რეგულირებას (ე.წ. Extensive regulation) ექვემდებარება და ქვეყნები, სადაც, მედიაცია ვიწრო რეგულირების (ე.წ. Restrained

regulation) საგანია. ვრცელი მოწესრიგების მაგალითებად მიიჩნევენ საფრანგეთს, იაპონიასა და ავსტრიას, ხოლო ვიწრო რეგულირების მაგალითია ნიდერლანდები.²⁸

სახელმწიფოებში, სადაც იკვეთება ვრცელი რეგულირების არსებობა, მედიაცია მეტი წარმატებით სარგებლობს. ამის გათვალისწინებით, საქართველოს რეალობაშიც, მედიაციის შესახებ კანონის ამოქმედების პარალელურად, რეკომენდირებული იქნებოდა მედიაციის პროცესის მაღალი სტანდარტით რეგულირება (მაგალითად, მედიაციის ეთიკის კოდექსის ცალკეული სახით ამოქმედება). აღნიშნული, დიდწილად გამორიცხავს ინსტიტუციონალიზაციის პროცესში წამოჭრილი საფრთხეების პრაქტიკაში რეალიზებას.

3.2. სასამართლო მედიაციის ფორმების სრულყოფილი განსაზღვრულობა, როგორც მედიაციის მიზნების განხორციელების წინაპირობა

იმისათვის, რომ თითოეული ინდივიდუალური საქმისწარმოების შემთხვევაში, მედიაცია იყოს წარმატებული, აუცილებლად მიიჩნევა მედიაციის იმ კონკრეტული ფორმის განხორციელება, რომელიც მოცემულ შემთხვევას მეტად შეესაბამება.

საერთაშორისოსამართლებრივ სივრცეებში აღიარებულია, რომ მედიაციის ძირითადი ფორმების თვალსაზრისით დომინირებს: სასამართლო (სავალდებულო) და სასამართლოს გარე (კერძო) მედიაცია, რომელიც ნებაყოფლობითი მედიაციის სახელწოდებითაც მოიხსენიება. თავის მხრივ სასამართლო მედიაცია ორგვარია: 1. სასამართლოსთან არსებული მედიაცია (Court-annexed mediation²⁹), რომელიც ინსტიტუციურად არის კოორდინაციაში სასამართლოსთან, თუმცა, პროცედურულ-

25 Fiss O., 1984. Agianst Settlement, The Yale Law Journal, Vol. 93, p. 1073-1090.

26 ხუბუა გ., ყალიჩავა კ., 2018. ადმინისტრაციული მეცნიერების სახელმძღვანელო, თბილისი, გვ. 174.

27 Vieira L., 2015. Designing a Court-Annexed Mediation Program for Civil Cases in Brazil: Challenges and Opportunities, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, p. 2.

28 Klaus J., Steffek f., 2013. Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, p. 614.

29 Steffek F., 2012. Mediation, in The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Vol. II, Basedow J., Hopt J.K., Zimmermann R., Stier A., Oxford University Press, Oxford, p.1163.

ლად აბსოლუტურად დამოუკიდებელია სასამართლოსგან, როგორც ცალკე მდგომი ინსტიტუცია.³⁰ 2. სასამართლო მედიაცია (Judicial mediation)³¹, რომელიც დაკავშირებულია სასამართლოსთან შენობისა და პერსონალის კუთხით. მედიაციის მსგავსი ფორმის დროს, მედიატორი შეიძლება იყოს მოქმედი მოსამართლე.³²

რამდენადაც აღინიშნა, საქართველოში მედიაციის სუბსტანციის აღქმა და მისი სამართლებრივი რეგულირება საქართველოში ჩანასახოვან ეტაპზეა. შესაბამისად, ინსტიტუტის მარეგულირებელი სისტემური საკანონმდებლო აქტ(ებ)ი არსობრივად, ითვალისწინებენ სასამართლო მედიაციის გამოვლინების მხოლოდ ერთ-ერთ მითითებულ ფორმას – სასამართლოსთან არსებულ მედიაციას (Court-annexed mediation), რამეთუ, ქართულ რეალობაში მოსამართლე ან/და სასამართლო მოხელე მედიატორის უფლებამოსილებით არ სარგებლობს. ამის გათვალისწინებით, ერთ-ერთი ფუნდამენტური რეკომენდაცია, რაც, თავის მხრივ, უზრუნველყოფს მედიაციის მიზნების განხორციელებას, შემდეგია:

სასამართლო და სასამართლოს გარე/კერძო მედიაციის ურთიერთგამიჯვნის პარალელურად, რაც განხორციელდა მედიაციის შესახებ კანონის მიღებით, რელევანტურად მიგვაჩნია საკანონმდებლო დონეზე აისახოს სასამართლო მედიაციის ორი, მითითებული – სასამართლო/სასამართლოსმიერი და სასამართლოსთან არსებული მედიაციის ურთიერთგანსხვავებული ფორმები. აღნიშნული, ხელს შეუწობს, როგორც საქართველოს პრაქტიკაში თანამედროვე პერიოდამდე დანეგრილი-სა-

სამართლოსთან არსებული მედიაციის განვითარებას, აგრეთვე, სასამართლო/სასამართლოსმიერი მედიაციის აღმოცენების პერსპექტივას (მედიაციის ფორმების გამიჯვნის აუცილებლობასთან დაკავშირებით იხ. ი. ყანდაშვილის სადისერტაციო ნაშრომი: საქართველოში მედიაციის მაგალითზე დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სასამართლო და არასასამართლო ფორმები, 2018).

შედარებითსამართლებრივი თვალსაზრისით, ნორვეგიაშიც, მედიატორის ფუნქცია, შესაძლებელია, შეითავსოს მოსამართლე-მედიატორმა, ხოლო მის მიერ წარმოებული მედიაციის პროცესები შესაძლებელია ჩატარდეს სასამართლოს შენობის გარეთ.³³ შვედეთის სამართლებრივ სისტემაშიც, გამორჩეული წარმატებით სარგებლობს სასამართლო/სასამართლოსმიერი მედიაციის პროცედურები, რაც, ერთის მხრივ, მისმა წარმატებულმა შედეგებმა, ხოლო მეორეს მხრივ იმან განსაზღვრა, რომ აღნიშნული პროცედურები მხარეთათვის უფასოა და არ იწვევს დამატებითი ხარჯების გაღების აუცილებლობას. აღნიშნული მიდგომის განხორციელებამ შვედეთის სასამართლო სისტემა მართლმსაჯულების განმახორციელებელი ორგანოდან გარდაქმნა უწყებად, სადაც კონფლიქტები მშვიდობიანი გზით შეიძლება გადაწყდეს.³⁴

დასკვნა

ნაშრომის ფარგლებში ცალსახად განისაზღვრა, რომ სამართლის მზარდი უნიფიკაციის პროცესის კვალდაკვალ, რელევანტურია ნაციონალური კანონმდებლობის სრულყოფა მედიაციის, როგორც სახელმწიფო პოლიტიკის განხორციელების შედეგად ლეგიტიმირებული ინსტიტუტის მარეგულირებელი საკანონმდებლო ბაზის

30 Lindblom P.H., 2017. Progressive Procedure, *Iustus*, p. 422.

31 Brunet E., 2002. Judicial mediation and signaling, *Nevada law journal*, p. 232.

32 Steffek F., 2013. Mediation und Güterichterverfahren, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, (ZEuP) #3*, Verlag C.H.Beck, München, p. 538. მითითებულია: ყანდაშვილი ი., 2018. საქართველოში მედიაციის მაგალითზე დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სასამართლო და არასამართლო ფორმები, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი იურიდიული ფაკულტეტი, თბილისი, გვ. 184.

33 Skoghoy T., 2018. Mediation in Norway – An outline, p. 1-3.

34 Dahlqvist A., 2014. Mediation in the Swedish Courts: Change by EU Directive? pp. 137-155.

დახვეწის თვალსაზრისით. მით უფრო იმ ფონზე, რომ როგორც ამას კვლევა ცხადყოფს, საქართველოსთვის, ისტორიული თვალსაზრისით, მედიაციის ინსტიტუტისა და მასთან დაკავშირებული ტერმინოლოგიის არსებობა, უცხო არ არის.

კვლევის ფარგლებში დადგინდა მედიაციის რიგი თანმდევი დადებითი შედეგები; განისაზღვრა მედიაციის მოწინააღმდეგე კრიტიკოსთა მოსაზრებები და წარმოდგენილია რეკომენდაციები, რაც ხელს შეუწყობს მათ მიერ მითითებული რისკების შემცირებას.

- მიზანშეწონილია, საქართველომ აირჩიოს მედიაციის რეგულირების ვრცელი მოდელი, რაც გაითვალისწინებს პრაქტიკასა თუ თეორიაში გამოვლენილი თითოეული რელევანტური საკითხის საკანონმდებლო დონეზე რეგულირებას (მაგ. ცალკეული სახით ეთიკის კოდექსი). აღნიშნულმა, შესაძლებელია მნიშვნელოვნად განსაზღვროს საზოგადოების ნდობა მედიაციის მიმართ; აგრეთვე, ამ თვალსაზრისით იურისტთა პროფესიული თვალსაზრისის

- გათვართობა, რაც, თავის მხრივ, უზრუნველყოფს მედიაციის ინსტიტუციონალიზაციას.
- დადგინდა, რომ უპირველეს ყოვლისა, საქართველოში მედიაციის შესახებ კანონით სრულყოფილ რეგულირებას უნდა დაექვემდებაროს მედიაციის ფორმები. კერძოდ, უნდა დადგინდეს განსხვავება სასამართლო მედიაციის ორ ფორმას – სასამართლოსთან არსებულ (Court-annexed mediation) და სასამართლო/სასამართლოსმიერ (Judicial mediation) მედიაციას შორის. თეორიასა თუ პრაქტიკაში ტერმინთა ურთიერთაღრევის რისკის თავიდან აცილების მიზნით, ტერმინი – სასამართლო მედიაცია უნდა აერთიანებდეს მისი გამოვლინების ორივე ფორმას; ხოლო სასამართლო მედიაციის ფორმები საკანონმდებლო დონეზე უნდა განისაზღვროს სასამართლოსთან არსებული და სასამართლო/სასამართლოსმიერი მედიაციის სახელწოდებით.

ბიბლიოგრაფია:

1. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი. <https://www.matsne.gov.ge>
2. მედიაციის შესახებ საქართველოს კანონი. <https://www.matsne.gov.ge>

MEDIATION IN GEORGIAN HISTORICAL SOURCES, ADVANTAGES, POSSIBLE DISADVANTAGES AND EXISTENCE OF LEGAL REGULATION AS A WAY OF THEIR ELIMINATION

Ana Gurieli

*Affiliate Assistant of the Faculty of law at the Caucasus
International University, Doctor of Laws, Lawyer*

KEYWORDS: History, Dispute, Resolution

RESUME

Despite of the existence of the institute and the term “mediation” in the Georgian historical sources, mediation in Georgian reality is thought to be a new institution, besides, doubts exist with regard to its possible success. Additionally, apart from the adoption of the law on mediation, a number of issues still need to be regulated. In the conditions of the institutionalization of mediation, its successful functioning, with other means of dispute resolution, is not only the subject of private interest during individual proceedings, but also the fact of public importance. Considering this fact, the advantages of mediation have to be explored, the disadvantages have to be stated and the ways have to be found for the purposes of their mitigation. These measures will assist in the process of the perfection of the legislation and the development of the institute. Taking into account the relevance of the issue, the paper demonstrates the existence of Mediation Institute in the Georgian historical reality that will be supportive for the institutional development of the state’s justice system.

NOTES:

1. Kereselidze D., 2003. Geplak's Work Developing a Unified System of Legal Concepts, *Georgian Law Review*, N 4, p. 444. (In Georgian)
2. Tsertsvadze G., 2013. Prospects of Legal Regulation of Mediation in Georgia, *National Center for Alternative Dispute Resolution Tbilisi*, p. 132. (In Georgian)
3. Nadareishvili G., 2005. *History of the Georgian State and Law*, Tbilisi, p. 59. (In Georgian)
4. Metreveli V., 2009. *History of Georgian Law*, Tbilisi, p. 395. (In Georgian)
5. Metreveli V., 2009. *History of Georgian Law*, Tbilisi, p. 410. (In Georgian)
6. Tkemaladze S., 2016. *Mediation in Georgia: From Tradition to Modernity*, Tbilisi, p. 16. (In Georgian)
7. Oniani S., 2013. For the meaning of the term judge in ancient Georgian law, *TSU Law Faculty Journal # 2*, p. 16. (In Georgian)
8. Oniani S., 2013. "For the meaning of the term judge in Georgian law, *Journal of TSU Law Faculty # 2*, p. 16-17. (In Georgian)
9. Surguladze I., 1952. For the History of the State and Law of Georgia, Tbilisi, p. 346-347. (In Georgian)
10. Kekelia M., 1973. The term of judge in Georgian law books, *Georgian Academy of Sciences*, No. 4, Tbilisi, p. 166. (In Georgian)
11. Tsertsvadze G., 2013. Prospects for Legal Regulation of Mediation in Georgia, *National Center for Alternative Dispute Resolution Tbilisi*, p. 15. (In Georgian)
12. Dolidze I., 1960. *The Customary Law of Georgia*, Tbilisi, p. 133-134. (In Georgian)
13. Tkemaladze, S., 2016. *Mediation in Georgia: From Tradition to Modernity*, Tbilisi, p. 18. (In Georgian)
14. Chavchavadze I., 1886. *Conciliatory Courts*, *Iveria Newspaper # 86*, Tbilisi.
15. Hoffman, D., 2002. *Paradoxes of Mediation*, *Dispute Resolution Magazine*, p. 23. (In English)
16. Cercvadze G., 2013. The prospects of the regulation of mediation in Georgia, *National center for alternative dispute resolution*, Tbilisi, p. 11. (In Georgian)
17. Fisher R., Ury W., 1993. *Getting To Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, p. 59. (In English)
18. Hoffman, D., 2002. *Paradoxes of Mediation*, *Dispute Resolution Magazine*, p. 25. (In English)
19. Bannink F., 2008. *Solution Focused Mediation*, *Trial Excellence*, p.13. (In English)
20. Hughes P., 2001. *Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion*, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, p. 177. (In English)
21. Sherill J., 2012. *Ethics for lawyers representing clients in mediation*, *Americal journal for mediation*, p. 29. (In English)
22. Glick T., 2012. *Creative Mediation*, *North Charleston*, p. 99. (In English)
23. Leviton S. C., Greenstone J. L., 2004. *Elements of Mediation*, *Printed in the United States of America*, p. 38. (In English)
24. Khandashvili I., 2018. *Judicial and non-judicial forms of alternative dispute resolutions in Georgia on the example of mediation*, *Ivane Javakhishvili Tbilisi State University*, p. 53-54. (In Georgian)
25. Fiss O., 1984. *Agianst Settlement*, *The Yale Law Journal*, Vol. 93, p. 1073-1090. (In English)

26. Khubua G., Kalichava K., 2018. Administrative Science Handbook, Tbilisi, p. 174. (In Georgian)
27. Vieira L., 2015. Designing a Court-Annexed Mediation Program for Civil Cases in Brazil: Challenges and Opportunities, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, p. 2. (In English)
28. Klaus J., Steffek f., 2013. Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, p. 614. (In English)
29. Steffek F., 2012. Mediation, in The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Vol. II, Basedow J., Hopt J.K., Zimmermann R., Stier A., Oxford University Press, Oxford, p.1163. (In English)
30. Lindblom P.H., 2017. Progressive Procedure, Iustus, p. 422. (In English)
31. Brunet E., 2002. Judicial mediation and signaling, Nevada law journal, p. 232. (In English)
32. Steffek F., 2013. Mediation und Güterichterverfahren, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, (ZEuP) #3, Verlag C.H.Beck, München, p. 538. (In German)
33. Skoghoy T., 2018. Mediation in Norway – An outline, p. 1-3. (In English)
34. Dahlqvist A., 2014. Mediation in the Swedish Courts: Change by EU Directive? pp. 137-155. (In English)

BIBLIOGRAPHY:

1. The civil procedure code of Georgia. <https://www.matsne.gov.ge> (In Georgian)
2. Law about the Mediation of Georgia. <https://www.matsne.gov.ge> (In Georgian)

აღკვეთის ღონისძიებების გამოყენების უახლესი სტანდარტების ანალიზი ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის მიხედვით

(საქართველოს სისხლის სამართლის
საპროცესო კოდექსის ადამიანის უფლებათა
ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ
სამართალთან შესაბამისობის ანალიზი)

თამარ ავალიანი

*სამართლის დოქტორი,
კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის ავილირებული
ასოცირებული პროფესორი*

საკვანძო სიტყვები: თავისუფლება, პრეზუმპცია,
სამართალდარღვევა

შესავალი

აღკვეთის ღონისძიებების შერჩევას ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-5 მუხლის სტანდარტების გამოყენება, ადამიანის თავისუფლებისა და უსაფრთხოების უფლების დაცვის მნიშვნელოვანი გარანტიაა. რიგი ევროპული სახელმწიფოების სასამართლოებმა თავის არაერთ გადაწყვეტილებაში აღნიშნეს ადამიანის უფლებათა ევროპულ სტანდარტებ-

ზე, როგორც ადამიანის უფლებების დაცვის მთავარ გზამკვლევაზე¹.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტების გამოყენება ეროვნულ სასამართლოებს ეხმარება სწორად განმარტონ ეროვნული კანონმდებლობის ორაზროვანი ნორმები².

1. თავისუფლების კრეფუქცია

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტი განსაზღვრავს, რომ ყოველ ადამიანს უფლება აქვს იყოს თავისუფალი. თავისუფლების პრეზუმპცია მე-5 მუხლის არსებით მოთხოვნას წარმოადგენს.

თავისუფლებისა და უსაფრთხეობის უფლების მთავარი დანიშნულება თავისუფლების თვითნებური და გაუმართლებელი შეზღუდვისგან დაცვაა. „მიუხედავად იმისა, რომ ადამიანის თავისუფლება არ არის აბსოლუტური“³ „კანონმდებლობა ადგენს დაკავებისა და დაპატიმრების შესაძლებლობას მხოლოდ კანონმდებლობით მკაფიოდ გაწერილ შემთხვევებსა და წესით, დღის წესრიგში აყენებს თავისუფლების, უსაფრთხოების და სამართლიანობის რიგითი მოქალაქეებისათვის ხელშესახეობის უზრუნველყოფის აუცილებლობას“⁴ და „კრძალავს პირის მიერ საკუთარი ნებით ამ უფლებებზე უარის თქმას.“⁵

კონვენციის მე-5 მუხლის გარანტირებს,

1 Ress G., 1993. „The Effect of Judgments and Decisions in Domestic Law, in: The European System for the Protection of Human Rights”, R. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (Eds.), p. 842.

2 Bratza N., 1993., „The Treatment and Interpretation of the European Convention on Human Rights By the English Court, in: Aspects of Incorporation of the European Convention of Human Rights into Domestic Law”, J.P. Gardner (Ed.), p. 69;

3 Janis M. W., Kay r. S., Bradley A.W., 2010. „European Human Rights law”, Text and materials, third ed. 2008, p.608.

4 Jimeno-Bulnes M., 2010. „Towards Common Standards on Rights of Suspected and Accused persons in Criminal Proceedings in the EU?”, February., CEPS, 2.

5 ვინტერვერპი (Winterwerp) ნიდერლანდების წინააღმდეგ, 6301/73, 24 ოქტომბერი, 1979, 37.

რომ თავისუფლება არ უნდა იქნას წართმეული იმაზე მეტი ვადით, ვიდრე ეს აბსოლუტურად აუცილებელია და რომ თავისუფლების შეზღუდვის შემთხვევაში შესაძლებელი უნდა იყოს მისი სწრაფად აღდგენა.

სისხლის სამართალწარმოებაში თავისუფლების შეზღუდვის ყველაზე გავრცელებული სახე არის დაკავება ან პატიმრობა, რაც წარმოადგენს ერთ-ერთ გამონაკლისს მე-5.1 მუხლის ზოგადი დებულებიდან, რომლის თანახმადაც, ყველას აქვს თავისუფლების უფლება⁶.

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტის „გ“ ქვეპუნქტი, პირის კანონიერი დაკავებისა და დაპატიმრებისათვის სამ საფუძველს განსაზღვრავს:

- დასაბუთებული ეჭვის არსებობა, რომ დაკავებულმა ან დაპატიმრებულმა პირმა ჩაიდინა სამართალდარღვევა;
- საფუძვლიანად არის მიჩნეული თავიდან იქნას აცილებული პირის მიერ სამართალდარღვევის ჩადენა;
- საფუძვლიანად არის მიჩნეული თავიდან იქნას აცილებული პირის მიერ სამართალდარღვევის ჩადენის შემდეგ გაქცევა⁷.

პირის დაკავებისა და დაპატიმრების სამივე საფუძვლის გამოყენების მიზანს კომპეტენტური სამართლებრივი ორგანოს წინაშე პირის წარდგენა წარმოადგენს⁸.

კონვენციის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტის „გ“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებული დაკავება ან დაპატიმრება უნდა წარმოადგენდეს პროპორციულ ზომას დასახული მიზნის მისაღწევად⁹.

პატიმრობა არის ადამიანის უფლებებსა

6 ბუზადჯი (Buzadji) მოლდოვას რესპუბლიკის წინააღმდეგ, 23755/07, 5 ივლისი, 2016, 84.

7 Donna C., 2013. (February). „Deprivation of Liberty: Has the European Court of Human Rights Recognised a ‘Public Safety’ Exception, Merkourios”, Volume 29, p. 33 <https://utrechtjournal.org/articles/abstract/10.5334/ujjel.bl/> (21.03.2019).

8 ლოუსისი (Lawless) ირლანდიის წინააღმდეგ, 332/57, 1 ივლისი, 1961, 13-14.

9 ლადენტი (Ladent) პოლონეთის წინააღმდეგ, 11036/03, 18 მარტი, 2008, 55-56.

და თავისუფლებებში ჩარევის ერთ-ერთი ყველაზე მკაცრი ფორმა და იგი გამოყენებული უნდა იქნეს საგამონაკლისო სახით. პირის თავისუფლებაში ჩარევის ნებისმიერი ღონისძიება უნდა განხილული იქნეს ერთის მხრივ, უდანაშაულობის პრეზუმპციისა და მეორეს მხრივ, საქმის სამართლიანი განხილვისთვის პირის თავისუფლების მნიშვნელობის ფონზე. პატიმრობის გამოყენება რელევანტურია მხოლოდ იმ შემთხვევაში „თუ არსებობს ჭეშმარიტი საჭარო ინტერესი, რომელსაც უდანაშაულობის პრეზუმპციის მიუხედავად შეუძლია გადაწონოს პიროვნების თავისუფლების მოთხოვნა“¹⁰.

კონვენციის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტი იმპერატიულად ადგენს, რომ ნებისმიერი თავისუფლების შეზღუდვა მოხდეს „კანონით დადგენილი წესით“. პირის დაკავების ან დაპატიმრების პროცედურამ უნდა დააკმაყოფილოს ეროვნული კანონმდებლობით დადგენილი წესები და არ უნდა იყოს თვითნებური. კონვენციისეული განმარტებით, კანონიერების მოთხოვნა ეხება როგორც დაკავების პროცესს, ისე დაკავების საფუძველსაც¹¹.

პირის დაკავება და დაპატიმრება ეროვნულ კანონმდებლობასთან ერთად უნდა შეესაბამებოდეს კონვენციის მე-5 მუხლის მიზანს, კერძოდ ინდივიდის დაცვას უკანონობისგან¹².

კონვენციის მე-5 მუხლის შესაბამის ეროვნულ ორგანოებს აკისრებს პოზიტიურ ვალდებულებას, სასამართლოს წინაშე წარმოადგინონ პირის დაკავების ან დაპატიმრების აუცილებლობის დამატებული არგუმენტები. „პრეზუმცია მოქმედებს პირის თავისუფლების სასარგებლოდ“¹³.

ბრალდებული უდანაშაულოდ ითვლება და დაუშვებელია მისი დაუსაბუთებელი პატიმრობა. ბრალდებული თავისუფალი უნდა იყოს, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა სახელმწიფოს შეუძლია წარმოადგინოს „რელევანტური“ და „საკმარისი“ საფუძვლები პირის გახანგრძლივებულ პატიმრობაში ყოფნის გასამართლებლად¹⁴.

სსსკ-ის 205-ე მუხლი აღკვეთის ღონისძიების სახით პატიმრობის შეფარდებასთან დაკავშირებით შესაბამისობაში ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს სტანდარტებთან და პატიმრობის, როგორც „ერთადერთი საშუალების“ და უკიდურესი ღონისძიების გამოყენებას ითვალისწინებს, რათა თავიდან იქნას აცილებული ბრალდებულის მიმალვა და მის მიერ მართლმსაჯულების განხორციელებისათვის ხელის შეშლა; ბრალდებულის მიერ მტკიცებულების მოპოვებისთვის ხელის შეშლა და ბრალდებულის მიერ ახალი დანაშაულის ჩადენა. პატიმრობის გამოყენების ამომწურავი საკანონმდებლო საფუძვლების განსაზღვრას მინიმუმამდე დაჰყავს თვითნებური და დაუსაბუთებელი გადაწყვეტილებების მიღების რისკი.

თავისუფლებისა და უსაფრთხოების უფლების მნიშვნელოვან გარანტიას წარმოადგენს სსსკ-ის 198-ე მუხლი, რომელიც ადგენს, რომ ბრალდებულს პატიმრობა არ შეიძლება შეეფარდოს, თუ დასახული ლეგიტიმური მიზნის მიღწევა შესაძლებელია სხვა, ნაკლებად მკაცრი ღონისძიების გამოყენებით.

„პირის თავისუფლების და უსაფრთხოების უფლების განუხრელი დაცვით სახელმწიფო ხელს უწყობს თავისი უსაფრთხოების დაცვას, რომლის გარეშეც შეუძლებელია ადამიანის უფლებების სრულყოფილი რეალიზება.“¹⁵ „სახელმწიფო უსაფრთხოებას და პიროვნულ თავი-

10 ლაბიტა (Labita) იტალიის წინააღმდეგ, 26772/95, 6 აპრილი, 2000, 152.
 11 Mowbray A., 2013. „Cases, Materials, and Commentary on the European Court on Human Rights“ (3rd edn), p.7. [13 იანვარი, 2009, 75-ე პუნქტი; ფაცურია \(Patsuria\) საქართველოს წინააღმდეგ, 30779/04, 6 ნოემბერი, 2007, 66-67.
 14 ბახმუტსკი \(Bakmutskiy\) რუსეთის წინააღმდეგ, 36932/02, 25 ივნისი, 2009, 135-136.
 15 Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, 2008. P.211](http://www.oxfordlawtrove.com/view/10.1093/he/9780199577361.001.0001/he-9780199577361-chapter- (21.03.2019); ვინტერვერპი (Winterwerp) ნიდერლანდების წინააღმდეგ, 6301/73, 27 ნოემბერი, 1981, 59.

 12 კურტი (Kurt) თურქეთის წინააღმდეგ, 5/1997/799/1002, 25 მაისი, 1998.

 13 გიორგი ნიკოლაიშვილი (Nikolaishvili), №37048/04,</p>
</div>
<div data-bbox=)

სუფლებას შორის ქვეშარიტი ბალანსის დაცვისთვის უზრუნველყოფილი უნდა იქნეს, რომ თავისუფლების ნებისმიერი შეზღუდვა სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში ემყარებოდეს საგამონაკლისი საფუძველს, წარმოადგენდეს განსაკუთრებულ ზომას, იყოს ობიექტურად გამართლებული და გონივრულად ხანგრძლივი¹⁶.

2. გონივრული ეჭვი და ობიექტური დამკვირვებლის სტანდარტი

საერთაშორისო სამართალი პირის მიმართ სისხლის სამართლის პროცესში აღკვეთის ღონისძიების სახით თავისუფლების შეზღუდვას ძირითადად ორ შემთხვევაში ითვალისწინებს – დანაშაულის ჩადენის წინ და ჩადენის შემდეგ. იგი ორივე მათგანს გონივრული ეჭვის სტანდარტს უკავშირებს.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მე-5 მუხლის პირველი პუნქტის „გ“ ქვეპუნქტის მიხედვით, წინასწარი პატიმრობის ძირითადი პირობა სამართალდარღვევის ჩადენის შესახებ გონივრული ეჭვის არსებობაა.

გონივრული ეჭვი, რომელსაც დაკავება ან დაპატიმრება უნდა დაეფუძნოს, კონვენციის მე-5 მუხლის „გ“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებული საფუძველების გამოყენების არსებით, დამცავ ელემენტს წარმოადგენს¹⁷. გონივრული ეჭვის სტანდარტი უზრუნველყოფს, რომ თავისუფლების აღკვეთა განხორციელდეს მხოლოდ მაშინ, როდესაც ეჭვი საფუძველიანია და შესაბამისად თავისუფლების აღკვეთა არ არის თვითნებური.

სამართალდარღვევის ჩადენის გონივრული ეჭვი ნიშნავს, რომ უნდა არსებობდეს საკმარისი ფაქტობრივი გარემოებები

და ინფორმაცია, რომლებიც ერთობლიობაში ობიექტურად იმის დასკვნის საშუალებას იძლევა, რომ ბრალდებულმა შესაძლებელია, ჩაიდინა დასჯადი ქმედება¹⁸. გონივრული ეჭვის სტანდარტს ობიექტური დამკვირვებლის ცნება შემოაქვს. გონივრული ეჭვი გულისხმობს, ინფორმაციისა და ფაქტების არსებობას, რომელიც ობიექტურ დამკვირვებელს დაარწმუნებდა, რომ პირმა შესაძლოა ჩაიდინა სამართალდარღვევა¹⁹. კონვენციის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტის „გ“ ქვეპუნქტი ეროვნულ სასამართლოებს ანიჭებს ვალდებულებას, გამოიკვლიონ, შესაბამისობაში არის თუ არა პატიმრობის გამოყენების საფუძველი გონივრული ეჭვის სტანდარტთან. „შესაბამისად, თუკი რელევანტური უწყებები ვერ შეძლებენ ძირითადი ფაქტების მოკვლევას, რათა სარჩელი დასაბუთებული იყოს, ეს ჩაითვლება მე-5 მუხლის პირველი ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტის დარღვევად“²⁰.

აღკვეთის ღონისძიების გამოყენებისათვის აუცილებელია სახეზე იყოს ფაქტობრივი და ფორმალური (საპროცესო) საფუძველები, ხოლო ერთ-ერთი მათგანის არარსებობა გამოიწვევს შესაბამისი აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების შესახებ შუამდგომლობის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმას. ფაქტობრივი საფუძველი უკავშირდება მტკიცებულებების საკითხს და შეფასებულ უნდა იქნეს საქმეზე არსებული ფაქტების ან ინფორმაციის ერთობლიობით, რომელიც მოცემული სისხლის სამართლის საქმის გარემოებათა ერთობლიობით დააკმაყოფილებდა ობიექტურ პირს, რათა დაესკვნა პირის მიერ დანაშაულის შესაძლო ჩადენა. ფორმალური (საპროცესო) საფუძველი მიემართება ეროვნული

16 Aydin Y., „The delimitation of the scope of one of the guarantees of personal security set out in the European Convention on Human Rights”, p.14.

17 მეჰმეთ ჰასან ალტანი (Mehmet Hasan Altan) თურქეთის წინააღმდეგ, 13237/17, 10 სექტემბერი, 2018, 124.

18 თსარკოვი (Tsarkov) რუსეთის წინააღმდეგ, 16854/03, 16 ივლისი, 2009, 45;

19 სელაჰატინ დემირტასი (Selahattin Demirtas) თურქეთის წინააღმდეგ, 14305/17, 20 ნოემბერი, 2018, 124. პუნქტი; ილგარ მამადოვი (Ilgar Mammadov) აზერბაიჯანის წინააღმდეგ, 15172/13, 20 მაისი, 2014, 88.

20 ბოხაშვილი ბ., მშვენიერაძე გ., ყანდაშვილი ი., 2016. ეჭვმიტანილთა საპროცესო უფლებები საქართველოში, თბ., გვ. 15, https://www.osgf.ge/files/2016/Publications/Reports_GEO-ENG-Web.pdf

კანონმდებლობით განსაზღვრული საფრთხეების (ბრალდებული მიიმალება ან არ გამოცხადდება სასამართლოში, გაანადგურებს საქმისათვის მნიშვნელოვან ინფორმაციას ან ჩაიდენს ახალ დანაშაულს) პრევენციას.

ექვის გონივრულობა საქმის ყველა გარემოებაზე და მოკიდებული, თუმცა გონივრული ეჭვი არ გულისხმობს იმ სტანდარტს, რაც გამოყენებულ უნდა იქნას სასჯელის შეფარდებისას ან თუნდაც ბრალდების წარსადგენად²¹. გონივრული ეჭვი უნდა ეხებოდეს ისეთი ქმედების ჩადენას, რომელიც შეიცავს ეროვნული სისხლის სამართლის კანონმდებლობით გათვალისწინებული დანაშაულის ნიშნებს²² და არ გულისხმობს დანაშაულის ჩადენის ფაქტის გონივრულ ეჭვს მიღმა სტანდარტით დადგენას. კანონმდებლობის მე-5 მუხლის პირველი ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტის მიზნებისთვის, კითხვა შეეხება იმას, თუ რამდენად ხელს უწყობს დაპატიმრება ან დაკავება გამოძიების წინსვლას დანაშაულის ჩადენის შესაძლო ეჭვის დასადასტურებლად ან გასაქარწყლებლად. ანონიმური წყაროდან მიღებული ყურმოკრული მტკიცებულება, რომელიც არ იყო გამყარებული სხვა მტკიცებულებებით, სასამართლომ არ მიიჩნია საკმარისად „გონივრული ეჭვის“ არსებობისთვის, რომ პირი მონაწილეობდა მათიასთან დაკავშირებულ საქმიანობებში²³. აღნიშნულის საპირისპიროდ, დანაშაულის ჩადენაში მამხილებელი წლების წინ გაკეთებული განცხადებები, რომლებიც მოგვიანებით უკან წაიღეს ეჭვმიტანილებმა, არ აღმოფხვრავს გონივრული ეჭვის არსებობას განმცხადებლის წინააღმდეგ. უფრო მეტიც, ამან არ იქონია გავლენა დაკავების ორდერის კანონიერებაზე²⁴.

კონვენციის მე-5 მუხლის სტანდარტი მოითხოვს, რომ ეჭვი უტყუარად უნდა იყოს

შეფასებული. ეჭვის კეთილსინდისიერება (bona fide) და ნამდვილობა მისი გონივრულობის აუცილებელ ელემენტს წარმოადგენს²⁵. გარდა იმისა, რომ დასაბუთებული ეჭვი უნდა იყოს bona fide (კეთილსინდისიერი), მხოლოდ მისი სახეზე ყოფნა არ არის საკმარისი, აუცილებელია, პირისათვის თავისუფლების აღკვეთა ობიექტური საფუძველი ჰქონდეს.

გონივრული ეჭვი ადამიანის სუბიექტური დამოკიდებულებაა და კანონმდებლობით მისი ამომწურავად განსაზღვრა შეუძლებელია. მისი წარმოშობა ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში მთელი რიგ ობიექტური და სუბიექტური გარემოებების ერთობლიობაზეა დამოკიდებული. ეჭვი გონივრულად ჩაითვლება იმ შემთხვევაში, თუ იგი დაფუძნებული იქნება ფაქტებზე ან ინფორმაციაზე, რომელიც ავლენს პირის შესაძლო კავშირს დანაშაულთან. ფაქტები უნდა ეფუძნებოდეს ობიექტურ წერილობით მტკიცებულებებს, ექსპერტთა დასკვნებს და სხვა. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი ბრალდებულის ბრალეულობის დამადასტურებელი მტკიცებულების წარდგენას არ ითხოვს.

ევროპულმა სასამართლომ საქმეზე – Merabishvili v. Georgia, განმარტა, რომ ადგილობრივი სასამართლოების მიერ გამოყენებული წინასწარი პატიმრობა იყო დასაბუთებული, კანონიერი და ემყარებოდა განჭვრეტად საკანონმდებლო ნორმებს. სასამართლომ მხედველობაში მიიღო ის გარემოებები, რომ მერაბიშვილს ჰქონდა სავარაუდოდ ყალბი საერთაშორისო პასპორტი, ამასთან მის საკუთრებაში აღმოჩნდა დიდი რაოდენობის ნაღდი ფული, ხოლო მისმა მეუღლემ სწრაფად დატოვა საქართველო მას შემდეგ რაც მერაბიშვილი დაბარებულ იქნა გამოძიების მიერ. ასევე, მოსარჩელემ სავარაუდოდ განახორციელა ბენოლა სასაზღვრო პოლიციის უფროსზე და პოლიციის ოფიცერზე. ამ გარემოებების გათვალისწინებით სასამართლომ მიიჩნია,

21 მერაბიშვილი (Merabishvili) საქართველოს წინააღმდეგ, 72508/13, 28 ნოემბერი, 2017, 184.
22 სტილი და სხვები (Steel and others) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 67/1997/851/1058, 23 სექტემბერი, 1998, 54.
23 ლაბიტა (Labita) იტალიის წინააღმდეგ, 26772/95, 6 აპრილი, 2000, 156.
24 ტალატ ტეპე (Talat Tepe) თურქეთის წინააღმდეგ, 31247/96, 21 მარტი, 2005, 61.

25 მური (Murray) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 14310/88, 28 ოქტომბერი, 1994.

რომ არსებობდა გამოძიების სათანადოდ წარმართვის ხელშეშლის საფრთხეები და შესაბამისად წინასწარი პატიმრობის გამოყენება დასაბუთებული იყო. აქედან გამომდინარე, კონვენციის მე-5 მუხლის პირველი ნაწილის (თავისუფლებისა და პირადი ხელშეუხებლობის უფლების) დარღვევა სასამართლომ არ დაადგინა²⁶.

ევროპული სასამართლო არაერთ გადაწყვეტილებაში განმარტავს, რომ თავისუფლების შეზღუდვა არ შეიძლება დაეფუძნოს გრძობებს, ინტუიციას და წინასწარ ჩამოყალიბებულ წარმოდგენებს (იქნება ეს რელიგიური, ეთნიკური თუ სხვა სახის) რა დამატებებლაც არ უნდა მეტყველებდეს პირის მიერ დანაშაულის ჩადენაზე. შესაძლო სამართალდარღვევის ჩადენასთან დაკავშირებით ბუნდოვანი და ზოგადი მითითებების საფუძველზე პირის დაპატიმრება, კონვენციის მე-5 მუხლს ეწინააღმდეგება²⁷.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ საქმეზე – Boicenco v. Moldova განმარტა, რომ წინასწარი პატიმრობის in abstracto გამოყენება დაუშვებელია. აღკვეთის ღონისძიება გამოიყენებულ უნდა იქნას მხოლოდ მკაცრად გაწერილი საფუძველების არსებობისას, ხოლო პატიმრობა, როგორც უკიდურესი ღონისძიება, უნდა გამოიყენონ მხოლოდ სათანადო დასაბუთების შემთხვევაში და აუცილებლობისას²⁸.

ბრალდების სიმძიმე და მიმალვის, ახალი დანაშაულის ჩადენის ან შეთქმულების ჰიპოთეტური საშიშროება არ შეესაბამება ასევე ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მოთხოვნებს.

გარდა თავდაპირველი დაკავებისა ან დაპატიმრებისა, გონივრული ეჭვი ასევე უნდა არსებობდეს გახანგრძლივებული პატიმრობის განმავლობაში (მთელი პატიმრობის პერიოდის განმავლობაში)²⁹.

26 მერაბიშვილი (Merabishvili) საქართველოს წინააღმდეგ, 72508/13, 14 ივნისი, 2016, 72-77.

27 Leach P., 2017. Taking a Case to the European Court of Human Rights, Fourth Edition, p. 316.

28 ბოიჩენკო (Boicenco) მოლდოვას წინააღმდეგ, 41088/05, 11 ივლისი, 2006, 142-143.

29 სელაჰატინ დემირტასი (Selahattin Demirtas) თურქეთის წინააღმდეგ, 14305/17, 20 ნოემბერი,

ის უბრალო ფაქტი, რომ პირს შეიძლება წარსულში რაიმე, თუმცა ანალოგიური დანაშაული ჰქონდეს ჩადენილი, არ შეიძლება იძლეოდეს გონივრული ეჭვის საფუძველს³⁰. მნიშვნელოვანია, რომ ეჭვი ეხებოდეს ამჟამინდელ სამართალდარღვევას და არა წარსულში ჩადენილს³¹. აუცილებელია, რომ შესაძლებელი იყოს არა მარტო გარკვეული კავშირის დადგენა თავისუფლებასა და კვეთილ პირსა და იმ ქმედებას შორის, რომელიც სავარაუდო დანაშაულს წარმოადგენს, არამედ საკმარისი საფუძველიც უნდა არსებობდეს იმის მტკიცებისთვის, რომ აღნიშნული ქმედება სავარაუდო დანაშაულის ნიშნებს შეიცავს³².

აღნიშნული პრობლემა ნიშანდობლივია ე.წ ახალი თუ იშვიათად ჩადენილი დანაშაულებისთვის, მაგრამ ცალკეული აკრძალვის არატიპიურმა ინტერპრეტაციამ შეიძლება ანალოგიურად მიგვიყვანოს იმ დასკვნამდე, რომ ეჭვი არ იყო გონივრული. თუ გონივრული ეჭვი, რომელმაც პირის დაკავება ან დაპატიმრება გამოიწვია აღარ არსებობს, პირისათვის პატიმრობაში ყოფნა კონვენციის მე-5 მუხლს ეწინააღმდეგება.

კონვენციის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტის „გ“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებული გონივრული ეჭვის სტანდარტი უთანაბრდება საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-3 მუხლის მე-11 პუნქტით განსაზღვრულ დასაბუთებული ვარაუდის სტანდარტს, რომელიც აღკვეთის ღონისძიებების გამოყენებისას, როგორც მტკიცებულებითი სტანდარტი, უნდა დაკმაყოფილდეს. დასაბუთებული ვარაუდის სტანდარტი საკმარისია დაკავების დროს განსჯადობის მიხედვით პირის სა-

2018,164.
30 ტრეჟსელი შ., 2009. ადამიანის უფლებები სისხლის სამართლის პროცესში, თბ., გვ. 441. ფოქსი, ქემზბელი და ჰარტლი (Fox, Campbell and Hartley) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 12244/86, 30 აგვისტო, 1990, 45.

31 K-F გერმანიის წინააღმდეგ, 44/1996/76/962, 27 ნოემბერი, 1997.

32 Macovei M., 2002. The Right to Liberty and Security of the Person, a guide to the implementation of article 5 of the European Convention of Human Rights, Human rights handbook, no.5, p. 26.

სამართლოში წარსადგენად. სსსკ-ის მე-3 მუხლით, დასაბუთებული ვარაუდი არის ფაქტებისა და ინფორმაციის ერთობლიობა, რომელიც მოცემული სისხლის სამართლის საქმის გარემოებათა ერთობლიობით დააკმაყოფილებდა ობიექტურ პირს, რათა დაესკვნა, პირის მიერ დანაშაულის შესაძლო ჩადენა. კონვენციის მე-5 მუხლის პირველი ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტი ეროვნულ სასამართლოებს აკისრებს პოზიტიურ ვალდებულებას, შეისწავლონ, შეესაბამება თუ არა აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების ფაქტობრივი საფუძველი დასაბუთებული ვარაუდის სტანდარტს (გონივრულ ეჭვს).

„დასაბუთებული ვარაუდის სტანდარტი უზრუნველყოფს პირისთვის თავისუფლების შეზღუდვის დასაშვებობას ვარაუდის საფუძვლიანობის შემთხვევაში და გამორიცხავს თვითნებობას, იგი წარმოადგენს პირის თავისუფლების თვითნებური შეზღუდვისაგან დაცვის მნიშვნელოვან ნაწილს“³³.

„აუცილებელია, რომ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით გათვალისწინებული დაპატიმრების საფუძვლები ეროვნული სასამართლოების მიერ მკაცრად იქნეს დაცული, რადგან სხვაგვარად დაპატიმრება არ იქნება „მართლზომიერი“. მაშასადამე, უნდა მოხდეს თვითნებობის კონტროლი. პირის დაპატიმრებისათვის, მართალია, აუცილებელია დანაშაულის ჩადენის „დასაბუთებული ვარაუდი“ (პირველი პირობა), მაგრამ გამოძიების პატიმრობა იქნება შეუსაბამო, თუ იგი მხოლოდ დანაშაულის ჩადენის „დასაბუთებულ ვარაუდს“ დაეფუძნება, დაპატიმრების სხვა დამატებითი საფუძვლის გარეშე“³⁴.

3. სამართალდარღვევა კონვენციის მე-5 მუხლის მიზნებიდან გამომდინარე

სამართალდარღვევის განმარტებისას, აუცილებელ წინაპირობას წარმოადგენს ის, რომ სამართალდარღვევა გათვალისწინებული იყოს ეროვნული კანონმდებლობით. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლით, ტერმინს „სამართალდარღვევა“ ავტონომიური მნიშვნელობა გააჩნია და კონვენციის მე-6 მუხლში გამოყენებული „სისხლის სამართლის დანაშაულის“ იდენტურია. იგი დამოკიდებულია არა მხოლოდ ეროვნული კანონმდებლობით სამართალდარღვევის კლასიფიცირებაზე, არამედ, ასევე „სამართალდარღვევის ბუნებაზე“ და სასჯელის სისასტიკის ხარისხზე³⁵. ევროპული სასამართლო ასევე, განსაკუთრებულ ყურადღებას უთმობს პროცესის ხასიათს და შინაარსს³⁶. „სამართალდარღვევა“ უნდა იყოს კონკრეტული: სახელმწიფოს მიერ დანაშაულისაკენ მიდრეკილად აღქმული პირის პრევენციული მიზნით დაპატიმრება დაუშვებელია³⁷. ეროვნული სისხლის სამართლის გამოყენება ზოგიერთ შემთხვევაში შესაძლებელია კონვენციის მე-5 მუხლთან შეუსაბამოდ და თვითნებურად განხორციელებულად ჩაითვალოს.

4. განმარტებადი პატიმრობის საფუძვლები

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლით, დადგენილია ოთხი გარემოება, რომელთა დროსაც შესაძლებელია აღკვეთის ღონისძიების სახით პირისათვის წინასწარი პატიმრობის გამოყენება და გაგრძელება, როდესაც კვლავ არსებობს მის მიერ

33 Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, UNITED NATIONS, New York and Geneva, 2003. p. 174.

34 ბურდული ი., გოცირიძე ე., ერქვანია თ., ზოიძე ბ., იზორია ლ., კობახიძე ი., ლორია ა., მაჭარაძე ზ., ტურავა მ., ფირცხალაშვილი ა., ფუტყარაძე ა., ქანთარია ბ., წერეთელი დ., ჯორბენაძე ს., 2013. საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, თავი მეორე, საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, თბ., გვ. 139.

35 S., V. and A. v .Denmark, 35553/12, 36678/12 and 36711/12, 22 ოქტომბერი, 2018.

36 ბენჰამი (Benham) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 19380/92, 10 ივნისი, 1996, 56.

37 შიმოვოლოს (Shimovolos) რუსეთის წინააღმდეგ, 30194/09, 21 ივნისი, 2011, 54.

დანაშაულის ჩადენის გონივრული ეჭვი³⁸. ეს გარემოებებია: მიმალვის საფრთხე, ახალი დანაშაულის ჩადენის საფრთხე, მართლმსაჯულების განხორციელებაში ჩარევის საფრთხე და საჯარო წესრიგისათვის საფრთხის შექმნა³⁹.

აღნიშნული საფრთხეები სათანადოდ უნდა დასაბუთდეს და შესაბამისი ორგანოების მსჯელობა არ უნდა იყოს ზოგადი, აბსტრაქტული და სტერეოტიპული ხასიათის⁴⁰. დაპატიმრების საფუძვლები უნდა იყოს რელევანტური და საკმარისი⁴¹. განგრობადი პატიმრობა რელევანტურია იმ შემთხვევაში, თუ არსებობს ნამდვილი საჯარო ინტერესი, რომელიც, მიუხედავად უდანაშაულობის პრეზუმპციისა, გადაწონის ინდივიდის თავისუფლებას⁴². პატიმრობის გამოყენებისას არაადეკვატური საფუძვლის მითითება ან სასამართლოს მხრიდან სტერეოტიპული განმარტებები კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტს ეწინააღმდეგება⁴³.

სსსკ-ის 206-ე მუხლი დეტალურად აწესრიგებს აღკვეთის ღონისძიების გამოყენებასთან დაკავშირებით შუამდგომლობის დასაშვებობის წინაპირობებს და სასამართლოს უნებს შუამდგომლობის დასაბუთებულობისა და აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების როგორც ფორმალური (საპროცესო), ისე ფაქტობრივი საფუძვლების შემოწმების ვალდებულებას. სსსკ-ის 206-ე მუხლივე, სასამართლოს აკისრებს ვალდებულებას, დაასაბუთოს კონკრეტული აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების, შეცვლის ან გაუქმების შესახებ განჩინება, რომელიც უნდა ეფუძნებოდეს მტკიცებუ-

ლებებს, რომელზე დაყრდნობითაც მოსამართლე დარწმუნდა აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების შეცვლის ან გაუქმების აუცილებლობაში. ამ ნაწილში სსსკ-ის 206-ე მუხლი შეესაბამება კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტის მოთხოვნებს.

სსსკ-ის 206-ე მუხლის თანახმად, დაცვის მხარის მიერ აღკვეთის ღონისძიების შეცვლის ან გაუქმების თაობაზე შუამდგომლობით სასამართლოსთვის მიმართვას ნებისმიერ დროს ითვალისწინებს, მაგრამ იმ პირობით, რომ გამოვლენილია რაიმე ახალი გარემოება აღკვეთის ღონისძიების გადასასინჯად. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი დაცვის მხარის მიერ ახალი გარემოების წარდგენის გარეშე აღკვეთის ღონისძიების გადასინჯვას არ ითვალისწინებს, რაც ხშირად, ილოზურულს ხდის დაცვის მხარის მიერ დაყენებული შუამდგომლობის შედეგად, აღკვეთის ღონისძიების გადასინჯვის შესაძლებლობას.

4.1 მიმალვის საფრთხე

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო კრძალავს ისეთ მიდგომას, როცა წინასწარი პატიმრობა, როგორც აღკვეთის ღონისძიება, დასაბუთებულია მიმალვის საფრთხის არსებობით ისე, რომ მიმალვის საფრთხე გამართლებულია ბრალდების სიმძიმითა და შესაძლო სასჯელის სიმკაცრით. ბრალდების სიმძიმე და შესაბამისად, შესაძლო მკაცრი სასჯელი, რელევანტური გარემოებაა, მაგრამ არ არის საკმარისი, რომ დაასაბუთოს პირის მიერ მიმალვის საფრთხე. აქედან გამომდინარე, ევროპული სასამართლო ადგენს, რომ ასეთ შემთხვევებში, პირის პატიმრობაში ყოფნა არ არის გამართლებული და კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტს ეწინააღმდეგება⁴⁴.

არ არსებობს პირის მიმალვის საფრთხის დამდგენი ზოგადი კრიტერიუმები⁴⁵.

38 პირის წინააღმდეგ წარმომადგენელი საქმის სირთულე შესაძლებელია მხედველობაში იქნას მიღებული, მაგრამ თავისთავად მხოლოდ ეს პატიმრობის ვადის გაგრძელებისთვის საკმარისი არ არის.

39 ბუზაჯი (Buzadji) მოლდოვას წინააღმდეგ, 23755/07, 5 ივლისი, 2016, 88; ფირუზიანი (Piruzyan) სომხეთის წინააღმდეგ, 33376/07, 26 სექტემბერი, 2012, 94.

40 მერაბიშვილი (Merabishvili) საქართველოს წინააღმდეგ, 72508/13, 28 ნოემბერი, 2017, 222.

41 ნედიმ სენერი (Nedim Sener) თურქეთის წინააღმდეგ, 38270/11, 8 ივლისი, 2014, 113.

42 W v. შვეიცარიის წინააღმდეგ, 14379/88, 26 იანვარი, 1993, 30.

43 ხოდორკოვსკი (Khodorkovsky) რუსეთის წინააღმდეგ, 5829/04, 31 მაისი, 2011, 193.

44 მიხალჩუკი (Mikhailchuk) რუსეთის წინააღმდეგ, 33803/04, 23 აპრილი, 2015, 53-59.

45 ლეტელიერი (Letellier) საფრანგეთის წინააღმდეგ, 12369/86, 26 ივნისი, 1991, 83.

მიმალვის საფრთხე უნდა შეფასდეს კუმულაციურ ფაქტორებთან ერთად, რომლებითაც ან დადასტურდება მიმალვის საფრთხის არსებობა ან ეს საფრთხე იმდენად უმნიშვნელო იქნება, რომ ვერ დასაბუთდება წინასწარი პატიმრობის გამოყენების აუცილებლობა⁴⁶.

მიმალვის საფრთხე უნდა შეფასდეს იმ ფაქტორების ქრილში, რომლებიც ბრალდებულის პიროვნებას, მის მორალს, ადგილსაცხოვრებელს, საქმიანობას, ქონებას, ოჯახს და საერთაშორისო კონტაქტებს უკავშირდება. აგრეთვე, ყველა იმ გარემოებას, რომელიც პირს სისხლის სამართლებრივი დევნის ქვეყანასთან აკავშირებს⁴⁷. მაგრამ ცალკე აღებული არც ერთი გარემოების არსებობა, თავისთავად, არ ამართლებს პატიმრობის გამოყენებას. ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში საფრთხე მთლიანობაში უნდა შეფასდეს და გაანალიზებულ იქნას, თუ რამდენად იძლევა თითოეული ასეთი გარემოება პირის მიმალვის ვარაუდის საფუძველს⁴⁸. შესაბამისი ორგანოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილება, რომელიც ყოველგვარი განმარტების გარეშე შაბლონური და სტერეოტიპული არგუმენტაციით ასაბუთებს მიმალვის საფრთხის არსებობას, კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტს ეწინააღმდეგება⁴⁹.

მყარი საცხოვრებელი ადგილის არქონა თავისთავად არ ქმნის მიმალვის საფრთხეს⁵⁰. მიმალვის საფრთხე იკლებს პატიმრობაში ყოფნის ხანგრძლივობასთან ერთად⁵¹. როდესაც არსებობს მხოლოდ მიმალვის და სასამართლო პროცესზე არ გამოცხადების საფრთხე, დაპატიმრებული პირი უნდა გათავისუფლდეს წინასწარი პა-

ტიმრობისგან, თუ შესაძლებელია სასამართლო პროცესზე პირის გამოსაცხადების უზრუნველყოფა სხვა ნაკლებადშემზღვევლი საშუალებით⁵². იმავედროულად აუცილებელია თანაბრობის პრინციპის დაცვა. პატიმრობის ნაცვლად უფრო მსუბუქი ალკვეთის ღონისძიებების გამოყენების შემთხვევაში, სასამართლოში გამოცხადების და სათანადო ქცევის უზრუნველყოფი ღონისძიებები უნდა იყოს რეალისტური და შესრულებადი. იგი არ უნდა იყოს იმდენად რთული და დაუძლეველი, რომ თავისუფლების შეზღუდვისგან გათავისუფლების ძირითადი აზრი დაიკარგოს⁵³.

საქმეზე – Ahmet Ozkan and others v. Turkey, ევროპულმა სასამართლომ განმარტა, რომ მიუხედავად იმისა, რომ ალი ერბეკს ბრალი ედებოდა ტერორიზმში და საქმეზე მის წინააღმდეგ მყარი მტკიცებულებები არსებობდა, დიარბაქირის სახელმწიფო უშიშროების სასამართლოს მიერ პატიმრობის გახანგრძლივების საფუძველად მხოლოდ ბრალდების სიძიმე და მყარი მტკიცებულებები იყო მითითებული, რაც ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს აზრით, განგრძობად პატიმრობას არ ამართლებდა. აღნიშნულ საქმეზე ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტის დარღვევა დადგინდა.⁵⁴

საქმეზე – Lelievre v. Belgium ევროპულმა სასამართლოებმა პირს პატიმრობას შეუფარდეს იმ საფუძველით, რომ მას ბრალად ედებოდა მძიმე დანაშაულების ჩადენა. ევროპულმა სასამართლომ მიიჩნია, რომ დანაშაულის სიმძიმის გამო მაღალი იყო პირის მიმალვის რისკი. ამ საფუძველით ევროპულმა სასამართლომ არც კი განიხილა ალკვეთის ღონისძიების ალტერნატიული სახის გამოყენების საკითხი, რაც ევროპულმა სასამართლომ კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტის დარღვევად მიიჩნია⁵⁵.

46 პანჩენკო (Panchenko) რუსეთის წინააღმდეგ, 45100/98, 8 მაისი, 2005, 106; მანსური (Mansur) თურქეთის წინააღმდეგ, 16026/90, 8 ივნისი, 1995, 55.
47 ბეჩიევი (Becciev) მოლდოვას რესპუბლიკის წინააღმდეგ, 9190/03, 4 ოქტომბერი, 2005, 58.
48 ლეტელიერი (Letellier) საფრანგეთის წინააღმდეგ, 12369/86, 26 ივნისი, 1991, 83.
49 იაბლონსკი (Jablonski) პოლონეთის წინააღმდეგ, 33492/96, 21 დეკემბერი, 2000, 63.
50 სულაოჯა (Sulaoja) ესტონეთის წინააღმდეგ, 55939/00, 15 თებერვალი, 2005, 64.
51 ნოიმაისტერი (Neumeister) ავსტრიის წინააღმდეგ, 1936/63, 27 ივნისი, 1968, 10.

52 მერაბიშვილი (Merabishvili) საქართველოს წინააღმდეგ, 72508/13, 28 ნოემბერი, 2017, 223.
53 ტზასკა (Trzaska) პოლონეთის წინააღმდეგ, 25792/94, 11 ივლისი, 2000, 223.
54 აჰმეტ ოსკანი (Ahmet Ozkan) თურქეთის წინააღმდეგ, 21689/93, 6 აპრილი, 397-398
55 ლელიერე (Lelievre) ბელგიის წინააღმდეგ, 11287/03, 8 ნოემბერი, 2007.

კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტი არ შეიძლება ისე იქნეს აღქმული, თითქოს იგი უშვებდეს პატიმრობას, იმ პირობით, თუ მისი ხანგრძლივობა გარკვეულ პერიოდზე მეტხანს არ გაგრძელდა. სასამართლო ხელისუფლებამ დამატურებად უნდა გაამართლოს პატიმრობის ნებისმიერი პერიოდი, რაც არ უნდა ხანმოკლე იყოს იგი.⁵⁶

საქმეზე – *Kostadinov v. Bulgaria*, სადაც პირს ბრალად ედებოდა ძარცვა დამამძიმებელ გარემოებებში, მხოლოდ ბრალდების სიმძიმის საფუძველზე ბრალდებულის წინასწარი პატიმრობა ევროპული კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტის დარღვევად იქნა მიჩნეული⁵⁷.

4.2 მართლმსაჯულების განხორციელებაში ჩარევის საფრთხე

მართლმსაჯულების განხორციელებაში ჩარევის საფრთხე პატიმრობის გამოყენების ერთ-ერთი ყველაზე ხშირად გამოყენებადი საფუძველია. საფრთხე შეიძლება გამოვლინდეს მოწმეზე ზემოქმედებაში, მტკიცებულებების განადგურებაში და სხვა ქმედებებში.

მართლმსაჯულების განხორციელებაში ჩარევის საფრთხე არ უნდა შეფასდეს მოსალოდენელი მკაცრი სასჯელის ქრილში, არ უნდა დაეფუძნოს აბსტრაქტულ საფუძვლებს და ინტუიტიურ ვარაუდებს. იგი უნდა ეფუძნებოდეს კონკრეტული საფრთხის დამადასტურებელ ფაქტებს და მტკიცებულებებს⁵⁸. მართლმსაჯულების განხორციელებაში ჩარევის საფრთხე არ შეიძლება დადგინდეს იქნას დაუსაბუთებელი განცხადებების საფუძველზე⁵⁹.

საქმეზე – *Merabishvili v. Georgia*, ევროპულმა სასამართლომ მიიჩნია, რომ შემდგომში განმცხადებლის მიერ წინასწარი

პატიმრობის გაგრძელების საჭიროება საქართველოს ეროვნული სასამართლოების მიერ არ იქნა სათანადოდ დასაბუთებული. კერძოდ, წინასწარი პატიმრობის გამოყენებიდან 4 თვის გასვლის შემდგომ თბილისის საქალაქო სასამართლომ არ დაასაბუთა წინასწარი პატიმრობის გაგრძელების საჭიროება და განმარტებების გარეშე უთხრა უარი აპლიკანტს წინასწარი პატიმრობის გირაოთი შეცვლაზე. ამ კუთხით სასამართლომ კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტის დარღვევა დაადგინა⁶⁰.

გამოძიების საწყის ეტაპზე, მართლმსაჯულების განხორციელებისთვის ბრალდებულის მიერ ხელის შეშლის საფრთხემ შესაძლოა გაამართლოს პირის პატიმრობაში ყოფნა. თუმცა, მას შემდეგ, რაც ყველა საგამოძიებო მოქმედება დასრულებულია, მტკიცებულებები შეგროვებულია, მოწმეები დაკითხულნი არიან, ეს საფუძველი არარელევანტური ხდება და ძნელია საუბარი მოწმეებზე ზემოქმედების თავიდან აცილების საფუძველით დაპატიმრების გამოყენებაზე⁶¹.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ საქმეზე – *Aleksandr Makarov v. Russia* იმსჯელა ყოფილი თანამდებობის პირის მიერ თავისი სამსახურებრივი გავლენით მართლმსაჯულების განხორციელებისთვის ხელის შეშლის საფრთხის შეფასებაზე. ევროპული სასამართლომ მიერ მნიშვნელოვნად იქნა მიჩნეული ის ფაქტი, რომ მაკაროვი წინასწარი პატიმრობის შეფარდების მომენტისთვის აღარ იყო ქ.ტომსკის მერი და მოწმეებზე ზეგავლენის მოხდენის თვალსაზრისით საკმარისად არ იქნა მიჩნეული ის ფაქტი, რომ განმცხადებელი, როგორც ყოფილი მერი ზეგავლენას მოახდენდა მისდამი დაქვემდებარებაში მყოფ მოწმეებზე.⁶²

საქმეზე – *Mikiashvili v. Georgia*, საქმეზე,

56 ბელჩევი (Belchev) ბულგარეთის წინააღმდეგ, 39270/98, 8 აპრილი, 2004, 82.

57 კოსტადინოვი (Kostadinov) ბულგარეთის წინააღმდეგ, 55712/00, 7 თებერვალი, 2008, 78-80.

58 მერაბიშვილი (Merabishvili) საქართველოს წინააღმდეგ, 72508/13, 28 ნოემბერი, 2017, 224.

59 ფაცურია (Patsuria) საქართველოს წინააღმდეგ, 30779/04, 6 ნოემბერი, 2007, 71

60 მერაბიშვილი (Merabishvili) საქართველოს წინააღმდეგ, 72508/13, 14 ივნისი, 2016, 89-92.

61 ევგენი გუსევი (Yevgeniy Gusev) რუსეთის წინააღმდეგ, 28020/05, 5 დეკემბერი, 2013, 87.

62 ალექსანდრე მაკაროვი (Aleksandr Makarov) რუსეთის წინააღმდეგ, 15217/07, 12 მარტი, 2009, 129-130.

განმცხადებელი სამართალდამცავ ორგანოებთან ფიზიკური დაპირისპირების ფაქტზე იქნა დაკავებული, რის გამოც სასამართლომ წინასწარი პატიმრობა შეუფარდა. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ გაიზიარა შიდასახელმწიფოებრივი სასამართლოს მოსაზრება იმის თაობაზე, რომ გათავისუფლების შემთხვევაში, განმცხადებელს შეეძლო ზემოქმედება თავის მეგობრებზე, რომლებიც განმცხადებლის მიერ სავარაუდო დანაშაულის ჩადენას შეესწრნენ. ევროპული სასამართლოს აზრით, მსგავსი გარემოებების დროს, განმცხადებლის მიერ მოწმეებზე ზემოქმედების შესაძლებლობა არ შეიძლება, რომ გამოირიცხოს და შესაბამისად, აღნიშნული საფრთხე რეალური იყო. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ მიიჩნია, რომ შიდასახელმწიფოებრივი სასამართლოს არგუმენტი მოწმეებზე ზემოქმედების საფრთხის თაობაზე, ამართლებდა პირის პატიმრობაში ყოფნას პირველი სამი თვის განმავლობაში და შესაბამისად, ადგილი არ ჰქონდა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-5.3 მუხლის დარღვევას⁶³.

რისკი, რომელმაც შესაძლოა მოწმეთა ჩვენებებში ცვლილებები გამოიწვიოს, შესაძლებელია გახდეს ბრალდებულის გათავისუფლებაზე უარის თქმის საფუძველი. თუმცა, დროის გასვლასთან ერთად, მოწმეთა არაერთი დაკითხვის შემდეგ, მოწმეებზე ზემოქმედების რისკი შესაძლოა შემცირდეს და შემდგომში საერთოდ გაქრეს⁶⁴.

შურისძიების შიში, ხშირად შეიძლება საკმარისი იყოს დაშინებული მოწმეებისთვის, რომ საერთოდ უარი თქვან სისხლისსამართლწარმოებაში მონაწილეობაზე. ანგარიშგასაწევია იმ მოწმეთა უსაფრთხოება, რომლებმაც უკვე მისცეს ჩვენებები განმცხადებლის წინააღმდეგ, აგრეთვე სხვა მოწმეების სურვილი მომავალში მისცენ ჩვენება. სასამართლომ ამ

ფაქტორებსა და ბრალდებულის უფლებას შორის წონასწორობა უნდა დაიცვას⁶⁵.

4.3 ახალი დანაშაულის ჩადენის საფრთხე

აღკვეთის ღონისძიების სახით წინასწარი პატიმრობის გამოყენების ერთ-ერთ საფუძველს ახალი დანაშაულის ჩადენის საფრთხე წარმოადგენს. ამ საფრთხის შეფასებისას, მნიშვნელოვანია, სასამართლოში წარდგენილი მტკიცებულებები ბრალდებულის მიერ დანაშაულებრივი საქმიანობის გაგრძელებას ნათლად მიანიშნებდეს. კონვენციის მე-5 მუხლის სტანდარტი გულისხმობს, რომ პატიმრობის შესაფარდებლად საჭიროა ახალი დანაშაულის ჩადენის მომასწავებელი ისეთი უტყუარი გარემოებების წარმოდგენა, რომელთა მიხედვითაც დანაშაულებრივი საქმიანობის გაგრძელების აღკვეთა მხოლოდ პატიმრობით იქნება შესაძლებელი. ის მოსაზრება, რომ დანაშაულებრივი საქმიანობის გაგრძელების აღკვეთა მხოლოდ პატიმრობით არის შესაძლებელი, შეუთავსებელია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალთან⁶⁶.

ძალადობრივი დანაშაულის ჩადენა თავისთავად არ წარმოადგენს უტყუარ გარემოებას, რომ პირი ახალ დანაშაულს ჩაიდენს. დანაშაულის ბუნებაზე მითითება აბსტრაქტულია და ახალი დანაშაულის ჩადენის საფრთხეს არ ამართლებს. მსგავსი დაშვებისას, მტკიცების ტვირთის შებრუნება ხდება და ბრალდებულს უწევს ამტკიცოს მისი გათავისუფლების სასარგებლოდ არსებული მიზეზების თაობაზე, რაც შეუთავსებელია კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტის სტანდარტთან⁶⁷.

ბრალად შერაცხული დანაშაულის საფუძველზე ახალი დანაშაულის ჩადენისა

63 მიქიაშვილი საქართველოს წინააღმდეგ (Mikiashvili v. Georgia), 18996/06, 9 იანვარი, 2013, 104.
 64 ლეტელიერი (Letellier) საფრანგეთის წინააღმდეგ, 12369/86, 26 ივნისი, 1991, 83.

65 სოპინი (Sopin) რუსეთის ფედერაციის წინააღმდეგ, 57319/10, 18 დეკემბერი, 2012, 44.
 66 დრაგინი (Dragin) ხორვატიის წინააღმდეგ, 75068/12, 24 ივლისი, 2014, 114.
 67 ბიკოვი (Bykov) რუსეთის წინააღმდეგ, 4378/02, 10 მარტი, 2009, 64.

და მართლმსაჯულების განხორციელებისთვის ხელის შეშლის რისკებზე მსჯელობა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსთვის აბსტრაქტულ ხასიათს ატარებს და ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტით მოთხოვნილი დასაბუთებული პატიმრობის მოთხოვნებს ვერ აკმაყოფილებს⁶⁸.

ევროპული სასამართლო ბრალად წარდგენილი ქმედების სიმძიმეს და ძალადობრივ ხასიათს მნიშვნელობას ანიჭებს დაკავების სტადიაზე⁶⁹. ამასთან, როდესაც გირაო ავტომატურად გამორიცხულია გარკვეული კატეგორიის დანაშაულებთან მიმართებაში და პატიმრობა უპირობოდ უნდა იქნეს შეფარდებული, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ადგენს მე-5.3 მუხლის დარღვევას.

ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს არაერთ საქმეზე აქვს ნამსჯელი იმასთან დაკავშირებით, გათვალისწინებულ უნდა იქნას თუ არა ნასამართლობა აღკვეთის ღონისძიების სახით წინასწარი პატიმრობის შეფარდებისას. დანაშაულის ხელახლა ჩადენასთან დაკავშირებით პირის წარსულ ცხოვრებაზე მითითება საკმარისი არ არის განთავისუფლებაზე უარის სათქმელად⁷⁰.

ნასამართლობის გათვალისწინების კუთხით, ახალი დანაშაულის ჩადენის საფრთხესთან მიმართებით, გასათვალისწინებ-

ბელი და შესაფასებელია ის, თუ რამდენად შეიძლება ადრე ჩადენილი დანაშაულების შედარება ახალ ბრალდებასთან სიმძიმისა და ხასიათის მიხედვით⁷¹.

რიგ შემთხვევებში, საქმის ერთი კონკრეტული გარემოება შესაბამისია აღკვეთის ღონისძიების რამდენიმე საფუძველთან მიმართებაში და შეუძლებელია მსჯელობისას ამ გარემოებების ცალ-ცალკე განხილვა. ამ კუთხით, მნიშვნელოვანია გაანალიზდეს, რამდენად დასაბუთებულ და დანაშაულის ორგანიზებული ხასიათი როგორც მოწმეებზე ზემოქმედებისა და მტკიცებულებების განადგურების საფრთხეს, ისე ახალი დანაშაულის ჩადენის საფრთხეს.

„ორგანიზებული დანაშაულის ჩადენის დასაბუთებული ვარაუდის არსებობისას, პროცესის მწარმოებელ ორგანოებს წინ მნიშვნელოვანი სირთულეები ელოებათ სხვადასხვა წყაროებიდან მტკიცებულებების მოპოვებაში, ფაქტების დადგენასა და ჭკუფის სხვადასხვა წევრის პასუხისმგებლობის ხარისხის განსაზღვრაში. ასეთ შემთხვევებში, ბრალდებულების ერთმანეთთან და სხვა პირებთან კონტაქტზე განუწყვეტელი ზედამხედველობასა და შეზღვევას შეიძლება არსებითი მნიშვნელობა ჰქონდეს მათი მიმალვის, მტკიცებულებების განადგურება/ფაბრიკაციის და რაც მთავარია, მოწმეებზე ზემოქმედების თავიდან ასაცილებლად“⁷². „აღკვეთის ღონისძიების სახით პატიმრობის შეფარდებისთვის საკმარისი არ არის ის ფაქტი, რომ პირმა ორგანიზებული დანაშაული ჩაიდინა. ამ შემთხვევაში, სასამართლომ ასევე, უნდა გაითვალისწინოს ბრალდებულის ქცევა და პირადი ხასიათის სხვა გარემოებები“⁷³.

4.4. საჯარო წესრიგის დაცვა

„საჯარო წესრიგის უზრუნველყოფის მიზნით, პირის მიმართ პატიმრობის გამო-

68 A.B. უნგრეთის წინააღმდეგ, 33292/09, 16 აპრილი, 2013, 23-26; ლაკატოში და სხვები (Lakatos and others) სერბეთის წინააღმდეგ, 3363/08, 7 იანვარი, 2014, 97.

69 მაგალითად, მკვლელობა დამამძიმებელ გარემოებებში (ამიროვი რუსეთის წინააღმდეგ (Amirov v. Russia), განაცხადი no. 51857/13, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2014 წლის 27 ნოემბრის გადაწყვეტილების პუნქტი 104); ადამიანის მოტაცება, გამოსასყიდის მიღების მიზნით (არტემოვი რუსეთის წინააღმდეგ (Artemov v. Russia), განაცხადი no. 14945/03, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2014 წლის 3 აპრილის გადაწყვეტილების პუნქტი 73); ადამიანის მოტაცება, ჩადენილი არაერთგზის, ჭკუფის მიერ, დამამძიმებელ გარემოებებში (ხლოიევი რუსეთის წინააღმდეგ (Khloyev v. Russia), განაცხადი no. 46404/13, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2015 წლის 5 თებერვლის გადაწყვეტილების პუნქტი 98) და სხვ.

70 მიულერი (Muller) საფრანგეთის წინააღმდეგ, 21802/93, 17 მარტი, 1997.

71 ტრიფკოვიჩი (Trifkovic) ხორვატიის წინააღმდეგ, 36653/09, 6 ნოემბერი, 2012, 126.

72 მიერზეიევსკი (Mierzejewski) პოლონეთის წინააღმდეგ, 15612/13, 24 თებერვალი, 2015, 42.

73 ალექსეი მაკაროვი (Aleksey Makarov) რუსეთის წინააღმდეგ, 3223/07, 12 ივნისი, 2008, 50.

ყენება, თავისუფლების შეზღუდვის ერთ-ერთი ყველაზე კონტრავერსიული საფუძველია⁷⁴. ცალკეული კატეგორიის დანაშაულს მისი სიმძიმეიდან და მასზე საზოგადოების რეაქციიდან გამომდინარე, შეუძლია გამოიწვიოს საზოგადოებრივი არეულობა და წესრიგის დარღვევა, რამაც გარკვეული პერიოდის განმავლობაში, შესაძლებელია წინასწარი პატიმრობის გამოყენება გაამართლოს⁷⁵. აღნიშნული მოტივი საკმარისად მიიჩნევა, თუ იგი ემყარება ფაქტებს, რომლებიც ადასტურებენ, რომ გათავისუფლებას შეუძლია ნამდვილად გამოიწვიოს საზოგადოებრივი წესრიგის დარღვევა და საფრთხეც რეალურია⁷⁶.

საფრთხე არ შეიძლება ეფუძნებოდეს არც მხოლოდ წაყენებული ბრალდების და არც მოსალოდნელი სასჯელის სიმკაცრეს. იგი არ უნდა შეფასდეს აბსტრაქტულად. აუცილებელია, დასაბუთებული იყოს ის, რომ საფრთხის თავიდან აცილების უზრუნველყოფა შეუძლებელია აღკვეთის ღონისძიების სახით პატიმრობის გამოყენების გარდა სხვა საფუძვლით. საფრთხის რეალურობის შეფასებისას, გათვალისწინებულ უნდა იქნას ისეთი ფაქტორები როგორცაა, დანაშაულის ბუნება, მისი ჩადენის გარემოებები, ბრალდებულისა და დაზარალებულის ფსიქოლოგიური მდგომარეობა და სხვა. საფრთხის შეფასებისას, აუცილებელია, განისაზღვროს საფრთხის ხასიათი და ხარისხი. ერთი და იგივე ქმედებიდან გამომდინარე, საფრთხე შესაძლებელია სხვადასხვაგვარად იქნას

აღქმული სხვადასხვა ეთნიკურ თუ რელიგიურ ჯგუფებში და საზოგადოების სხვადასხვა ფენებში⁷⁷.

საჯარო წესრიგის უზრუნველყოფის მიზანი განსაკუთრებით რელევანტურია ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების მასობრივად დარღვევისას, როგორცაა, მაგალითად, ომის დანაშაული სამოქალაქო პირთა წინააღმდეგ და სხვა⁷⁸.

5. აღკვეთის ღონისძიების აღმერთნატიული ზომების გამოყენება

აღკვეთის ღონისძიების შეფარდებისას, რელევანტური ორგანოები ვალდებული არიან განიხილონ ალტერნატიული ზომები, რაც დაკავებული პირის სასამართლოში გამოცხადებას უზრუნველყოფს⁷⁹. აღნიშნული დებულება გულისხმობს არა მხოლოდ გონივრულ ვადაში გასამართლებას ან დაკავებულის გათავისუფლებას, არამედ, ასევე, იმასაც, რომ დაკავებულის გათავისუფლება შესაძლებელია პირობადადებული იყოს სასამართლოში მისი გამოცხადების უზრუნველყოფით⁸⁰.

5.1 გირაოს გამოყენების წინაპირობები

ევროპული კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტი გარანტირებს უფლებას გირაოზე და საქმის განხილვის განმავლობაში გირაოს შეფარდების სასარგებლოდ იხრება. რაც უფრო ჭიანურდება სასამართლო განხილვა, ევროპული სასამართლო გირაოს გამოყენების მოთხოვნას მით უფრო მხარს უჭერს.

74 Lonneke L., 2009. (May), Pre-Trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit its Increasing Use, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 17(2), p.177, https://www.researchgate.net/publication/228295001_Pre-Trial_Detention_The_Presumption_of_Innocence_and_Article_5_of_the_European_Convention_on_Human_Rights_Cannot_and_Do_Not_Limit_its_Increasing_Use (21.03.2019).

75 Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, Right to liberty and security, Updated on 31 December 2018. P. 37, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf

76 პრენციპე (Prencipe) მონაკოს წინააღმდეგ, 43376/06, 16 ოქტომბერი, 2009, 79.

77 Minimum standards for the Rights of the Accused During Arrest/ Detention– <http://www.arab-niaba.org/publications/hr/jordan2/eric2-e.pdf>, 1.

78 მილანკოვიჩი და ბოსნაკი (Milankovic and Bosnak) ხორვატიის წინააღმდეგ, 37762/12; 23530/13, 12 სექტემბერი, 2016, 154.

79 იდალოვი (Idalov) რუსეთის წინააღმდეგ, 5826/03, 22 მაისი, 2012, 140.

80 ლელივრე (Lelievre) ბელგიის წინააღმდეგ, 11287/03, 31 მარტი, 2018, 97.

გირაოს საფუძველზე გათავისუფლებაზე უარის თქმა შესაძლებელია მხოლოდ ოთხი საფუძველის არსებობისას: ეს არის მიმალვის საფრთხე, მართლმსაჯულების განხორციელებაში ჩარევის საფრთხე, დანაშაულის აღკვეთის და საზოგადოებრივი წესრიგის დაცვის აუცილებლობა.

გირაოს მთავარი მიზანია უზრუნველყოს ბრალდებულის სასამართლო განხილვაზე გამოცხადება და მისი ოდენობა ასევე, უნდა შეესაბამებოდეს აღნიშნულ მიზანს.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ, საქმეზე – *Neumeister v. Austria*, რომელშიც სახელმწიფო ხელისუფლებამ გირაოს ოდენობა გამოითვალა მხოლოდ განმცხადებლისათვის შერაცხული ზიანის მიხედვით, კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტთან შეუსაბამოდ მიიჩნია. გირაოდ გარანტია უნდა უზრუნველყოფდეს არა ბრალდებულის მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურებას, არამედ მის დასწრებას საქმის განხილვაზე. გათავისუფლებისთვის მოთხოვნილი გარანტია არ შეიძლება ბრალდებულს იმაზე მეტ ტვირთს აკისრებდეს, რაც უსაფრთხოების გონივრული ხარისხით არის უზრუნველყოფილი.⁸¹ გირაოს თანხა არ უნდა იყოს შეუსაბამოდ მაღალი ოდენობის, რათა თავიდანვე არ შეიქმნას მოლოდინი იმისა, რომ ბრალდებული ვერ უზრუნველყოფს გირაოს გადახდას და ხელოვნურად გაუარესდეს მისი სამართლებრივი მდგომარეობა.

გირაოს ოდენობა უნდა განისაზღვროს იმის მიხედვით, თუ რა არის აუცილებელი სასამართლოში გამოცხადების უზრუნველსაყოფად და არა იმისთვის, რომ უზრუნველყოფილი იქნეს კომპენსაციისთვის შესაძლო პასუხისმგებლობა⁸².

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ საქმეზე – *Toshev v. Bulgaria*, განაცხადა, რომ როდესაც დადგენილია გირაოს თანხის გადახდის შეუძლებლობის

ფაქტი, დაუშვებელია, ბრალდებულის მიმართ ამ სახის აღკვეთის ღონისძიების გამოყენება. ტოშევის საქმეში ეროვნულმა სასამართლომ არ გამოიკვლია ბრალდებულის ფინანსური და ქონებრივი მდგომარეობა და არ შეისწავლა გირაოს ქონებით უზრუნველყოფის საკითხი. ბრალდებულს არ ჰქონდა სასამართლოს მიერ განსაზღვრული გირაოს გადახდის შესაძლებლობა. ევროპულმა სასამართლომ მიიჩნია, რომ გირაოს გადაუხდელობის გამო ბრალდებულის პატიმრობაში ყოფნა, რომელსაც არაძალადობრივ დანაშაულში ედებოდა ბრალი, კონვენციის მე-5 მუხლის მიზნებს არ შეესაბამებოდა⁸³.

გირაოს ოდენობის განსაზღვრისას უნდა შეფასდეს პატიმრის ქონება და მისი ურთიერთობა იმ პირებთან, რომლებიც გირაოს იხდიან. სასამართლომ მხედველობაში უნდა მიიღოს ის, თუ რამდენად წარმოადგენს გირაოს თანხის დაკარგვა ან თავდები პირის მიმართ საქმის აღძვრა მისი გამოუცხადებლობის შემთხვევაში, მიმალვის სურვილის საკმარის შემაკავებელ ფაქტორს⁸⁴. შესაბამისად, ეროვნულმა სასამართლოებმა სათანადოდ უნდა დაასაბუთონ გირაოს კონკრეტული ოდენობის განსაზღვრის აუცილებლობა თავის გადაწყვეტილებებში⁸⁵ და მხედველობაში უნდა მიიღონ ბრალდებულის ფინანსური შესაძლებლობები გირაოს თანხის გადახდასთან დაკავშირებით⁸⁶. ის ფაქტი, რომ დაკავებული რჩება პატიმრობაში მას შემდეგ, რაც მას აღკვეთის ღონისძიების სახით გირაო შეეფარდება, მიანიშნებს იმაზე, რომ ეროვნულმა სასამართლოებმა სათანადოდ გულისყურით არ განსაზღვრეს გირაოს შესაბამისი ოდენობა⁸⁷.

ბრალდებულმა უნდა მიაწოდოს ეროვ-

81 კორკელია კ., მჭედლიძე ნ., ნალბანდოვი ა., 2003. საქართველოს კანონმდებლობის შესაბამისობა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის და მისი ოქმების სტანდარტებთან, თბ., გვ. 100.

82 ივანჩუკი (Iwanczuk) პოლონეთის წინააღმდეგ, 25196/94, 15 ნოემბერი, 2001, 66.

83 ტოშევი (Toshev) ბულგარეთის წინააღმდეგ, 56308/00, 10 აგვისტო, 2006, 69-72

84 გაფა (Gafa) მალტის წინააღმდეგ, 54335/14, 8 ოქტომბერი, 2018, 70.

85 გორგიევა (Georgieva) ბულგარეთის წინააღმდეგ, 16085/02, 3 ოქტომბერი, 2008, 15, 30-31.

86 გაფა (Gafa) მალტის წინააღმდეგ, 54335/14, 8 ოქტომბერი, 2018, 70.

87 კოლაკოვიჩი (Kolakovic) მალტის წინააღმდეგ, 76392/12, 19 ივნისი, 2015, 72.

ნულ სასამართლოს ინფორმაცია თავისი ქონებრივი მდგომარეობის შესახებ, რომელიც საჭიროების შემთხვევაში შეიძლება გადამოწმდეს⁸⁸. შესაბამისად, განჩინებაში უნდა აისახოს, თუ რა თანხის ოდენობით შუამდგომლობს გირაოს გამოყენებას ბრალდებული და სასამართლოს დასაბუთება დიდი თანხის გირაოს ოდენობად განსაზღვრისას.

„ეროვნული სასამართლოები ისეთივე გულმოდგინებით უნდა მოეკიდონ გირაოს ოდენობის სათანადოდ განსაზღვრის საკითხს, როგორ პატიმრობის გაგრძელების აუცილებლობის საკითხის გადაწყვეტას“⁸⁹.

5.2 პატიმრობის ავტომატურად შეფარდება და საპატიმრო გირაო

„ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მიიჩნევს, რომ ყველა ის შემთხვევა, როცა პირს პატიმრობა ავტომატურად ეფარდება, მე-5.3 მუხლთან შეუთავსებელია. ასეთი პატიმრობა დაუსაბუთებელია, რადგან მხოლოდ კანონის ნორმის ან ჩამოყალიბებული პრაქტიკის საფუძველზე ეფარდება. ასეთ შემთხვევებში, პირს დაუსაბუთებლად ერთმევა უფლება მე-5.3. მუხლით უზრუნველყოფილ გარანტიებზე – იქნეს გათავისუფლებული მისი საქმის განხილვის განმავლობაში“⁹⁰.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ საქმეზე – Caballero v. The United Kingdom⁹¹ იმსჯელა პატიმრობის ავტომატურად შეფარდების შესაბამისობაზე ევროპული კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტის მიზნებთან. პირს, რომელსაც ბრალი ედებათა გაუპატიურებაში, უარი ეთქვა

გირაოზე კანონის საფუძველზე, რომელიც გირაოს კრძალავდა გირაოს დანიშვნას იმ პირთა მიმართ, რომელთაც ბრალი ედებათ განზრახ მკვლელობაში, განზრახი მკვლელობის მცდელობაში, გაუფრთხილებელ მკვლელობაში, გაუპატიურებასა და გაუპატიურების მცდელობაში. ევროპული სასამართლოს წინაშე მოპასუხე სახელმწიფომ აღიარა, რომ კანონმდებლობის აღნიშნული ნორმა ეწინააღმდეგებოდა კონვენციის მე-5.3 მუხლს.

ევროპულმა სასამართლომ პატიმრობის ავტომატურად შეფარდების შესაბამისობაზე კონვენციის 5.3 მუხლის მოთხოვნებთან იმსჯელა საქმეზე – Labita v. Italy⁹². კერძოდ, იტალიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი ითვალისწინებდა, რომ პატიმრობის შეფარდების აუცილებლობის სამართლებრივი პრეზუმპცია არსებობდა, როდესაც პირს მაფიის მსგავსი ორგანიზაციის წევრობა ედებათა ბრალად. მითითებულ საქმეზე ევროპულმა სასამართლომ განმარტა, რომ პატიმრობის საფუძველად მხოლოდ დანაშაულზე აბსტრაქტული მითითება და ის, რომ ეროვნულმა სასამართლოებმა არ მიუთითეს არანაირ კონკრეტულ გარემოებაზე, რომელიც განმცხადებლის მხრიდან მომდინარე საფრთხეზე მეტყველებდა, კონვენციის 5.3. მუხლის მოთხოვნებს ეწინააღმდეგებოდა.

ავტომატური პატიმრობის გამოყენების ნებისმიერი სისტემა თავისთავად ხელყოფს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-5.3 მუხლის მოთხოვნებს⁹³.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ საქმეზე – Piruzyan v. Armenia, განმარტა, რომ გირაოს შეფარდებაზე კანონმდებლობით განსაზღვრული ავტომატური უარი სასამართლო კონტროლის მექანიზმის გარეშე, კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტის დებულებებთან შეუთავსებელია⁹⁴. ევროპული კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3

88 Leach P., 2017. Taking a Case to the European Court of Human Rights, Fourth Edition, p. 328.
89 ტოშევი (Toshev) ბულგარეთის წინააღმდეგ, 56308/00, 10 აგვისტო, 2006, 68.
90 მჭედლიძე ნ., 2017. საქართველოს საერთო სასამართლოების მიერ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის გამოყენების სტანდარტები, თბ., გვ. 90-91.
91 კლაივ კაბალერო (Clive Caballero) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 32819/96, 8 თებერვალი, 2000, 20-21.

92 ლაბიტა (Labita) იტალიის წინააღმდეგ, 26772/95, 6 აპრილი, 2000, 163-165.
93 ილიკოვი (Ilijkov) ბულგარეთის წინააღმდეგ, 33977/96, 26 ივლისი, 2000, 56-59.
94 ფირუზიანი (Piruzyan) სომხეთის წინააღმდეგ, 33376/07, 26 სექტემბერი, 2012, 105.

პუნქტი, ეროვნულ ორგანოებს აკისრებს ვალდებულებას, განაკუთრებული გულისყურით წარმართონ სასამართლო პროცესები მას შემდეგაც, რაც დაკავებულს აღკვეთის ღონისძიების სახით შეეფარდა გირაო, თუმცა, იგი რჩება პატიმრობაში, რადგან არ შეუძლია გირაოს თანხის გადახდა⁹⁵.

საპატიმრო გირაოს გამოყენებასთან დაკავშირებით, კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტთან შეესაბამება საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-200 მუხლის მე-6 ნაწილი, რომლის თანახმადაც „სასამართლო პროკურორის შუამდგომლობით ან საკუთარი ინიციატივით, გირაოს გამოყენების უზრუნველყოფის მიზნით პატიმრობას უფარდებს ბრალდებულს, რომლის მიმართაც გამოყენებულია დაკავება სისხლის საპროცესო სამართლებრივი იძულების ღონისძიების სახით, მის მიერ საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს მმართველობის სფეროში შემავალი საჯარო სამართლის იურიდიული პირის – აღსრულების ეროვნული ბიუროს სადეპოზიტო ანგარიშზე გირაოს სრულად ან ნაწილობრივ (მაგრამ არანაკლებ 50%-ისა) შეტანამდე. გირაოს შეტანას ადასტურებს სასამართლო ან პროკურორი“.

„აღნიშნული ნორმის თანახმად, ყველა იმ შემთხვევაში, როდესაც ბრალდებული დაკავებულია და სასამართლომ გადაწყვიტა გირაოს გამოყენება, ეს უკანასკნელი უზრუნველყოფილია პატიმრობით. სსსკ-ის მე-200 მუხლის მე-6 პუნქტი უშვებს პატიმრობის ავტომატური შეფარდების შესაძლებლობას, რაც კონვენციის მე-5 მუხლის მოთხოვნებს ეწინააღმდეგება.“

თავად ნორმატიულ დონეზე გათვალისწინებული დაკავებული პირის შემთხვევაში მიმალვის, ახალი დანაშაულის ჩადენისა და მართლმსაჯულების განხორციელებაში ჩარევის მომეტებული რისკები, რითაც განპირობებულია დაკავებული პირის მიმართ გირაოს პატიმრობით უზრუნ-

ველყოფა. კონკრეტულ ბრალდებულთან მიმართებით კონკრეტული ფაქტების განხილვის შეუძლებლობის პირობებში, კანონმდებლობა ვერასოდეს გაითვალისწინებს აღნიშნულ საფრთხეებს იმდაგვარად, რომ ეს პირები დაცულნი იქნენ თავისუფლების თვითნებური შეზღუდვის რისკისგან კონვენციის მე-5.3 მუხლის შესაბამისად.

საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-200 მუხლის მე-6 ნაწილი ითვალისწინებს პატიმრობის სასარგებლოდ კანონით გათვალისწინებულ პრეზუმციას, რაც გულისხმობს მტკიცების ტვირთის ბრალდებულზე გადატანას – ბრალდებულმა უნდა ამტკიცოს პატიმრობის მიზანშეუწონლობა. სადავო მუხლი არანაირ გამონაკლისს არ ითვალისწინებს დაკავებული პირის მიმართ შეფარდებული გირაოს პატიმრობით უზრუნველყოფიდან.

ამგვარად, დაკავებული პირის მიმართ გამოყენებული გირაოს პატიმრობით უზრუნველყოფისას ხელყოფილია კონვენციის მე-5.3 მუხლის მოთხოვნა, პატიმრობა იყოს დასაბუთებული⁹⁶.

დასკვნა

საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების საკანონმდებლო რეგლამენტაციის ნაწილში ძირითადად კონვენციის მე-5 მუხლს შეესაბამება.

საკანონმდებლო დონეზე დეკლარირებულია პატიმრობის, როგორც „ერთადერთი საშუალების“ და უკიდურესი ღონისძიების გამოყენების წინაპირობები და ამომწურავი საფუძვლები. თავისუფლებისა და უსაფრთხოების უფლების მნიშვნელოვან გარანტიას წარმოადგენს სსსკ-ის 198-ე მუხლი, რომელიც ადგენს, რომ ბრალდებულს პატიმრობა არ შეიძლება შეეფარდოს, თუ დასახული ლეგიტიმური მიზნის მიღწევა შესაძლებელია სხვა, ნაკლებად

95 გაფა (Gafa) მალტის წინააღმდეგ, 54335/14, 8 ოქტომბერი, 2018, 71; კოლაკოვიჩი (Kolakovic) მალტის წინააღმდეგ, 76392/12, 19 ივნისი, 2015, 74.

96 მჭედლიძე ნ., 2017. საქართველოს საერთო სასამართლოების მიერ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის გამოყენების სტანდარტები, თბ., გვ.93.

მკაცრი ღონისძიების გამოყენებით. სსსკ-ის 206-ე მუხლი აწესებს აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების, გაუქმების ან შეცვლის შესახებ როგორც შუამდგომლობის, ისე სასამართლოს განჩინების დასაბუთების ვალდებულებას, რაც თანხვედრაშია კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტის სტანდარტთან.

სსსკ-ის 206-ე მუხლის თანახმად, დაცვის მხარის მიერ აღკვეთის ღონისძიების შეცვლის ან გაუქმების თაობაზე შუამდგომლობით სასამართლოსთვის მიმართვას ნებისმიერ დროს ითვალისწინებს, მაგრამ იმ პირობით, რომ გამოვლენილია რაიმე ახალი გარემოება აღკვეთის ღონისძიების გადასასინჯად. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი დაცვის მხარის მიერ ახალი გარემოების წარდგენის გარეშე აღკვეთის ღონისძიების გადასინჯვას არ ითვალისწინებს, რაც ხშირად, ილობურულს ხდის დაცვის მხარის მიერ დაყენებული შუამდგომლობის შედეგად,

აღკვეთის ღონისძიების გადასინჯვის შესაძლებლობას.

საპატიმრო გირაოს გამოყენებასთან დაკავშირებით, კონვენციის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტთან შეუსაბამოა საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-200 მუხლის მე-6 ნაწილი, რომელიც უშვებს პატიმრობის ავტომატური შეფარდების შესაძლებლობას, რაც კონვენციის მე-5 მუხლის მოთხოვნებს ეწინააღმდეგება.

მიუხედავად იმისა, რომ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი ძირითადად შეესაბამება კონვენციის მე-5 მუხლით გარანტირებულ თავისუფლებისა და უსაფრთხოების უფლებას და ადგენს პატიმრობის, როგორც უკიდურესი ღონისძიების გამოყენების პრინციპს, მნიშვნელოვანია, რომ სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობის შემდგომი დახვეწის მიზნით, მასში სრულყოფილად იქნას იმპლემენტირებული კონვენციის მე-5 მუხლის სტანდარტები.

ლიტერატურა:

1. ბოხაშვილი ბ., მშვენიერაძე გ., ყანდაშვილი ი., 2016. ექვმიტანილთა საპროცესო უფლებები საქართველოში, თბ., გვ. 15, https://www.osgf.ge/files/2016/Publications/Reports_GEO-ENG-Web.pdf
2. ტრექსელი შ., 2009. ადამიანის უფლებები სისხლის სამართლის პროცესში, თბ., გვ. 441.
3. ბურდული ი., გოცირიძე ე., ერქვანია თ., ზოიძე ბ., იზორია ლ., კობახიძე ი., ლორია ა., მაჭარაძე ზ., ტურავა მ., ფირცხალაშვილი ა., ფუტკარაძე ა., ქანთარია ბ., წერეთელი დ., ჭორბენაძე ს., 2013. საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, თავი მეორე, საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, თბ., გვ. 139.
4. კორკელია კ., მჭედლიძე ნ., ნალბანდოვი ა., 2003. საქართველოს კანონმდებლობის შესაბამისობა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის და მისი ოქმების სტანდარტებთან, თბ., გვ. 100.
5. მჭედლიძე ნ., 2017. საქართველოს საერთო სასამართლოების მიერ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის გამოყენების სტანდარტები, თბ., გვ. 90-91.

THE ANALYSIS OF THE RECENT
STANDARDS OF APPLYING
COMPULSORY MEASURES
ACCORDING TO THE CASE LAW
OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS
(The Analysis of the Criminal Procedure
Code of Georgia and its Compliance
with the Case Law of the European Court
of Human Rights)

Tamar Avaliani

*Doctor of Laws, Associate Professor at the Caucasus
International University*

KEYWORDS: Liberty, Presumption, Violation

RESUME

The present article – “The Analysis of the Recent Standards of Applying Compulsory Measures according to the Case Law of the European Court of Human Rights (The Analysis of the Criminal Procedure Code of Georgia and its Compliance with the Case Law of the European Court of Human Rights)” – discusses the recent case-law of the European Court of Human Rights on Article 5 of the European Convention together with the compliance of the Criminal Procedure Code of Georgia in terms of applying compulsory measures. The author explores the problematic aspects of Criminal Procedure Code

of Georgia regarding the application of the compulsory measures, such as arrest and bail. The article analyses the best practices and the recent standards of the ECtHR, as well as imperfections of the Criminal Procedure Code of Georgia.

NOTES:

1. Ress G., „The Effect of Judgments and Decisions in Domestic Law, in: The European System for the Protection of Human Rights”, R. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (Eds.), p. (in English)
2. Bratza N., „The Treatment and Interpretation of the European Convention on Human Rights By the English Court, in: Aspects of Incorporation of the European Convention of Human Rights into Domestic Law”, J.P. Gardner (Ed.), p. 69; (in English)
3. Janis M. W., Kay r. S., Bradley A.W., „European Human Rights law”, Text and materials, third ed. 2008, p. (in English)
4. Jimeno-Bulnes M., „Towards Common Standards on Rights of Suspected and Accused persons in Criminal Proceedings in the EU?”, February., CEPS, (in English)
5. Winterwerp vs. Netherlands, 6301/73, 24 October, 1979, (in English)
6. Buzadji vs. Moldova, 23755/07, 5 July, 2016, (in English)
7. Donna C., (February). „Deprivation of Liberty: Has the European Court of Human Rights Recognised a ‘Public Safety’ Exception, Merkourios”, Volume 29, p. 33 <https://utrechtjournal.org/articles/abstract/5334/ujiel.bl/> (2019). (in English)
8. Lawless vs. Ireland, 332/57, 1 July, 1961, 13- (in English)
9. Ladent vs. Poland, 11036/03, 18 March, 2008, 55- (in English)
10. Labita vs. Italy, 26772/95, 6 April, 2000, (in English)
11. Mowbray A., „Cases, Materials, and Commentary on the European Court on Human Rights” (3rd edn),p. <http://www.oxfordlawtrove.com/view/1093/he/0001/he-9780199577361-chapter-> (2019); (in English)
12. Winterwerp vs. Netherlands, 6301/73, 27 November, 1981,
13. Kurt vs. Turkey, 5/1997/799/1002, 25 May, (in English)
14. Giorgi Nikolaishvili, π37048/04, 13 January, 2009, paragraph.75; Patsuria vs. Georgia, 30779/04, 6 November, 2007, 66- (in Georgian)
15. Bakhmutskiy vs. Russia, 36932/02, 25 June, 2009, 135- (in English)
16. Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, P.211 (in English)
17. Aydin Y., „The delimitation of the scope of one of the guarantees of personal security set out in the European Convention on Human Rights”, p. (in English)
18. Mehmet Hasan Altan vs. Turkey, 13237/17, 10 September, 2018, (in English)
19. Tsarkov vs. Russia, 16854/03, 16 July, 2009, 45; (in English)
20. Selahattin Demirtas vs. Turkey, 14305/17, 20 November, 2018, paragraph.; Ilgar Mammadov vs. Azerbaijan, 15172/13, 20 May, 2014, (in English)
21. Bokhashvili B., Mshvenieradze G., Kandashvili I., Procedural Rights of the Suspects in Georgia, Tb., p. 15, https://www.osgf.ge/files/2016/Publications/Reports_GEO-ENG-Web.pdf (in Georgian)
22. Merabishvili vs. Georgia, 72508/13, 28 November, 2017, (in Georgian)

23. Steel and others vs. UK, 67/1997/851/1058, 23 September, 1998, (in English)
24. Labita vs. Italy, 26772/95, 6 April, 2000, (in English)
25. Talat Tepe vs. Turkey, 31247/96, 21 March, 2005, (in English)
26. Murray vs. UK, 14310/88, 28 October, (in English)
27. Merabishvili vs. Georgia, 72508/13, 14 June, 2016, 72-77; (in Georgian)
28. Leach P., Taking a Case to the European Court of Human Rights, Fourth Edition, p. (in English)
29. Boicenco vs. Moldova, 41088/05, 11 July, 2006, 142- (in English)
30. Selahattin Demirtas vs. Turkey, 14305/17, 20 November, 2018, (in English)
31. Treksel S., Human Rights in the Criminal Procedural Law, Tb., p. Fox, Campbell and Hartley vs. UK, 12244/86, 30 August, 1990, (in Georgian)
32. K-F vs. Germany, 44/1996/76/962, 27 November, (in English)
33. Macovei M., The Right to Liberty and Security of the Person, a guide to the implementation of article 5 of the European Convention of Human Rights, Human rights handbook, no.5, p.
34. Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers, UNITED NATIONS, New York and Geneva, p. (in English)
35. Burduli I., Gotsiridze E., Erkvania T., Zoidze B., Izoria L., Kobakhidze I., Loria A., Macharadze Z., Turava M., Pirtskhalashvili A., Putkaradze A., Kantaria B., Tsereteli D., Jorbenadze S., Commentaries on the Constitution of Georgia, Section 2, Citizenship of Georgia. Basic Rights and Freedoms, Tb., p. (in Georgian)
36. S., V. and A. v .Denmark, 35553/12, 36678/12 and 36711/12, 22 October, (in English)
37. Benham vs. UK, 19380/92, 10 June, 1996, (in English)
38. Shimovolos vs. Russia, 30194/09, 21 June, 2011, (in English)
39. The complexity of the case against the person may be taken into consideration, though only this factor itself is not enough for continuing the arrest.
40. Buzadji vs. Moldova, 23755/07, 5 July, 2016, 88; Piruzyan vs. Armenia, 33376/07, 26 September, 2012, (in English)
41. Merabishvili vs. Georgia, 72508/13, 28 November, 2017, (in Georgian)
42. Nedim Sener vs. Turkey, 38270/11, 8 July, 2014, (In English)
43. W v. Vs. Switzerland, 14379/88, 26 January, 1993, (in English)
44. Khodorkovsky vs. Russia, 5829/04, 31 May, 2011, (in English)
45. Mikhanchuk vs. Russia, 33803/04, 23 April, 2015, 53- (in English)
46. Letellier vs. France, 12369/86, 26 June, 1991, (in English)
47. Panchenko vs. Russia, 45100/98, 8 May, 2005, 106; Mansur vs. Turkey, 16026/90, 8 June, 1995, (in English)
48. Becciev vs. Moldova, 9190/03, 4 October, 2005, (in English)
49. Letellier vs. France, 12369/86, 26 June, 1991, (in English)
50. Jablonski vs. Poland, 33492/96, 21 December, 2000, (in English)
51. Sulaoja vs. Estonia, 55939/00, 15 February, 2005, (in English)
52. Neumeister vs. Austria, 1936/63, 27 June, 1968, (in English)
53. Merabishvili vs. Georgia, 72508/13, 28 November, 2017, (in Georgian)
54. Trzaska vs. Poland, 25792/94, 11 July, 2000, (in English)
55. Ahmet Ozkan vs. Turkey, 21689/93, 6 April, 397-398 (in English)
56. Lelievre vs. Belgium, 11287/03, 8 November, (in English)
57. Belchev vs. Bulgaria, 39270/98, 8 April, 2004, (in English)

58. Kostadinov vs. Bulgaria, 55712/00, 7 February, 2008, 78-(in English)
59. Merabishvili vs. Georgia 72508/13, 28 November, 2017, (in Georgian)
60. Patsuria vs. Georgia, 30779/04, 6 November, 2007, 71 (in Georgian)
61. Merabishvili vs. Georgia, 72508/13, 14 June, 2016, 89-(in Georgian)
62. Yevgeniy Gusev vs. Russia, 28020/05, 5 December, 2013, (in English)
63. Aleksandr Makarov vs. Russia, 15217/07, 12 March, 2009, 129- (in English)
64. Mikiashvili v. Georgia), 18996/06, 9 January, 2013, (in Georgian)
65. Letellier vs. France, 12369/86, 26 June, 1991, (in English)
66. Sopin vs. Russia, 57319/10, 18 December, 2012, (in English)
67. Dragin vs. Croatia, 75068/12, 24 July, 2014, (in English)
68. Bykov vs. Russia, 4378/02, 10 March, 2009, (in English)
69. A.B. vs. Hungary, 33292/09, 16 April, 2013, 23-26; Lakatos and others vs. Serbia, 3363/08, 7 January, 2014, (in English)
70. For example, murder in aggravating circumstances Amirov v. Russia, application no. 51857/13, Judgment of European Court of Human Rights (27 November 2014; paragraph.104), kidnapping a person for the aim of receiving ransom , Artemov v. Russia, application no. 14945/03 (Judgment April 3, 2014, paragraph. 73); kidnapping of a person repeatedly and by a group in the aggravating circumstances (Khloyev v. Russia), application no. 46404/13, Judgment of 2015, February 5, paragraph 98 and etc. (in Georgian)
71. Muller vs. France, 21802/93, 17 March, (in English)
72. Trifkovic vs. Croatia 36653/09, 6 November, 2012, (in English)
73. Mierzejewski vs. Poland, 15612/13, 24 February, 2015, (in English)
74. Aleksey Makarov vs. Russia, 3223/07, 12 June, 2008, (in English)
75. Lonneke L., (May), Pre-Trial Detention: The Presumption of Innocence and Article 5 of the European Convention on Human Rights Cannot and Does Not Limit its Increasing Use, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 17(2), p.177, https://www.researchgate.net/publication/228295001_Pre-Trial_Detention_The_Presumption_of_Innocence_and_Article_5_of_the_European_Convention_on_Human_Rights_Cannot_and_Do_Not_Limit_its_Increasing_Use (2019). (in English)
76. Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, Right to liberty and security, Updated on 31 December P. 37, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf (in English)
77. Prencipe vs. Monaco, 43376/06, 16 October, 2009, (in English)
78. Minimum standards for the Rights of the Accused During Arrest/ Detention– <http://www.arab-niaba.org/publications/hr/jordan2/eric2-e.pdf>, (in English)
79. Milankovic and Bosnak vs. Croatia, 37762/12; 23530/13, 12 September, 2016, (in English)
80. Idalov vs. Russia, 5826/03, 22 May, 2012, (in English)
81. Lelievre vs. Belgium, 11287/03, 31 March, 2018, (in English)
82. Korkelia K., Mchedlidze N., Nalbandovi A., The the compliance of the Georgian legislation with the European Convention and its optional protocols' standards. Tb., p. (in Georgian)
83. Iwanczuk vs. Poland, 25196/94, 15 November, 2001, (in English).
84. Toshev vs. Bulgaria, 56308/00, 10 August, 2006, 69-72 (in English)
85. Gafa vs. Malta, 54335/14, 8 October, 2018, (in English)
86. Georgieva vs. Bulgaria, 16085/02, 3 October, 2008, 15, 30- (in English)
87. Gafa vs. Malta, 54335/14, 8 October, 2018, (in English).
88. Kolakovic vs. Malta, 76392/12, 19 June, 2015, (in English)

89. Leach P., Taking a Case to the European Court of Human Rights, Fourth Edition, p. (in English)
90. Toshev vs. Bulgaria, 56308/00, 10 August, 2006, (in English)
91. Mchedlidze N., The standards of application of European Convention of Human Rights by the general courts of Georgia Tb., p. 90-(in Georgian)
92. Clive Caballero vs. U.K, 32819/96, 8 February, 2000, 20-(in English)
93. Labita vs. Italy, 26772/95, 6 April, 2000, 163- (in English)
94. Ilijkov vs. Bulgaria, 33977/96, 26 July, 2000, 56- (in English)
95. Piruzyan vs. Armenia, 33376/07, 26 September, 2012, (in English)
96. Gafa vs. Malta, 54335/14, 8 October, 2018, 71; Kolakovic vs. Malta, 76392/12, 19 June, 2015, (in English)
97. Mchedlidze N., The standards of application of European Convention of Human Rights by the general courts of Georgia Tb., p. (in Georgian).

BIBLIOGRAPHY:

1. Bokhashvili B., Mshvenieradze G., Kandashvili I., 2016. Procedural Rights of the Suspects in Georgia, Tb., p. 15, https://www.osgf.ge/files/2016/Publications/Reports_GEO-ENG-Web.pdf (in Georgian);
2. Treksel S., 2009. Human Rights in the Criminal Procedural Law, Tb., p. 441 (in Georgian).
3. Burduli I., Gotsiridze E., Erkvania T., Zoidze B., Izoria L., Kobakhidze I., Loria A., Macharadze Z., Turava M., Pirtskhalashvili A., Putkaradze A., Kantaria B., Tsereteli D., Jorbenadze S., 2013. Commentaries on the Constitution of Georgia, Section 2, Citizenship of Georgia. Basic Rights and Freedoms, Tb., p. 139. (in Georgian).
4. Korkelia K., Mchedlidze N., Nalbandovi A., 2003. The the compliance of the Georgian legislation with the European Convention and its optional protocols' standards. Tb., p. 100. (in Georgian).
5. Mchedlidze N., 2017. The standards of application of European Convention of Human Rights by the general courts of Georgia Tb., p. 93.(in Georgian).

მეულღეთა საერთო საკუთრების კანონისმიერი რეჟიმი (საქართველოს სამოქალაქო კანონმდებლობის ანალიზი)

ნიკოლოზ ფხალაძე

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის დოქტორანტი

საკვანძო სიტყვები: თანასაკუთრება, კანონისმიერი, საჯაროობა

შესავალი

მეულღეთა თანასაკუთრების დადგენას სამოქალაქო სამართალში დიდი მნიშვნელობა აქვს. საკითხი თანამედროვე ცხოვრებაში მეტად საინტერესოა, ვინაიდან ქორწინების რეგისტრაცია არის უფლება-მოვალეობების წარმომქმნელი იურიდიული ფაქტი, რომელიც მეულღეებს შორის მათი ქონების სტატუსს განსაზღვრავს როგორც ერთად თანაცხოვრების პერიოდში, ასევე განქორწინების დროს (სსკ-ის 1151-ე მუხლი). ამასთან, ვინაიდან მეულღეთა ქონებრივი ურთიერთობების რეგისტრაცია სანივთო სამართლის მონესრიგების სფეროცაა, ნიშანდობლივია იმის განსაზღვრა, თუ რა სტატუსი აქვს იმ ქონებას, რომელსაც მეულღეები ერთად შექმნიან. ასევე, ყურადღების მიღმა არ უნდა დარჩეს მეულღის მცირედი მონაწილეობით შექმნილი ქონების სამართლებრივი სტატუსი. საკითხის საინტერესო მხარე ისიცაა, რომ მეულღეთა საქორწინო ურთიერთობა სპეციფიკური ხასიათისაა და სწორედ ამიტომ აღნიშნული სტატიის მიზანია მეულღეთა ინდივიდუალური და თანაბარი ქონების სამართლებრივი რეჟიმის ზოგიერთი ასპექტის განსაზღვრა.

უძრავ ნივთის შეძენის რთული პროცედურა პრაქტიკაში განსაკუთრებით აქტუალურია მეუღლეთა თანასაკუთრებასთან დაკავშირებით, როცა მართალია, ფაქტობრივი თვალსაზრისით მეუღლეთა თანასაკუთრება არსებობს, თუმცა იურიდიულად ქონება მხოლოდ ერთი მეუღლის სახელზეა აღრიცხული. ესე იგი, გასარკვევია, როგორია ფაქტობრივ და იურიდიულ თანასაკუთრებას შორის დამოკიდებულება, სახელდობრ, რომელია უპირატესი და რა კრიტერიუმის გამო. დასადგენია, რა მნიშვნელობა აქვს საჯარო რეესტრს.

არანაკლებ პრობლემურია არარეგისტრირებული თანასაკუთრება, როდესაც ერთ-ერთი მეუღლე მისი მეუღლის თანხმობის გარეშე ასხვისებს უძრავ ნივთს და ამის შესახებ არარეგისტრირებული მეუღლე ნასყიდობის ხელშეკრულების დადების შემდეგ იგებს. აქ გასარკვევია, რა სამართლებრივი შედეგები წარმოიშობა კეთილსინდისიერი შემძენისათვის, როდესაც თანამესაკუთრე მეუღლე აღნიშნული ხელშეკრულების ბათილობის საკითხს დასვამს.

როგორც განქორწინების, ისე ქორწინების დროს შეიძლება მეუღლეთა ქონების გაყოფის საკითხი დადგეს. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის (შემდგომში – სსკ-ის) 1160-ე მუხლი არ ადგენს მეუღლეთა მიერ საერთო ქონების განკარგვის იმ წესებს, რომლებიც გამომდინარეობენ მოძრავ და უძრავ ნივთებზე საკუთრების უფლების წარმოშობის განსხვავებული რეჟიმიდან.¹ ამ სტატიაში მეტწილად ყურადღება გამახვილდება უძრავი ნივთის მიმართ მეუღლეთა ქონებრივი ურთიერთობების რეჟიმის განსაზღვრაზე.

1. მეუღლეთა თანასაკუთრების, როგორც საერთო საკუთრების ერთ-ერთი ფორმის, წარმოშობის საფუძვლები

საერთო საკუთრება, როცა ქონება ერთობლივად რამდენიმე პირს ეკუთვნის. შესაბამისად, თითოეული მათგანი მიიჩნევა ამ ქონების თანამესაკუთრედ.² თვით სსკ-ის 173-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, საერთო (თანაზიარი და წილადი) საკუთრება წარმოიშობა კანონის ძალით ან გარიგების საფუძველზე. კანონიდან გამომდინარე საერთო (თანაზიარი)

საკუთრების ერთ-ერთი სახეს წარმოადგენს მეუღლეთა თანასაკუთრება.³ თანაზიარი საკუთრება მაშინ არსებობს, როცა თითოეული თანამესაკუთრის წილი საერთო ქონებაში არის იდეალური წილის სახით. თუ სხვა რამ არაა დადგენილი, მაშინ თითოეულ თანამესაკუთრეს თანაბარი წილი ეკუთვნის.⁴

მეუღლეების მიერ ქორწინების განმავლობაში შეძენილი ქონება საერთოა და ვრცელდება კანონისმიერი ვალდებულების სამართლებრივი რეჟიმი, თუ საქორწინო ხელშეკრულებით არ იქნება ურთიერთობა სხვანაირად მოწესრიგებული (სსკ-ის 1158-ე მუხლი). სსკ-ის 1158-ე მუხლისაგან განსხვავებით, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის ნორმებით დადგენილია, რომ მეუღლეთა თანასაკუთრება წარმოიშობა მაშინ, თუ ეს საქორწინო ხელშეკრულებითაა დადგენილი. ამასთან, გსკ-ის 1415-ე მუხლიდან ჩანს, რომ თუ მეუღლეები საქორწინო ხელშეკრულებით თანხმდებიან მეუღლეთა საერთო ქონების რეჟიმზე, მაშინ მოქმედებს გსკ-ის შემდგომი მუხლები მეუღლეთა ქონებრივი ურთიერთობების შესახებ. აქვე საგულისხმოა, რომ მეუღლეთა პირად ქონებას განეკუთვნება ის ქონება, რომელიც

1 ჩიკვაშვილი შ., 2002, მეუღლეთა თანასაკუთრებაში არსებული ქონების განკარგვის სამართლებრივი პრობლემები, ურნალი „სამართალი“, N11-12, გვ. 41.

2 ზოიძე ბ., 2003. ქართული სანივთო სამართალი, მე-2 გადამუშავება. გამოცემა, გვ. 102.

3 იხ. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2009 წლის 27 მაისის N2ბ/500-09 გადაწყვეტილება.

4 თოთლაძე ლ., 2018. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მე-2, მუხ-173. გვ. 80.

საქორწინო კონტრაქტით საერთო ქონებიდან გამოირიცხა. შესაბამისად, ის ცალკეული საგნები, რომლებიც არ გამოირიცხულა მეუღლეთა საერთო ქონებიდან, ისინი საერთო საკუთრებად განიხილება⁵. თუმცა ეს წარმოიშობა ქორწინების რეგისტრაციის მომენტიდან, ვინაიდან თუ ქალისა და მამაკაცის კავშირი რეგისტრირებული არაა შესაბამის სახელმწიფო ორგანოში, იურიდიული თვალსაზრისით, იგი ქორწინებად არ ითვლება და წარმოადგენს მხოლოდ ქალისა და მამაკაცის თანაცხოვრებას.⁶ ასეთი ფაქტობრივი ქორწინება არ წარმოშობს მექორწინებისათვის სასურველ სამართლებრივ შედეგებს (სსკ-ის 1151-ე მუხლი) და მათ შორის არ მოქმედებს მეუღლეთა თანაბიარი საკუთრების რეჟიმი.

ამასთან, ე. წ. „ეკლესიური ქორწინება“ სამართლებრივ შედეგებს არ წარმოშობს. სწორედ ამიტომ თუ ასეთი კავშირი არ დარეგისტრირებულია, მაშინ ივარაუდება, რომ მეუღლეებს შორის ქონებრივი ურთიერთობები არც წარმოშობილა. შესაბამისად, ამ პირობებში შექმნილი ნივთებიც ერთ-ერთი მეუღლის ინდივიდუალურ საკუთრებად განიხილება.⁷ აქვე საგულისხმოა, რომ საოჯახო ურთიერთობები ფართო ხასიათისაა, მოიცავს როგორც სამართლებრივ, ისე ფაქტობრივ ურთიერთობებს. ამიტომ ოჯახური ურთიერთობა არ იზღუდება მხოლოდ ქორწინებაზე დამყარებული ურთიერთობებით და შეიძლება მოიცავდეს სხვა de facto ოჯახურ კავშირებს, თუ მხარეები ერთად ცხოვრებენ ქორწინების გარეშე.⁸

2. ინდივიდუალური საკუთრებისა და თანასაკუთრების განსაზღვრა

კანონმდებლობით მეუღლეთა საკუთრება იყოფა ორ ნაწილად: ინდივიდუალურ (ანუ განცალკევებულ) და თანაბიარ საკუთრებად ანუ თანასაკუთრებად. ინდივიდუალური ქონება ერთ-ერთ მეუღლეს ეკუთვნის და თვითონ განკარგავს. რაც შეეხება თანაბიარ საკუთრებას, იგი მეუღლეთა მიერ ქორწინების განმავლობაში შექმნილი ქონებაა და მათ უპირველეს ყოვლისა, მიეკუთვნება მეუღლეთა ერთობლივი მოხმარების საგნები, ფულადი შემოსავალი და ხელფასი, არააქვს მნიშვნელობა მათ მიღების წყაროს. თანაბიარია მხოლოდ ის ქონება, რომელიც შექმნილია მეუღლეთა საერთო სახსრებით და განკუთვნილია საერთო სარგებლობისთვის. შესაძლებელია ერთ-ერთი მეუღლის გამგებლობაში აღმოჩნდეს ისეთი ქონება, რომელიც არ ატარებს ინდივიდუალური მოხმარების ხასიათს, მაგალითად: საცხოვრებელი სახლი, ავტომანქანა, ნივთების კოლექცია, ფულადი სახსრები. ინდივიდუალურად ჩაითვლება ისეთი ქონება, თუ მან ეს ქონება მიიღო, მემკვიდრეობით ან ჩუქებით, მხედველობაშია მისაღები ისეთი ფაქტი, როდესაც მემკვიდრეობის დამტოვებელმა, ქონება მემკვიდრეობით დაუტოვოს ორივე მეუღლეს ან უფრო მეტიც ქონების გამჩუქებელმა მეუღლეები დაასაჩუქროს. ჩუქებით ან მემკვიდრეობით მიღებული ქონება თავისი სამართლებრივი ბუნებით ინდივიდუალური ხასიათის უნდა იყოს, უფრო მეტიც შესაძლებელია ქონება ქორწინების პერიოდში იყოს შექმნილი და საერთო მოხმარების დანიშნულებაც გააჩნდეს მას, მაგალითად: მანქანა, მაგრამ თუ იგი შექმნილია მემკვიდრეობით ან ჩუქებით მიღებული თანხების საფუძველზე, იგი უნდა ჩაითვალოს ინდივიდუალური საკუთრების ქონებად, თუმცა მეუღლეთა სახსრებით შექმნილი ყველა ქონება არ ითვლება მათ თანასაკუთრებად.⁹

5 BGB § 1415, § 1416 II.
 6 იხ. ბიჭია მ., 2019. ფაქტობრივი საოჯახო ურთიერთობების სამართლებრივი მნიშვნელობა, ჟურნალი „მსოფლიო და სამართალი“, N 11, 31-32.
 7 იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გავლერების საქმეთა პალატის 2002 წლის 3 აპრილის №3კ/1272-01 გადაწყვეტილება.
 8 ბიჭია მ., 2012. პირადი ცხოვრების დაცვა საქართველოს სამოქალაქო სამართლის მიხედვით, თბ., გვ. 74.

9 შენგელია რ., შენგელია ე., 2017. საოჯახო და მემკვიდრეობის სამართალი, გვ.123-124.

აღნიშნულთან დაკავშირებით საინტერესოა უზენაესი სასამართლოს მსჯელობა: საკასაციო სასამართლოს შეფასების საგანია მოპასუხის მიერ 2014 წლის 19 თებერვალს შექმნილი სადავო ქონების 1/2 წილზე მოსარჩელის საკუთრების უფლების აღიარების მართლობიერება. კასატორი აღნიშნავდა, რომ სადავო უძრავი ნივთი, მან ნაჩუქარი ფულით შეიძინა, ქორწინების განმავლობაში. ამდენად, იგი თვლიდა, რომ ზემოთხსენებული ნივთი მის ინდივიდუალურ თანასაკუთრებად უნდა მიჩნეულიყო (სსკ-ის 1161-ე მუხლის „ბ“ ქვეპუნქტი). საკასაციო სასამართლოს განმარტებით, მიუხედავად იმისა, რომ სადავო უძრავი ნივთი მოპასუხემ მამის ნაჩუქარი ფულით შეიძინა, იგი მოპასუხის ინდივიდუალურ საკუთრებად არ უნდა ჩაითვალოს. ქორწინებაში მყოფი მეუღლის მიერ საჩუქრად მიღებული ნივთის საკუთრების ფორმის განსაზღვრისთვის არსებითია, დადგინდეს მჩუქებლის ნება. განსახილველ შემთხვევაში, მოპასუხის მამის ნება მოპასუხის ოჯახის კეთილდღეობისათვის ზრუნვისკენ იყო მიმართული, რაც იმით დასტურდება რომ მოპასუხე აღნიშნულ ბინაში მეუღლესთან და შვილებთან ერთად ცხოვრობდა. აღნიშნული ბინა მთლიანი ოჯახისთვის იყო განკუთვნილი და მოკლებული იყო ინდივიდუალური მოხმარების ხასიათს.¹⁰ ეს გადაწყვეტილება საინტერესოა იმ კუთხით, რომ ქორწინების განმავლობაში შექმნილმა ქონებამ, რომელიც ერთი შეხედვით „ინდივიდუალური მოხმარების“ ობიექტია, შეიძლება განიცადოს სამართლებრივი ტრანსფორმაცია, რაც დამოკიდებულია, ერთი მხრივ, მჩუქებლის ნებაზე და მეორე მხრივ, უძრავი ნივთის დანიშნულებაზე, თუ რა დანიშნულებით გამოიყენება აღნიშნული ქონება. ამდენად, მიმაჩნია, რომ უზენაესმა სასამართლომ სწორად იმსჯელა, როდესაც ქონება გაყო, და 1/2 ნაწილი მეუღლეს მიაკუთვნა.

ასევე, საინტერესოა უზენაესი სასამართლოს ერთ-ერთი გადაწყვეტილება: მოსარჩელე და კასატორი ერთმანეთთან ქონების თანასაკუთრებად მიჩნევაზე და-

ვობდნენ. მოცემულ საქმეზე დადგენილია, რომ პირმა სადავო უძრავი ნივთი შეიძინა ქორწინებამდე, ნასყიდობის ხელშეკრულებით, და თანხაც გადაიხადა, თუმცა რეგისტრაცია არ განუხორციელებია. უძრავი ნივთი მან დაარეგისტრირა ქორწინების რეგისტრაციის შემდეგ. მეუღლეთა მიერ ქორწინების განმავლობაში შექმნილი ქონება არის მათ საერთო ქონება (თანასაკუთრება), თუ მათ შორის საქორწინო ხელშეკრულებით სხვა რამ არაა დადგენილი (სსკ-ის 1158-ე მუხლი). ამ საქმეში უძრავი ნივთი ქორწინებამდე იყო შექმნილი, მაგრამ ქორწინების განმავლობაშია დარეგისტრირებული. ამასთან, მეორე მეუღლეს ამ უძრავი ნივთის გაუმჯობესებაში მონაწილეობა არ მიუღია. ამდენად, უძრავი ნივთის საბაზრო ღირებულებაც არ მომატებულია. ამდენად, სასამართლომ სამართლიანად ჩათვალა სადავო ნივთი ინდივიდუალურ საკუთრებად.¹¹

ამასთან, მეუღლეებს შეუძლიათ საქორწინო ხელშეკრულებით გაითვალისწინონ ქონების ამა თუ იმ სახისათვის დამახასიათებელი ტრადიციული სამართლებრივი რეჟიმის შეცვლა. ერთად ცხოვრების პერიოდში შექმნილი ქონება თანაზიარად ჩაითვლება იმ შემთხვევაში, თუ ერთ-ერთი მეუღლე ეწეოდა საოჯახო სამქიანობას, უვლიდა შვილებს ან სხვა საპატიო მიზეზების გამო არ ჰქონდა დამოიკიდებელი შემოსავალი. მეუღლეებს გააჩნიათ თანაზიარი საკუთრების განკარგვის თანაბარი უფლებები. შესაბამისად, ისეთი შეთანხმება, რომელიც ზღუდავს რომელიმე მეუღლის უფლებამოსილებას, ბათილად უნდა ჩაითვალოს, ვინაიდან იგი ეწინააღმდეგება კანონის იმპერატიულ ნორმებს. შესაძლებელია მეუღლეები შეთანხმდნენ იმაზე, რომ ინდივიდუალური საკუთრების ყველა ობიექტი ან ნაწილი ჩაითვალოს თანაზიარ საკუთრებად.¹²

10 იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 25.04.2019 გადაწყვეტილება, საქმე №ას-963-2018.

11 იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამენარმეო და გავორების საქმეთა პალატის 2006 წლის 8 სექტემბრის №ას-33-483-06 გადაწყვეტილება.

12 შენგელია რ., შენგელია ე., 2017. საოჯახო და მემკვიდრეობის სამართალი, გვ. 124.

3. მეუღლის ქონების გადაქცევა მეუღლეთა თანასაკუთრებად თოთოეული მეუღლის ქონება შეიძლება განიხილებოდეს მეუღლეთა

საერთო საკუთრებად, თუ გაირკვა, რომ ქორწინების განმავლობაში გაწეული ხარჯების შედეგად ამ ქონების ღირებულება მნიშვნელოვნად გაიზარდა. ეს წესი არ გამოიყენება მაშინ, როცა საქორწინო ხელშეკრულებით აღნიშნული სხვაგვარად იქნება მოწესრიგებული. ქონების ცნება კრებითი ხასიათისაა და მოიცავს არა მხოლოდ ნივთებსა და სანივთო უფლებებს, არამედ ვალდებულებითი ხასიათის მოთხოვნებსაც, რომლებიც მეუღლეთა თანაცხოვრების პერიოდში შეიქმნა.¹³

როდესაც ქონება მართალია, შეძენილია მეუღლეთა საერთო სახსრების საფუძველზე, მაგრამ განკუთვნილია ერთი მათგანის ინდივიდუალური სარგებლობისთვის, იგი უნდა ჩაითვალოს ინდივიდუალურ საკუთრებად, ასეთია მაგალითად: საყურე, ტანსაცმელი, ყელსაბამი. სხვა მიდგომა არსებობს სამკაულების მიმართ, ვინაიდან კანონი ასეთი ქონების კატეგორიიდან გამორიცხავს ძვირფასეულობას, თუმცა არ აზუსტებს, რომელი ნივთები მიეკუთვნება მას. პრაქტიკაში ძვირფასეულობას მიეკუთვნება ისეთი ნივთები, რომლებიც არაა აუცილებელი ყოფითი მოთხოვნილებების დასაკმაყოფილებლად. ასეთი ნივთები, მიუხედავად რომელიმე მეუღლის ინდივიდუალური სარგებლობისა, მეუღლეთა თანაზიარ საკუთრებას წარმოადგენს. რაც შეეხება ამ ნივთების მიჩნევას ძვირფასეულობად, ეს სასამართლოს განხილვის საგანია. ამასთან, კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევაში მეუღლეთა ინდივიდუალური საკუთრება შეიძლება გადაიქცეს, თანაზიარად. ქონების ასეთი ტრანსფორმირება ხდება მაშინ, როდესაც ამ ქონების ღირებულება, ქორწინების განმავლობაში მნიშვნელოვნად გაიზარდა. ეს შესაძლებელია მაგალითად მშენებლობის დასრულების,

არსებითად გადაკეთების, კაპიტალური რემონტისა და სხვა შემთხვევაში. თუ ერთ-ერთი მეუღლე არ მუშაობს საპატიო მიზეზების გამო, და არ გააჩნია დამოუკიდებელი შემოსავალი, ეს არ იძლევა ღირებულებამომატებული ინდივიდუალური საკუთრების მეუღლეთა თანასაკუთრებად გარდაქმნის საწინააღმდეგო არგუმენტად გამოდგეს. თუ შენობის ან ნაგებობის მიმდინარე რემონტი ან ხარჯების ისეთი რაოდენობით გაწევა, რომელიც მათ ღირებულებას მნიშვნელოვნად არ ზრდის, მაშინ ერთ-ერთი მეუღლის ინდივიდუალურ საკუთრებაში ქრებული ქონების სამართლებრივი რეჟიმი არ შეიცვლება.¹⁴

საინტერესოა სკანდინავიის ქვეყნების მაგალითი, სადაც ერთ-ერთი მეუღლე საკუთრების უფლებას არაპირდაპირ მოიპოვებს მეორე მეუღლის უძრავ ნივთზე. ნორვეგიული კანონმდებლობის მიხედვით, განქორწინების დროს მეუღლეები თანაბრად იყოფენ ქონებას. 1975 ნორვეგიის უზენაესმა სასამართლომ მიანიჭა ერთ-ერთ მეუღლეს იმის უფლებამოსილება, რომ საკუთრების უფლება შეეძინა უძრავ ნივთზე, თუ იგი უვლიდა შვილებს და დაკავებული იყო საოჯახო საქმიანობით. ამდენად, აღნიშნულ საქმეს „ოჯახის დიასახლისი“ („Housewife case“) ეწოდა. ამასთან, მეუღლის მხრიდან არაპირდაპირი მონაწილეობის მიღება, რაც გულისხმობს ბავშვების მოვლას, და საოჯახო მეურნეობის გაწევას, საკმარისია რომ ამ უკანასკნელმა უფლება მოიპოვოს მისი მეუღლის თანხებით შეძენილ უძრავ ნივთზე, ასეთივე პრაქტიკაა დანიაში და შვედეთში.¹⁵

4. მეუღლეთა თანასაკუთრების ბანკარბვა

საერთო საკუთრების უფლების სპეციფიკა ისაა, რომ საერთო საგანში მოიაზრება თითოეული მონაწილის საკუთრე-

14 შენგელია რ., შენგელია ე., 2017. საოჯახო და მემკვიდრეობის სამართალი, გვ. 117-124.
15 Resetar B., 2008. Matrimonial Property in Europe, A Link between Sociology and Family Law, Electronic Journal of Comparative Law; vol. 12.3 , p.4.

13 ჩიკვაშვილი შ., 2004. საოჯახო სამართალი, გვ. 122.

ბის უფლებების ობიექტები – წილები, ხოლო საგნის ფლობის, სარგებლობისა და განკარგვის საჭიროება ერთად იწვევს თანამესაკუთრეთა რთულ ურთიერთდამოკიდებულებას.¹⁶

სსკ-ის 1160-ე მუხლის მე-3 ნაწილით მეუღლეს, როგორც თანამესაკუთრეს, მიენიჭა ქონების განკარგვით მიღებული სარგებლის მოთხოვნის უფლება. ამასთან, ერთ-ერთ მეუღლეს არ აქვს უფლება, განკარგოს მეუღლეთა თანასაკუთრებაში არსებული ქონების დამოუკიდებლად, თანამესაკუთრესთან შეუთანხმებლად¹⁷. მეუღლეთა თანასაკუთრებაში შემავალი ქონების ფლობა, სარგებლობა და განკარგვა ეფუძნება ურთიერთშეთანხმებას (სსკ-ის 1159-ე მუხლი). თანამესაკუთრის მიერ თანასაკუთრებით სარგებლობა შეიძლება გამოიხატოს იმაში, რომ სხვა თანამესაკუთრებთან შეთანხმებით დააგირავოს ან უფლებრივად დატვირთოს საერთო საკუთრება თავისი ინტერესების სასარგებლოდ. მაგალითად, მას აქვს უფლება, ბანკიდან აიღოს კრედიტი და გირავოს სახით გამოიყენოს საერთო საკუთრებაში არსებული ავტომანქანა. ამ შემთხვევაში ქონების დამგირავებელია ყველა თანამესაკუთრე და ამ ინტერესის მატარებელი თანამესაკუთრეც. ანალოგიურად ხდება მეუღლის მიერ საერთო საკუთრებაში შემავალი ქონების განკარგვა, რადგან ერთ-ერთი მეუღლის მოქმედებისას იგარაუდება, რომ მეორე მეუღლესაც იგივე უფლება-მოვალეობები წარმოეშობა.¹⁸

საფრანგეთში, საერთო საკუთრებას მეუღლეები განკარგავენ თანაბრად, ამ სისტემისათვის დამახასიათებელია „prestation compensatoire“, რაც ნიშნავს სარგებლის გადახდას. ამ დახმარების გადახდას სასამართლო ავალდებულებს ერთ-ერთ მეუღლეს, მიზანი კი ისაა რომ ფინანსურად

სუსტი მეუღლე შეძლებისდაგვარად კარგ ფინანსურ მდგომარეობაში აღმოჩნდეს. კანონი აგრეთვე ერთ-ერთ მეუღლეს აძლევს საშუალებას, გადასცეს უძრავი ქონება მეორე მეუღლეს, რაც „compensatory allowance“, ანუ ფულად დახმარებას გულისხმობს.¹⁹

სსკ-ის 1159-ე მუხლის საფუძველზე, თანასაკუთრებაში არსებულ ქონებაზე მეუღლეებს აქვთ თანაბარი უფლებები. ამ ქონების ფლობა, სარგებლობა და განკარგვა ხორციელდება მეუღლეთა ურთიერთშეთანხმებით. მეუღლეთა საერთო ქონების განკარგვისთვის დადგენილია მეორე მეუღლის თანხმობის აუცილებლობა. სსკ-1160-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, მეუღლეთა საერთო ქონებით განკარგვისათვის აუცილებელია მეუღლეთა ურთერთშეთანხმება, მიუხედავად იმისა, თუ რომელი მეუღლე განკარგავს ამ ქონებას. ამდენად, ასეთი შეთანხმების არარსებობისას ერთ-ერთი მეუღლის მიერ ქონების განკარგვა არის კანონის დარღვევით დადებული გარიგება, თუმცა ერთ-ერთი მეუღლის მიერ დადებული გარიგება ვერ იქნება ბათილად ცნობილი მეორის მოთხოვნით, იმ საფუძველზე რომ ა) მან არ იცოდა გარიგების შესახებ, ან ბ) ის არ ეთანხმებოდა გარიგებას. მოცემულ შემთხვევაში ერთმანეთს უპირისპირდება კეთილსინდისიერი შემძენისა და თანამესაკუთრე მეუღლის ინტერესები. კანონი უფრო მეტად იცავს კეთილსინდისიერ შემძენს, ვინაიდან არსებობს ვარაუდი, რომ ერთი მეუღლე ეთანხმება მეორე მეუღლის მიერ გამოვლენილ ნებას. აქედან გამომდინარე, ცოლისა და ქმრის სტატუსიც ანალოგიურად ქმნის ასეთი კანონისმიერი ვარაუდის საფუძველს. ამასთან, სსკ-ის 1160-ე მუხლის მე-3 ნაწილით მეუღლეს, როგორც თანამესაკუთრეს, მიენიჭა ქონების განკარგვით მიღებული სარგებლის მოთხოვნის უფლება. თუ არსებობს მეუღლეთა თანასაკუთრებაში არსებული ქონების განკარგვასთან დაკავშირებით ქონების დაბრუნების წინაპირობები,

16 ბიჭია მ., 2018. კანონისმიერი ვალდებულებებით ურთიერთობები, მეორე გამოცემა, გვ. 70-71.

17 იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2013 წლის 11 თებერვლის Nას-1136-1067-2012 გადაწყვეტილება.

18 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2013 წლის 4 თებერვლის Nას-1563-1466-2012 გადაწყვეტილება.

19 Resetar B., 2008. Matrimonial Property in Europe, A Link between Sociology and Family Law, Electronic Journal of Comparative Law, Vol.12.3, p.6.

მეუღლეს შეუძლია მოითხოვოს ქონების განკარგვით მიღებული სარგებელი.²⁰

აღნიშნულთან დაკავშირებით საინტერესოა უზენაესი სასამართლოს მსჯელობა:

მეუღლეთა მიერ ქორწინების განმავლობაში შეძენილი ქონება არის მათი საერთო ქონება (თანასაკუთრება), თუ საქორწინო ხელშეკრულებით სხვა რამ არაა დადგენილი. ამასთან, ასეთი ქონების მიმართ მეუღლეებს თანასაკუთრების უფლება წარმოეშობათ იმ შემთხვევაშიც, როცა ერთ-ერთი მათგანი ეწეოდა საოჯახო საქმიანობას, უვლიდა შვილებს ან სხვა საპატიო მიზეზების გამო არ ჰქონია დამოუკიდებელი შემოსავალი.²¹

ასევე, უახლესი პრაქტიკა ადასტურებს, რომ თუ უძრავი ნივთი შეძენილია ქორწინებისას, იგი მაინც მიიჩნევა თანაზიარ საკუთრებად, რომელი მეუღლის სახელზედაც არ უნდა იყოს დარეგისტრირებული ეს ქონება. ამასთან, მასზე, გარდა საოჯახო სამართლის ნორმებისა, სსკ-ის 959-ე მუხლიც გავრცელდება.²²

ზემოაღნიშნულის საფუძველზე, პრაქტიკაში გარკვეული გაუგებრობა შეიძლება წარმოიშვას, თანაზიარი საკუთრების უძრავი ქონების ერთ-ერთი მეუღლის მიერ განკარგვასთან დაკავშირებით. როგორც ცნობილია, მოძრავი და უძრავი ქონების სამართლებრივი მდგომარეობა განსხვავებულია. უძრავ ნივთებზე უფლებების წარმოშობის, შეცვლის და შეწყვეტის საფუძველს წარმოადგენს მისი სახელმწიფო რეგისტრაცია, ასეთი ქონება კი შეიძლება დარეგისტრირდეს ერთი მეუღლის სახელზე, რაც მას, განსაკუთრებულ უფლებამოსილებას ანიჭებს, რადგან მესაკუთრედ იგია რეგისტრირებული. გამოდის რომ, მესაკუთრედ რეგისტრირებული მეუღლის გარეშე, ქონება სხვასაც ეკუთვნის.²³

საჯარო რეესტრის ძირითადი ამოცანაა, სწორად ასახოს რეგისტრაციას დაქვემდებარებული ყოველგვარი უფლება, მათ შორის საკუთრების უფლება და მისი მდგომარეობა. საკითხი განსაკუთრებით აქტუალურია იმის გამო, რომ საჯარო რეესტრის მონაცემებზე ვრცელდება სისრულისა და უტყუარობის პრეზუმფცია, ვიდრე საპირისპირო არ დამტკიცდება. აქედან გამომდინარე, მესამე პირებისათვის ეს ჩანაწერი მიიჩნევა სწორად მათი უზუსტობის დამტკიცებამდე. პრობლემა მაშინ შეიძლება წარმოიშვას, როცა რეესტრში რეგისტრირებული უფლება არ შეესაბამება უშუალოდ ამ უფლების ნამდვილ შინაარსს.²⁴ აქვე საყურადღებოა, რომ არაა მიზანშეწონილი, სსკ-ის 1158-ე მუხლს მიენიჭოს საკუთრების უფლების დამფუძნებელი ძალა, რადგან ამ შემთხვევაში რეესტრის მონაცემთა უტყუარობისა და სისზრულის პრეზუმფცია, რომელიც, პირველ რიგში, კეთილსინდისიერი შემძენის ინტერესებს იცავს. მოქმედი წესით უდავოდ უნდა ჩაითვალოს, რომ, მართალია, სსკ-ის 1158-ე მუხლი აფუძნებს მეუღლეთა თანასაკუთრების უფლებას, რაც თავისთავად წარმოშობს მოთხოვნას, თუმცა ამ მოთხოვნის კანონით დადგენილი ფორმით განხორციელება მხოლოდ საკუთრების უფლებას ქმნის. არადა ეს ნორმა უძრავი ნივთების შეძენისას წერილობითი გარიგების ჩანაცვლებას ახდენს. ამავდროს, საკუთრების უფლების დასარეგისტრირებლად უნდა იყოს მეუღლეთა ქორწინების მოწმობა, ასევე, საჯარო რეესტრში მესაკუთრედ რეგისტრირებული მეუღლის წერილობითი დადასტურება იმაზე, რომ მეუღლეთა შორის არაა საქორწინო ხელშეკრულებით დადგენილი სსკ-ის 1158-ე მუხლისაგან განსხვავებული რეგულირება ქონებრივი უფლებების შესახებ. მეუღლის მიერ ასეთი დასტურის გაუცემლობისას შესაძლოა, აღნიშნული „თანაქმედება“ მას მოეთხოვოს მეორე მეუღლისაგან. რაც შე-

20 ბიჭია მ., 2019. მეუღლეთა ქონებრივი ურთიერთობების რეჟიმის დადგენის თავისებურებები საქართველოს სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, უურნალი, „მართლმსაჯულება და კანონი“, N1, გვ. 89-90.

21 სსკ-1158-ე მუხლი.

22 ჯორბენაძე ს., 2016. ხელშეკრულების თავისუფლების ფარგლები სამოქალაქო სამართალში, გვ.225.

23 შენგელია რ., 2017. შენგელია ე., საოჯახო მემკვიდრეობის სამართალი, გვ.121.

24 ბიჭია მ., 2019. მეუღლეთა ქონებრივი ურთიერთობების რეჟიმის დადგენის თავისებურებები საქართველოს სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, უურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, N1, 93.

ეხება მოძრავ ნივთს, მისი შეძენაც ხდება ქორწინების განმავლობაში და იგი, საოჯახო კანონმდებლობის შესაბამისად, არ განეკუთვნება ინდივიდუალურ ნივთებს, იგი მიჩნეულ უნდა იქნეს მეუღლეთა თანასაკუთრებად. მფლობელობაში გადაცემა ასეთ შემთხვევაში ასევე არ არის სავალდებულო წინაპირობა, ვინაიდან იგი დაცულად უნდა ჩაითვალოს იმ მომენტისათვის, როდესაც ერთ-ერთი მეუღლე მიიღებს ნივთს მფლობელობაში.²⁵

5. მეუღლეთა თანასაკუთრების რეგისტრაციისთან დაკავშირებული პრობლემები

აქტუალურია მეუღლეთა მიერ ერთად ცხოვრების პერიოდში შექმნილი უძრავი ნივთების სამართლებრივი რეჟიმის მონესრიგების საკითხი, რასთან დაკავშირებითაც დიდი მნიშვნელობა ენიჭება ასეთი ქონების რეგისტრაციას. როგორც უკვე აღინიშნა „უძრავი ნივთის შესაძენად აუცილებელია გარიგების წერილობითი ფორმით დადება და ამ უფლების საჯარო რეგისტრირება რეგისტრაცია“.²⁶

მართალია, აღნიშნული ნორმა გარიგების საფუძველზე წარმოშობილ უფლებაზე ამახვილებს ყურადღებას, თუმცა ნებისმიერ შემთხვევაში უძრავ ნივთებზე საკუთრების უფლების შესაძენად აუცილებელია რეგისტრირება რეგისტრაციით, მათ შორის მეუღლეთა თანაცხოვრების განმავლობაში შექმნილ უძრავ ნივთებზეც, ხოლო სსკ-ის 1158-ე მუხლის თანახმად „მეუღლეთა მიერ ქორწინების განმავლობაში შექმნილი ქონება წარმოადგენს მათ საერთო ქონებას (თანასაკუთრებას), თუ მათ შორის საქორწინო ხელშეკრულებით სხვა რამ არარის დადგენილი.“²⁷

25 ჩაჩავა ს., 2011, მოთხოვნებისა და მოთხოვნის საფუძვლების კონკურენცია კერძო სამართალში, თბ., 177-179.

26 სსკ მუხ. 959.

27 ლაფაჩი ე., 2016. უძრავ ნივთებზე სანივთო უფლებათა რეგისტრაციის გავლენა სანივთო უფლებათა განხორციელებაზე და დაცვაზე, სადისერტაციო ნაშრომი, გვ.100.

მოყვანილი ნორმების კონკურენცია პრობლემას ქმნიდა ასეთი ნივთების განკარგვის დროს, სსკ-ში ამ პრობლემის გადაწყვეტის მიზნით, შემუშავებულ იქნა წესი, რის მიხედვითაც, მეუღლეთა თანასაკუთრებაში არსებული ქონების განკარგვასთან დაკავშირებით ერთის მიერ დადებული გარიგება ვერ იქნება ბათილად ცნობილი, მეორეს მოთხოვნით იმ საფუძველით რომ : მან არ იცოდა გარიგების დადების შესახებ და არ ეთანხმებოდა, გარიგების დადებას. მეუღლეთა მიერ ქორწინების განმავლობაში შექმნილი ქონება „საერთო საკუთრებად იქცევა მხოლოდ ორივე მეუღლის უფლების საჯარო რეგისტრირება რეგისტრაციით“. ამდენად, ის მეუღლე, რომელიც არ იქნება დარეგისტრირებული საჯარო რეგისტრირებაში, კარგავს ამ უფლებას უძრავ ნივთზე. აღნიშნული მიდგომა სამართლიანია კეთილსინდისიერი შემძენის ინტერესების დაცვის დროს, მაგრამ ასეთი მოწესრიგებით, მეორე მეუღლე რომლის ინტერესებიც ილახება, არც თუ ისე სახარბიელო მდგომარეობაში ვარდება. იმისათვის რომ კეთილსინდისიერი მეუღლის ინტერესები დაცული იქნეს, მიმაჩნია რომ რეგისტრირების თანამშრომელმა გადაამოწმოს ინფორმაცია, უძრავი ნივთის რეგისტრაციის დროს, იმყოფება თუ არა ქორწინებაში რეგისტრაციით დაინტერესებული პირი. ამდენად, მეუღლეთა თანაცხოვრების განმავლობაში შექმნილი უძრავი ნივთი უნდა აღირიცხოს, მეუღლეთა თანასაკუთრებად, თუ რა თქმა უნდა, მეორე მეუღლე უარს არ იტყვის თავის წილზე. ქორწინებაში იმყოფება თუ არა პირი, ამის გადამოწმება შესაძლებელია სააქტო ჩანაწერებისადმი საჯარო რეგისტრირების შესაბამისი თანამშრომლისათვის წვდომის უფლების მინიჭებით. იმ შემთხვევაში თუ ქორწინების კონტრაქტი არსებობს, მისი შინაარსის ხელმისაწვდომობა ნოტარიუსებთან არსებული საქორწინო კონტრაქტების რეგისტრირება იქნება შესაძლებელი. საკითხის ასეთი გადაწყვეტით დაცული იქნება, როგორც ორივე მეუღლის საკუთრების უფლება, ასევე შემძენის ინტერესებიც.²⁸

28 ლაფაჩი ე., 2016. უძრავ ნივთებზე სანივთო უფლე-

საკითხი კიდევ უფრო აქტუალურია, თუ ერთ-ერთი მეუღლე განკარგავს საერთო საკუთრებაში არსებულ ქონებას მეორე მეუღლის წილის საჯარო რეესტრში დაურეგისტრირებლად. საქმე ისაა, რომ საჯარო რეესტრის ფუნქცია მნიშვნელოვანია როგორც მეუღლის, ისე მესამე პირთა ინტერესების დაცვისთვის. სწორედ ამ კონტექსტში შეიძლება შევჯავსოთ სანივთო და საოჯახო სამართლის ნორმები ერთმანეთს, თუმცა საქმე არ ეხება ზოგად და სპეციალურ ნორმებს შორის მიმართების განსაზღვრას. მოცემულ შემთხვევაში როგორც სანივთო, ისე საოჯახო სამართლის ნორმები განიხილება სპეციალურად და ურთიერთგამომრიცხავ კონკურენციანზე საუბარი ვერ იქნება გამართლებული. საქმე ისაა, რომ ფაქტობრივად ორივე სამართლის ნორმა ერთად უნდა იყოს გამოყენებული და ისინი ერთმანეთს ავსებენ.²⁹ მიმაჩნია რომ შემძენი ვალდებულია ყველა შემთხვევაში დაადგინოს უძრავ ნივთთან დაკავშირებული იურიდიული ფიქციიდან თუ ობიექტური სინამდვილიდან რომელია ქვეშარტი, უფრო მეტიც შემძენი რომელიც გამსხვისებლის ახლო ნათესავია არ შეიძლება ჩაითვალოს „კეთილსინდისიერ შემძენად“ ვინაიდან იგი ინფორმირებულია იმის შესახებ რომ რეესტრში რეგისტრირებული გამსხვისებლის გარდა აღნიშნული უძრავი ნივთი სხვასაც ეკუთვნის ამ საკითხთან დაკავშირებით უზენაესი სასამართლოს მსჯელობაც მართებულია³⁰.

6. საერთო ქონების გაყოფა ქორწინების განმავლობაში

როდესაც ერთ-ერთი მეუღლე მოქმედებს თანაზიარი საკუთრების მათვის ან განკარგვის მიზნით, იმავდროულად ითვლება

ბა მეორე მეუღლის ნების გამოვლენადაც. კანონით განსაზღვრულ ზოგიერთ შემთხვევაში საჭიროა მეორე მეუღლის წერილობითი თანხმობა. მეუღლეთა თანაზიარი საკუთრება განსხვავდება საერთო წილობრივი საკუთრებისაგან, ვინაიდან წილობრივი საკუთრება შეიძლება გააჩნდეთ ორ ამ მეტ პირს, მათ შორის არარეგისტრირებულ ქალსა და მამაკაცს.

ქვრივი მეუღლის სამომავლო ინტერესების დაცვა მეტად მნიშვნელოვანია, მემკვიდრეობის სამომავლო დაგეგმვის დროს. საერთო რეჟიმის დროს სამოქალაქო კოდექსის 1446-ე მუხლის დისპოზიცია განმარტავს რომ: იმ შემთხვევაში თუ კანონისმიერი რეჟიმის დროს ერთ-ერთი მეუღლე დაიღუპება, მაშინ ქვრივს შეუძლია მიიღოს საოჯახო საცხოვრებელი მასში შემავალი ავეჯით. სამოქალაქო კოდექსის 1447-ე მუხლის თანახმად, განქორწინების შემთხვევაში საოჯახო საცხოვრებელი იმ მეუღლეს უნდა დარჩეს, რომელიც მსხვეპლი იყო ქორწინების განმავლობაში ან ოჯახის მიზნებიდან და ინტერესებიდან მისთვის მიკუთვნება სასარგებლო იქნება. განცალკევებული ქონების რეჟიმს თანახმად მნიშვნელოვანი შედეგები განქორწინების დროს. როდესაც მეუღლეები ერთ საერთო საოჯახო საცხოვრებელში ცხოვრობენ და ამავდროულად ისინი ვალდებულებით ურთიერთობებში იმყოფებიან კრედიტორებთან ისინი ვალდებულნი არიან განქორწინების დროს კრედიტორებს ამის შესახებ აცნობონ. ინდივიდუალური რეჟიმის დროს, მეუღლეს შესაძლებლობა ეძლევა ფინანსური წვლილი შეიტანოს მისი მეუღლის ქონების გაუმჯობესებაში თუმცა იმ შემთხვევაში როდესაც განქორწინება მოხდება ერთ-ერთ მეუღლეს შესაძლებლობა აქვს უკან მოითხოვოს მისი მხრიდან დახარჯული თანხები, თუ ამ უკანასკნელმა ქორწინების განმავლობაში თავის მეუღლეზე ნაკლები საჩუქარი მიიღო მესამე პირებისაგან.³¹

ბათა რეგისტრაციის გავლენა სანივთო უფლებათა განხორციელებაზე და დაცვაზე, სადისერტაციო ნაშრომი, გვ.101.

29 ბიჭია მ., 2019. მეუღლეთა ქონებრივი ურთიერთობების რეჟიმის დადგენის თავისებურებები საქართველოს სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, ურნალი მართლმსაჯულება და კანონი, N1, გვ.101.

30 იხ. პრეტაქტუა უზენაესი სასამართლოს 2010 წლის 30 აპრილის №ას-571-879-09 განჩინება.

31 J. Laruelle., 2016. La Transmission du Patrimoine Immobiliere au Conjoint Survivant, Le Contrat du Mariage comme outil de planification successorale

ქონების განკარგვა შეუძლია ერთ-ერთ მეუღლეს ან ორივეს ერთად. ამასთან, გარიგების დადებისას მეუღლეთა ნება თავისუფლად უნდა იყოს გამოვლენილი. როცა ერთი მეუღლე განკარგავს ქონებას, იგულისხმება რომ მეორე მეუღლეს თანახმაა ამაზე და არაა საჭირო მინდობილობის წარდგენა გარიგების დასადავად. მესამე პირები არარიან ვალდებულნი დარწმუნდნენ მეორე მეუღლის თანხმობის არსებობაში, როდესაც ისინი გარიგებას დებენ ერთ-ერთ მეუღლესთან. ერთი მეუღლის მიერ დადებული გარიგება არ შეიძლება მეორემ სადავო გახადოს, იმის გამო რომ მას ამაზე თანხმობა არ მიუცია, თუმცა არსებობს ისეთი შემთხვევები, როდესაც ქმარმა ცოლის საავადმყოფოში ყოფნის დროს გაყიდა მეწველი ძროხა და ამით ოჯახი მძიმე მატერიალურ მდგომარეობაში ჩააყენა, ასეთ შემთხვევაში სასამართლო ამ გარიგებას გააბათილებს, რადგან ქმარმა იცოდა, რომ ასეთი უფლება მას არ ჰქონდა ცოლის თანხმობის გარეშე, თუმცა მაინც დადო გარიგება.³²

უძრავ ქონებებზე უფლების წარმოშობის, შეცვლის ან შეწყვეტის საფუძველს წარმოადგენს მისი სახელმწიფო რეგისტრაცია, ასეთ ქონება კი შეიძლება დარეგისტრირდეს ერთ-ერთი მეუღლის სახელზე, ეს კი მას განსაკუთრებულ უფლებამოსილებას ანიჭებს, ვინაიდან მხოლოდ მისთვის წარმოიშობა საკუთრების უფლება. გათვალისწინებულია, რომ მესაკუთრედ რეგისტრირებული მეუღლის გარდა, ქონება სხვასაც ეკუთვნის. ასეთ შემთხვევაში იგულისხმება მეორე მემკვიდრე რომელიც არარის რეგისტრირებული როგორც მესაკუთრე, ამიტომ უძრავი ქონების შემძენი ვერ დაეყრდნობა სარეგისტრაციო ორგანოს მონაცემთა უტყუარობას. ასევე გაურკვეველია იმ მეუღლის მდგომარეობა, რომელიც ფაქტობრივად საერთო ქონების თანამესაკუთრეა მაგრამ არარის რეგისტრირებული როგორც მესაკუთრე, ეს კი მას უფლებას და შესაძ-

ლებლობას უკარგავს განკარგოს თანაზიარი ქონება სურვილისამებრ.

არარეგისტრირებულ თანამესაკუთრეს მხოლოდ ქონების განკარგვით მიღებული სარგებლის მოთხოვნის უფლება აქვს. ეს დღის წესრიგში აყენებს სსკ-ის 1160-ე მუხლში ცვლილების შეტანის აუცილებლობას, რაც გულისხმობს თანაზიარი ქონების ორივე მეუღლის სახელზე რეგისტრაციის სავალდებულობას. ეს, ერთი მხრივ, თანამესაკუთრე ერთ-ერთ მეუღლის ინტერესებს დაიცავს, და მეორეს მხრივ თანაზიარი საკუთრების შემძენის ინტერესებს, ამ ყველაფრის აუცილებლობას სასამართლო პრაქტიკა ადასტურებს.³³ იყო ასეთი შემთხვევა: როდესაც ქორწინების განმავლობაში შეძენილი ქონება, ერთ-ერთმა მეუღლემ გაასხვისა მესამე პირზე ისე რომ თანაზიარი მეუღლე საქმის კურსში არ იყო. ამას მოჰყვა სარჩელის აღძვრა მოსარჩელესაგან და თავისი კუთვნილი წილის მოთხოვნა, უზენაესმა სასამართლომ დააკმაყოფილა სარჩელი და მეუღლეს დააკისრა მის მიმართ წილის გადახდა.

მეუღლეთა საერთო საკუთრება მათ ეკუთვნით თანაბრად, წილის წინასწარ განუსაზღვრელად, თუმცა ამ წილის განსაზღვრა შესაძლებელია მოხდეს ერთ-ერთი მეუღლის ან ორივე მათგანის მიერ თანაზიარი ქონების გაყოფის მოთხოვნის შემთხვევაში.³⁴

დასკვნა

კვლევიდან ჩანს, რომ სამოქალაქო სამართლებრივი ურთიერთობათაგან ერთ-ერთია საოჯახო ურთიერთობაც, რომელიც ფართო შინაარსის მატარებელია. მასში შედის საოჯახოსამართლებრივი და ფაქტობრივი საოჯახო ურთიერთობა.

მართალია, საოჯახო ურთიერთობებში ფაქტობრივი ელემენტებიც ჩანს, მაგრამ

³² N.26.878, p.297-300. შენგელია რ., შენგელია ე., 2017. საოჯახო მემკვიდრეობის სამართალი, გვ.124.

³³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 25 აპრილის Nას-587-587-2018 გადაწყვეტილება.

³⁴ შენგელია რ., შენგელია ე., 2017. საოჯახო და მემკვიდრეობის სამართალი, გვ. 123-124.

მხოლოდ ქორწინების რეგისტრაცია წარმოშობს მეუღლეებს შორის ქონებრივ და პირად უფლებებს, ვინაიდან ქორწინება უფლებანარმომშობი იურიდიული ფაქტია. ამასთან, სამართლიანად აღინიშნა იურიდიულ ლიტერატურაში, რომ პარტნიორთა ფაქტობრივი თანაცხოვრება ისეთი საოჯახო ურთიერთობაა, რომელშიც წყვილები შედიან ქორწინების დადგენილი წესით რეგისტრაციის გარეშე. დაუქორწინებელი წყვილების შინაგანი სამყარო მნიშვნელოვნად თავისუფალია სამართლებრივი მოწესრიგებისაგან. საოჯახო ურთიერთობები, მათი სპეციფიკის გათვალისწინებით, წარმოუდგენელია პირადი და ინტიმური ასპექტების გარეშე, რომლებიც გარკვეულ ფაქტობრივ საწყისებს შეიცავს და გვხვდება საოჯახო ურთიერთობებში. თუმცა ფაქტობრივი თანაცხოვრება არ უკავშირდება საოჯახოსამართლებრივ შედეგებს.³⁵

შესწავლილი მასალიდან ირკვევა, რომ მეუღლეთა ქონებრივი ურთიერთობების წარმოშობის ერთ-ერთი საფუძველია კანონი. ამიტომ ასეთ ურთიერთობებს შეიძლება ეწოდოს მეუღლეთა კანონისმიერი ქონებრივი ურთიერთობები. ისინი უკავშირდება თანასაკუთრებაში შემავალი ქონების მართვას, განკარგვას, გაყოფას, ვალის გასტუმრებას.

ამდენად, კანონისმიერი ქონებრივი ურთიერთობის უნივერსალურობა კი იმაში გამოიხატება, რომ მეუღლეებს ერთმანეთისაგან დამოუკიდებლად შეუძლიათ განახორციელონ თანასაკუთრებაში არსებული უძრავ-მოდრავი ქონების მართვა. ისინი უფლებამოსლნი არიან მესამე პირებთან დადონ გარიგება საერთო საკუთრების უზრუნველყოფით. აღნიშნული ინსტიტუტი მეტად მოქნილია და ხელს უწყობს ცოლ-ქმრის ქონების მართვის რეჟიმის შეცვლას, იმ შემთხვევაში, თუ ამის საჭიროება დადგა, კერძოდ საერთო ქონების გაყოფა ქორწინების განმავლობაში.

საერთო საკუთრების რეგისტრაციას

ორივე მეუღლის სახელზე, გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს, ამდენად თუ იგი ამას არ ახორციელებს მაშინ ერთგვარად რისკის ქვეშ დააყენებს თავის წილს, რომელთან მიმართებაშიც მას ეკისრება სრული პასუხისმგებლობა. ამ შემთხვევაში კეთილსინდისიერი მეუღლე არ არის დაცული, და ეს ერთი მხრივ, მისივე ბრალით ხდება, კერძოდ, იგი ვალდებულია დაირეგისტრიროს თანასაკუთრება, ასეთ შემთხვევაში შემძენი, რომელიც ამოწმებს ნივთზე უფლებრივ მდგომარეობას, ნახავს რომ ამონაწერის მიხედვით უძრავი ნივთი მეუღლეებს ეკუთვნით, და არა ცალ-ცალკე, ამდენად, თანასაკუთრების რეგისტრაცია სამოქალაქო ბრუნვის სიმტკიცის გარანტიაა.

კანონი ამ შემთხვევაში ორბზროვანი და ბუნდოვანია, კერძოდ იგი უფლებამოსილებას ანიჭებს მეუღლეს დაირეგისტრიროს თავისი წილი, თუმცა იმპერატიულად არ ავალდებულებს, ეს კი იმას ნიშნავს, რომ იურისპრუდენცია პასუხისმგებლობას იხსნის არარეგისტრირებული მესაკუთრის წინაშე, რაც არამართებულია, ვინაიდან მეუღლე პასუხმგებელი რჩება იმ იურიდიულ შედეგზე, რასაც არარეგისტრირებული თანასაკუთრების ტრანზაქცია გამოიწვევს. მიმართა, რომ სავალდებულო უნდა იყოს თანასაკუთრების რეგისტრაცია ორივე მეუღლის სახელზე, რათა მომავალში დაცული იყოს „კეთილსინდისიერი შემძენიც“ და მეუღლეებიც სხვადასხვა პრობლემისგან.

35 ბიჭია მ., 2019. ფაქტობრივი საოჯახო ურთიერთობების სამართლებრივი მნიშვნელობა, უურნალი „მსოფლიო და სამართალი“, N11, გვ. 31-32.

COMMON OWNERSHIP OF SPOUSES

(Analysis of the Georgian Civil Law)

Nikoloz Pkhaladze

PhD student at the Caucasus International University

KEYWORDS: Co-ownership, Legality, Publicity

RESUME

The research shows that one of the legal relations in civil matters is the family relationship, having an extensive content. It includes Family Law and the actual family relationships. While there are factual elements in the family relationships, only marriage registration gives rise to the property and personal rights between spouses since marriage is a legal fact of law. However, it has been stated correctly in the legal literature that the actual co-existence of partners is such a family relationship, in which couples enter into marriage without registration. The inner world of unmarried couples is significantly free from legal regulation. Family relationships, by their characteristics, are inconceivable without the personal and intimate aspects contained in certain factual foundations and found in family relationships. However, actual cohabitation is not related to the family legal consequences. The studied materials demonstrate that one of the foundations of the spouses' property relations is the law. Therefore, such relationships can be called the lawful property relations of spouses. They are related to managing, disposing of, splitting, paying off debt. Thus, the universality of lawful property relations is that the spouses can independently manage co-owned real estate. They are entitled to enter into a transaction with the third parties by securing common ownership. This institute is very flexible and promotes the change of husband and wife's property regime, if necessary, in particular, the division of common property throughout the marriage. The registration of common property in the name of both

spouses is crucial, since if a bona fide purchaser purchases an item and it is bona fide, it must be safeguarded, since the unregistered one has the optional right to be registered as a co-owner, otherwise, the share, to which he takes full responsibility, will be under the risk. In this case, the bona fide spouse is not protected, on the one hand, by his inaction and in particular, he is required to register co-ownership, in which the acquirer, who verifies the legal status of the real estate, will find that according to the extract, the immovable property belongs to the spouses, thus, co-registration is a guarantee of

the robustness of the civil returns. The law, in this case is ambiguous and vague, in particular it authorizes a spouse to register its share, but does not mandates, it means that the law takes no responsibility towards non-registered owner, which is flawed, because spouse remains responsible for the legal outcome resulted from the transaction on non-registered co-ownership. I believe that the co-ownership must be registered in the name of the both spouses in order to protect the bona fide purchaser, together with the spouses from the various problems in the future.

NOTES:

1. Chikvashvili Sh., 2002, Legal Problems in Property Management of Spouses, Journal of Law, N 11-12, p.41. (In Georgian)
2. Zoidze B., 2003. Georgian Property Law, 2nd ref. Edition, p. 102. (In Georgian)
3. Tbilisi Appeal Court's Civil Cases N2b / 500-09, May 27, 2009. (In Georgian)
4. Totladze L., 2018. Commentary on the Civil Code of Georgia., Book 2, Article 173, p. 80. (In Georgian)
5. Article – § 1415, § 1416 II of German Civil Code. (In German)
6. Decision of the Supreme Court of Georgia of the Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy of 3 April 2002 №3k / 1272-01. (In Georgian)
7. Bichia M., 2012. Protecting Private Life under Georgian Civil Law, Tb., 2012, p. 74. (In Georgian)
8. Shengelia R., 2017. Shengelia E., Family and Heritage Law, p.123-124. (In Georgian)
9. Decision of the Supreme Court of Georgia dated 25.04.2019, Case JAS-963-2018. (In Georgian)
10. Case No. 33-483-06 of September 8, 2006 of the Chamber of Civil, Entrepreneurship and Bankruptcy of the Supreme Court of Georgia. (In Georgian)
11. Shengelia R., 2017. Shengelia E., Family and Inheritance Law, p.124. (In Georgian)
12. Chikvashvili Sh., 2004. Family Law., P. 122. (In Georgian)
13. Shengelia R., Shengelia E., 2017. Family and Inheritance Law, p. 117-124. (In Georgian)
14. B. Resetar, 2008. Matrimonial Property in Europe, A Link between Sociology and Family Law, Electronic Journal of Comparative Law; vol. 12.3, p.4. (In English)
15. Bichia M., 2018. Lawful Obligation Relations., P. 70-71. (In Georgian)
16. Judgment of the Chamber of Civil Affairs of the Supreme Court of Georgia of February 4, 2013 JAS-1563-1466-2012. (In Georgian)
17. Judgement of the Chamber of Civil Affairs of the Supreme Court of Georgia of February 11, 2013 JAS-1136-1067-2012. (In Georgian)
18. B. Resetar , 2008. Matrimonial Property in Europe, A Link between Sociology and Family Law, Electronic Journal of Comparative Law, Vol.12.3, p.6. (In English)
19. Bichia M., 2019. The Peculiarities of Establishing the Regime of Spouses' Property Relations according to the Judicial Practice of Georgia, Journal, "Justice and Law", N1, p.89-90. (In Georgian)
20. Article -1158 of the Civil Code of Georgia. (In Georgian)
21. Jorbenadze S., 2016. The Scope of Freedom of Contract in Civil Law, p. 225. (In Georgian)
22. Shengelia R., 2017. Shengelia E., Family Inheritance Law, p.121. (In Georgian)
23. Bichia M., 2019. Peculiarities of Determining the Regime of Spousal Property Relations According to the Judicial Practice of Georgia, Journal of Justice and Law, N1, p.93. (In Georgian)
24. Article -959 of the Civil Code of Georgia. (In Georgian)
25. Lafachi E., 2016. The Impact of Real Property Rights Registration on the Realization and Protection of Real Property Rights, Thesis, p.100. (In Georgian)
26. Chachava S., 2011, Competition of Requirements and Fundamentals

- of Demand in Private Law, Tbilissi, 177-179.
27. Lafachi E., 2016. The Impact of Real Property Rights Registration on the Realization and Protection of Real Property Rights, Thesis, p.101. (In Georgian)
 28. Bichia M., 2019. Peculiarities of Establishing a Regime of Property Relations According to the Judicial Practice of Georgia, Justice and Law, Journal, N1, p. 101. (In Georgian)
 29. J. Laruelle, 2016. Transmission of the Estate Patrimony to the Surviving Spouse, The Marriage Contract as an Estate Planning Tool, N.26.878, p.297-300. (In French)
 30. Supreme Court's judgment of 30 April 2010-571-879-09. (In Georgian)
 31. Shengelia R., Shengelia E., 2017. Family Heritage Law, p.124. (In Georgian)
 32. Judgment of the Supreme Court of Georgia of the Supreme Court of Georgia of April 25, 2018 N As-587-587-2018. (In Georgian)
 33. Shengelia R., Shengelia E., 2017. Family Heritage Law, p.123-124. (In Georgian)
 34. Bichia M., 2019. The Legal Significance of Actual Family Relations, Journal of World and Law, N11, p. 31-32. (In Georgian).

საქმე Neilson: როგორ მივიღა სასამართლო უკუმიითებიდან იდენტურობის პრეზუმფციამდე

თამარ მსხვილიძე

ქუთაისის უნივერსიტეტის აფელირებული ასისტენტი,
აკაკი წერეთლის სახელმწიფო უნივერსიტეტის მონვეული
სპეციალისტი

საკვანძო სიტყვები: უცხოური სამართალი, პრეზუმფცია,
უკუმიითება

*„მოსამართლე, რომელიც იყენებს თავისი ქვეყნის კანონს –
შეგავს არქიტექტორს, ხოლო როცა იყენებს
უცხო ქვეყნის კანონს – ფოტოგრაფს.“
ვერნერ გოლდშმიდტი*

*„უკუმიითება არის საკითხი, რომელიც უყვარს
მეცნიერებს, სძულს სტუდენტებს და იგნორირებულია
(როდესაც ამჩნევენ) პრაქტიკოსი იურისტების, მათ შორის,
მოსამართლეთა მიერ“¹*

შესავალი

დღევანდელ მსოფლიოში საგრძნობლად მოიმატა სასამართლოთა მიერ საერთაშორისო კერძოსამართლებრივი დავების განხილვის რიცხვმა. ეს უპირველეს ყოვლისა, განპირობებულია სამოქალაქო პროცესების ინტერნაციონალიზაციით,

1 Ricketson S., Lindell G., (1997). Conflict of Laws: Commentary and Materials, 379.

რომელიც თავის მხრივ არის ტრანსნაციონალური ვაჭრობისა და ინვესტიციების ზრდის, ასევე ახალი შესაძლებლობებისა და შორეული დისტანციების გადალახვის შედეგი.

საერთაშორისო კერძო სამართალი განსაზღვრავს რომელი ქვეყნის სამართლით მოწესრიგდეს უცხო ელემენტით დატვირთული კერძოსამართლებრივი ურთიერთობა. როცა კოლიზიური ნორმა კონკრეტული სამართალურთიერთობის დასარეგულირებლად უთითებს რომელიმე ქვეყნის სამართალს, რომლის საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონმა შესაძლებელია უკან დაუბრუნოს მითითება თავდაპირველ ქვეყანას, აქ საუბარია უკუ-მითითებაზე.

ანგლო-ამერიკული სამართლებრივი სისტემის მიხედვით, თუ უცხოური სამართლის შინაარსი ვერ დგინდება, მოსამართლე უფლებამოსილია გამოიყენოს ეროვნული სამართალი, უცხოური და ეროვნული სამართლის იდენტირობის პრეზუმფციიდან გამომდინარე.²

ავსტრალიურ იურისპრუდენციაში მიაჩნიათ, რომ ანგლო-ავსტრალიური საერთაშორისო კერძო სამართლის ცოტა სფერო იწვევს ისეთ გაოცებას, როგორსაც ე.წ. იდენტირობის პრეზუმფცია. ეს არის პრინციპი, რომ უცხოური სამართლის შესახებ საკმარისი მტკიცებულების არარსებობისას სასამართლო გამოიყენებს ადგილობრივ სამართალს, რათა გადაჭრას მის წინაშე მდგარი პრობლემები.³ ერთ-ერთ საქმეში, ავსტრალიის უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეებმა გამოხატეს მარტივი და პრაგმატული ხედვა, რომ უცხოური სამართლის მტკიცების, ან მის შესახებ შეთანხმების არარსებობისას სასამართლო ქვეყნის სამართალი იქნება გამოყენებული. პრეზუმფციის უჩვეულო მაგალითად

მიჩნეულია საქმე Marriage of Khademollah,⁴ სადაც სასამართლო იძულებული გახდა დაეშვა, რომ ირანის შარიათის სამართალი იყო იგივე, რაც ავსტრალიის საოჯახო სამართალი და განაცხადა: „როგორც ზოგადი წესი, არსებობს დაშვება, რომ ექსპერტთა ჩვენების გარეშე უცხო ქვეყნის სამართალი არის იგივე, რაც სასამართლო ქვეყნის. ამ პრეზუმფციის გამოყენებას გარკვეული სიურიალისტური თვისებები გააჩნია, როდესაც საქმე გვაქვს არასაერთო სამართლის ქვეყნებთან, განსაკუთრებით ისეთებთან, რომლებიც აღიარებენ, რომ იმართებიან რელიგიური კოდექსებით, თუმცა ასეთ შემთხვევაშიც პრინციპი კვლავ გამოიყენება“. სასამართლოს კოლეგიამ უკმაყოფილება გამოხატა და დასძინა: „ინტერნეტისა და CNN-ის ხანაში მალე დადგება ის დრო, როცა ავსტრალიაში საოჯახო სასამართლოს მოსამართლეს შეეძლება შეიტყოს, რომ რელიგიური კანონებით მართულ ქვეყნებში, განქორწინების შემდეგ ქალისა და მამაკაცის უფლებები ქონების განაწილების საკითხში მნიშვნელოვნად განსხვავდება ავსტრალიური რეგულირებისაგან.“ ფაქტია, ავსტრალიური სასამართლოები საკმაოდ ხშირად იყენებენ ავსტრალიურ სამართალს იმ საკითხებზე, რომლებიც რეგულირდებიან უცხოური სამართლით.

უცხოური ნორმის არსის დადგენა პირდაპირ კავშირსა და ფუნქციურად ურთიერთდამოკიდებულ მდგომარეობაში იმყოფება უკუმითითების საკითხთან. ჯერ ერთი, როდესაც სასამართლო ქვეყნის კანონი უთითებს უცხოურ სამართალს (კოლიზიური და მატერიალური) და ეს სამართალი აბრუნებს მითითებს თავდაპირველ ქვეყანაზე, იმისთვის რომ სასამართლომ მიიღოს უკუმითითება, მან უნდა იცოდეს უცხოური კოლიზიური ნორმის არსი. და მეორე, შესაძლებელია კოლიზიური ნორმის ძალით მითითებულმა სამართალმა თავის მხრივ, შემდგომ მიუთითოს მესამე ქვეყნის სამა-

2 Stern B. William., (1957). Foreign Law in the Courts: Judicial Notice and Proof, California Law Review, Volume 45, Issue 1 29,30.
3 Mccomish J., (2007). Pleading and proving foreign law in Australia. Melbourne University Law Review, 431, 432.

4 Mccomish J., (2007). Pleading and proving foreign law in Australia. Melbourne University Law Review, 432.

რთალზე. ამ შემთხვევაშიც დღის წესრიგში დადგება მისი მატერიალური სამართლის ნორმის დადგენის საკითხი. ხშირად მსოფლიოს იურიდიულ ლიტერატურასა თუ სასამართლო პრაქტიკაში ეს საკითხები კომპლექსურად განიხილება. მაგალითად, ერთ-ერთ ყველაზე გახმაურებულ და რეზონანსულ 2005 წლის საქმეში Neilson v Overseas Projects Corporation Of Victoria LTD,⁵ რომელმაც მსოფლიოს საერთაშორისო კერძო სამართლის იურისტებს შორის უდიდესი ინტერესი გამოიწვია, ავსტრალიის უზენაეს სასამართლოს მოუწია როგორც უკუმითითების, ისე უცხოური ნორმის შინაარსის განსაზღვრის შესახებ მსჯელობა.

ნელსონი: საქმის ფაქტობრივი გარემოებები და მიღებული გადაწყვეტილებები

ბარბარა ნელსონი ბინაში ყოფნისას კიბეებიდან ჩამოვარდა და მძიმედ დაზარადა (კიბეს არ ჰქონდა მოაჭირი, რაზეც უკმაყოფილება ნელსონებმა თავიდანვე გამოთქვეს). ეს მოხდა ვუჰანში, ჩინეთში. მისი მეუღლე, ჯორჯ ნელსონი ორი წლის ვადით დასაქმებული იყო მოჰასუხის Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd (OPC)-ის მიერ, რათა მოემზადებინა კურსი ორგანიზაციულ ქცევაზე ვუჰანის რკინისა და ფოლადის უნივერსიტეტში. გაფორმებული შრომითი ხელშეკრულების მიხედვით, OPC-ს უნდა უზრუნველყო საცხოვრებელი ჯორჯისა და მისი ოჯახისათვის. მოსარჩელები იყვნენ ავსტრალიის მოქალაქეები, მუდმივად მცხოვრებნი დასავლეთ ავსტრალიაში, შესაბამისად მათ დაბრუნებისას იქ აღძრეს სარჩელი

OPC-ის წინააღმდეგ. სასამართლომ მიიჩნია, რომ ბარბარა ნელსონის დელიქტური სარჩელი წესრიგდებოდა დელიქტის ადგილის კანონით (*lex loci delicti*), ე.ი. ჩინური სამართლით. ნელსონის ადვოკატმა სასამართლოს განუცხადა, რომ ის არ წარმოადგენდა არავითარ მტკიცებულებას ჩინური სამართლის თაობაზე და მიზანშეწონილად მიიჩნევდა ამ საკითხზე შეძლებისდაგვარად ცოტა ესაუბრა. ამდენად, მან არ წარმოადგინა რაიმე სახის მტკიცება ჩინური კანონის შესახებ, რაც გააკეთა მოწინააღმდეგის წარმომადგენელმა. იგი ცდილობდა დაცვა აეგო ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკის სამოქალაქო სამართლის ზოგადი პრინციპების⁶ 136-ე მუხლის მიხედვით, რომელიც დელიქტური სარჩელისათვის ხანდაზმულობის ვადად აწესებდა ერთ წელს. რაც ბუნებრივია სარჩელის უარყოფას გამოიწვევდა, რადგან შემთხვევის დადგომიდან გასული იყო ხუთ წელზე მეტი. მოჰასუხის ადვოკატმა სასამართლოს წარუდგინა 1986 წლის ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკის სამოქალაქო სამართლის პრინციპებისა და ჩინური სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის ინგლისური თარგმანები, ასევე უზენაესი სახალხო სასამართლოს გადაწყვეტილებები. ექსპერტად მოიწვია ჩინელი იურისტი, რომელიც ფლობდა შანხაისა და ავსტრალიის უნივერსიტეტების სამართლის ხარისხს. ჯვარედინი დაკითხვისას, ექსპერტმა თარგმნა და განმარტა ჩინეთის უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებები. მისი ჩვენებიდან გამომდინარე გაირკვა, რომ 137-ე მუხლი ითვალისწინებდა ხანდაზმულობის ვადის გაგრძელებას განსაკუთრებულ გარემოებებში. თუმცა, ეს მუხლი მაშინ გახდებოდა რელევანტური, თუკი სარჩელის აღძვრის საკითხს ჩინური სამართალი განსაზღვრავდა და ისეთი განსაკუთრებული გარემოება იარსებებდა, როგორცაა ომი. მსგავსი გარემოებების არსებობა ამ საქმეში არ დადასტურდა.

5 Cheshire, North and Fawcett Private International Law, (2008). Fourteenth Edition, 112,113 [http://www.austlii.edu.au](http://eresources.hcourt.gov.au/downloadPdf/2005/HCA/54 Daves M., (2006). Renvoi and presumptions about foreign law, Melbourne University law review, 331, 370. Schoeman E., (2006). Renvoi: Throwing (and catching) the Boomerang – Neilson v Overseas Projects Corporation Of Victoria LTD The University of Queensland Law Journal, 203-212. <a href=)

6 The General Principles of Civil Law of the People's Republic of China http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383941.htm

სამოქალაქო სამართლის ზოგადი პრინციპების 126-ე მუხლი განსაზღვრავს, რომ „შენობის გამო წარმოშობილი ზიანისათვის პასუხისმგებლობა ეკისრება მხოლოდ შენობის მესაკუთრეს, მაკონტროლებელს ან მენეჯერს.“ მოსამართლემ უარყო ჩინურ სამართალს დაფუძნებული დაცვის ეს პოზიცია და განაცხადა: „ჩინეთის სამოქალაქო სამართლის ზოგადი პრინციპების 146–ე მუხლი, მე უფლებას მაძლევს გამოვიყენო ავსტრალიური სამართალი, რადგან ორივე მხარე ავსტრალიის მოქალაქენი არიან.“ სასამართლოს მიერ გამოყენებული ამ

მუხლის თარგმანში წერია: „უფლებების დარღვევით გამოწვეული ზიანის კომპენსაციისას, გამოყენებულ უნდა იქნას იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც ადგილი ჰქონდა დარღვევას. თუ ორივე მხარე არის ერთი და იგივე ქვეყნის წარმომადგენელი ან მუდმივად მცხოვრებნი ერთსა და იმავე ქვეყანაში, ასევე შესაძლოა გამოყენებულ იყოს მათი ქვეყნის ან საცხოვრებელი ადგილის სამართალი.“ გამოიყენა რა ავსტრალიური სამართალი, მოსამართლემ დაასკვნა, რომ OPC-მა დაარღვია სიფრთხილის დაცვის ვალდებულება ბარბარა ნეილსონის მიმართ და დაავალდებულა იგი მიყენებული ზიანისათვის 300.000 დოლარით. სასამართლომ, ასევე OPC-ის დაზღვევაზე პასუხისმგებლობა დააკისრა MMI-ს, რომელმაც ეს გადაწყვეტილება გაასაჩივრა. ასე, რომ 2004 წელს განხილულ საქმეში Mercantile Mutual Insurance Ltd v Neilson სასამართლომ მიიჩნია, რომ თავდაპირველ მოსამართლეს უნდა ესარგებლა ჩინური სამართლით და სარჩელის ხანდაზმულობის ვადა გასულად მიეჩნია. ამის შემდგომ ნეილსონმა გადაწყვეტილება გაასაჩივრა დასავლეთ ავსტრალიის უზენაეს სასამართლოში. ამგვარად, უზენაესი სასამართლოს წინაშე მდგომი პირველი საკითხი, რომელიც გადაჭრას საჭიროებდა, იყო ის რომ სასამართლოს, რომლის კოლიზიური ნორმა უთითებდა ზიანის მიყენების ადგილს (lex loci delicti), მხედველობაში უნდა მიეღო მთლიანად უცხოური სამართალი, თუ მხოლოდ უცხო

ქვეყნის მატერიალური სამართალი. უმრავლესობით, ექვსი ხმით ერთის წინააღმდეგ, სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ საჭირო იყო ჩინური სამართლის მთლიანად გათვალისწინება, კოლიზიური სამართლის ნორმების ჩათვლით. საპირისპიროს გაკეთება გამოიწვევდა იმას, რომ ავსტრალიურ სასამართლოს შესაძლოა გამოეყენებინა ჩინური სამართალი, მაშინ როცა თავად ჩინეთის სასამართლო იმავე საქმის განხილვისას არ გამოიყენებდა საკუთარ სამართალს, რადგანაც ჩინური კოლიზიური სამართლის ნორმების არჩევანი მიმართავდა მას სხვა იურიდიული სისტემისკენ.

პროცესზე წარმოიშვა სადავო საკითხი იმის შესახებ, თუ როგორ გამოიყენებდნენ ჩინური სასამართლოები მოქნილ გამოწვევის, რომელიც მოქცეულია 146-ე მუხლის მეორე წინადადების დისკრეციულ სიტყვაში „შესაძლოა“. ჩინური სამართლის ექსპერტმა თითქმის არაფერი თქვა იმაზე, თუ როგორ განიმარტებოდა ეს წინადადება თავად ჩინეთში. მტკიცებულებათა ნაკლებობამ სასამართლო წაიყვანა იქითკენ შესაძლებელი იყო თუ არა ცარიელი ადგილების შევსება იმის ვარაუდით, თუ რას გააკეთებდა ჩინური სასამართლო.

როგორც ზემოთ უკვე აღვნიშნეთ, როდესაც საქმე უცხოურ სამართალს ეხება ავსტრალიის სასამართლოები იყენებს პრეზუმფციას უცხოური და ავსტრალიური სამართლის იდენტურობის შესახებ, სანამ საწინააღმდეგო არ დამტკიცდება. როგორც ამბობენ, ეს საკმაოდ უცნაური პრაქტიკა წარმოიშვა იმის გამო, რომ „ავსტრალიურმა სასამართლოებმა არ იციან უცხოური სამართალი“, ამიტომ უნდა იქნას დადასტურებული მათთვის უცხოური კანონმდებლობის შინაარსი მტკიცებულებებით. ამდენად, მხარეებსა და სასამართლოს შეუძლია მოხერხებულად დააიგნორონ უცხო სახელმწიფოს სამართალი, სანამ ერთ-ერთი მხარე არ დაინახავს გარკვეულ უპირატესობას იმის დამტკიცებაში, რომ უცხოური სამართალი გარკვეულწილად განსხვავდება ავსტრალიურისაგან. ასეთი ტაქტიკით მოემზადნენ მოსარჩელის ადვოკატები

Neilson-ის სასამართლო პროცესისათვის. მოსარჩელებს არაფერი უმტკიცებიათ და არც მტკიცებულებები წარმოუდგენიათ ჩინური სამართლის შესახებ. პირველი ინსტანციის სასამართლო სხდომის ჩანაწერიდან გამოირკვა, რომ მოსარჩელის ადვოკატი პროცესის დასაწყისში, გულწრფელად დაეთანხმა მოსამართლეს და განაცხადა: „ჩვენ რამდენადაც შეგვიძლია ვცდილობთ, შორს ვიყოთ ჩინური სამართლისაგან“. პირიქით, მოპასუხე დაინტერესებული იყო იმის ჩვენებით, რომ ჩინური სარჩელის ხანდაზმულობის ვადა გაცილებით მოკლე იყო, ვიდრე ეკვივალენტური დასავლეთ ავსტრალიის. მან წარმოადგინა მტკიცებულებები ჩინური სამართლის შესახებ, თუმცა არაფერი უთქვამს, იმაზე თუ როგორ იქნებოდა 146-ე მუხლის მეორე წინადადება ინტერპრეტირებული ჩინეთში. შედეგად, წარმოიშვა საკითხი უცხოური სამართლის ადექვატური მტკიცების არარსებობისას სასამართლო ხომ არ დაბრუნებოდა იდენტურობის პრეზუმფციას. კოლეგიის უმრავლესობამ მიიჩნია, რომ მიზანშეწონილი იყო პრეზუმფციის გამოყენება, ანუ ჩინური სასამართლო 146-ე მუხლს იმგვარად განმარტავდა, როგორც ავსტრალიური. კოლეგიიდან ერთ-ერთი მოსამართლე არ დაეთანხმა ამას და დააფიქსირა განსხვავებული აზრი, რომ პრეზუმფცია არ უნდა გამოყენებულიყო, რადგან იმის დაშვება რომ ასეთი განსხვავებული, გამორჩეული იურიდიული სისტემის მქონე ქვეყანას, როგორც ჩინეთია ავსტრალიის მსგავსი სამართალი გააჩნდა, სრულიად არადაამატებლად უღერდა. მისი აზრით, წარმოუდგენელი იყო ჩინური სამართალი ისევე განემარტა და გამოეყენებინა ჩინურ სასამართლოს, როგორც ავსტრალიელ მოსამართლეს. ავსტრალიური სამართალი *lex loci delicti* წესში არ აღიარებდა მოქნილ გამონაკლისს. ამდენად, 146-ე მუხლის მეორე წინადადება აღმოჩნდა „სამართლის ნორმის ნაწილი და ისეთი გზავნილი, რომელსაც არ გააჩნდა ეკვივალენტი ავსტრალიურ სამართალში“.

დასკვნა

უკუმითითების პრინციპის კანონმდებლობაში დანერგვამ აზრთა სხვადასხვაობა გამოიწვია. მე-20 საუკუნის დასაწყისში, მოქმედი კანონმდებლობა უკუმითითების წინააღმდეგ გამოდიოდა. კოლიზიონისტთა შორის გავრცელებული შეხედულებით, მის შემოღებას ისეთივე მნიშვნელობა ექნებოდა, როგორც სახელმწიფოს მხრიდან სასამართლოს უზენაესობის უარყოფას უცხოური კანონმდებლობის სასარგებლოდ. მათი აზრით, შესაძლოა ეარსება საფრთხეს, რომ ნებისმიერი კოლიზიურსამართლებრივი მითითება დაუსრულებლად გაგრძელებულიყო დროში და საბოლოოდ გადაწყვეტა ვერ მომხდარიყო. შესაბამისად, შეიქმნებოდა ისეთი მდგომარეობა, რასაც კანონი სარკეთა თამაშს ან ჩოგბურთის საერთაშორისო პარტიას უწოდებს.⁷

არსებობდა ამ ინსტიტუტის მხარდამჭერი მთავარი არგუმენტი – ის არის საშუალება, რათა დაინტერესებულ ქვეყნებს შორის წარმოიშვას ჰარმონია, ანუ აღსრულდეს იგივე კანონი, ვინც არ უნდა იყოს უფლებამოსილი მოსამართლე.

მიუხედავად იმისა, რომ უკუმითითება არაერთგვაროვნად იქნა მიღებული არა მარტო დოქტრინის, არამედ სასამართლო პრაქტიკის მიერ, საბოლოოდ სახელმწიფოთა აბსოლუტური უმრავლესობის კოლიზიურმა კანონმდებლობამ ცნო აღნიშნული პრინციპის გამოყენების საჭიროება.

ზოგიერთი მეცნიერი აკრიტიკებს იდენტურობის პრეზუმფციას და მიიჩნია, რომ ის ძირს უთხრის იმ მიზნებს, რომელთა განხორციელებას კანონმდებლები ცდილობენ მტკიცებულებათა დოქტრინაში, კერძოდ მტკიცების ტვირთის ნაწილში. ილუსტრირებისათვის: მხარეს, რომლის სარჩელი რეგულირდება უცხოური სამართლით და ეს მისთვის წამგებიანია, შეუძლია მიმართოს შემდეგ სტრატეგიას – თავი შეიკავოს სამართლის შინაარსის დასადგენად

7 Perrone P., (2002). aprile, Il problema del rinvio nel diritto internazionale private Diritto&Diritti p.4 <https://www.diritto.it/rinvio-nel-diritto-internazionale-privato/>

მტკიცებულებების წარდგენისაგან, რათა ამოქმედდეს იდენტურობის პრეზუმფცია და გამოიყენებულ იქნას მის მიმართ კეთილგანწყობილი სასამართლო ქვეყნის კანონი.⁸ ამდენად, პრეზუმფციის მიმართ არსებული უარყოფითი დამოკიდებულების მიუხედავად (როცა უცხო სამართლის შინაარსის მტკიცების რეალური სირთულე არ არსებობს; სასამართლო ქვეყნისა და უცხოურ კანონს შორის მსგავსება უბრალო ფიქციაა და ა.შ.), კრიტიკოსები უთითებენ მისი სტრატეგიულად გამოყენების შესაძლებლობას, როგორც მდგომარეობიდან გამოსავალს, რაც ხელს უწყობს ადგილსამყოფელი სამართლის გამოყენებას, მაშინ როცა უცხოურია გამოსაყენებელი.

8 Rotem Y., 2014. Foreign Law as a Distinctive Fact – To Whom Should the Burden of Proof Be Assigned? Chicago Journal of International Law Vol. 14, 640. 2002 წლის საქმეში Shaker v Al Bedrawi ინგლისის სააპელაციო სასამართლომ დაასკვნა, რომ ამ შემთხვევაში არ შეეძლო ეარსება უცხოურ სამართალსა და ინგლისურ კანონს შორის იდენტურობის პრეზუმფციას და არც ინგლისური სამართალი უნდა გამოყენებულიყო ავტომატურად, მხოლოდ იმიტომ რომ უცხო ქვეყნის სამართლის დადგენა ვერ მოხდა. Rogerson P., 2013. Collier's Conflict of Laws, Cambridge University Press, Fourth Edition, 50.

CASE NOTE NEILSON: HOW THE COURT CAME FROM THE RENVOI TO THE PRESUMPTION OF IDENTITY

Tamar Mskhvilidze

Kutaisi University, Affiliate Assistant

Akaki Tsereteli State University, Invited Lecturer

KEYWORDS: Foreign Law, Renvoi, Presumption of identity

RESUME

The decision of the High Court of Australia in Neilson is a very rare event, since it contains an extended consideration of renvoi by a national court of final appeal in a case containing a real renvoi issue. Not surprisingly, the case attracted considerable interest among private international lawyers around the world even before it reached the Court, and the Court's decision was eagerly awaited.

This case note argues that it makes no sense to apply foreign law at all, far less the choice of law rules (including the renvoi rules) of that foreign law, if the relevant foreign courts would not have or retain jurisdiction over the dispute. If an answer to the renvoi question is still called for after this preliminary jurisdictional enquiry, single renvoi is preferable, although it was rejected by a majority of the Neilson Court. This case note also points out that the Neilson Court used the presumption that foreign law is the same as Australian law in a manner that greatly assists forum shopping, while repeating the now routine condemnations of the practice of forum shopping.

NOTES:

1. Ricketson S., Lindell G., (1997). Conflict of Laws: Commentary and Materials, 379. (In English)
2. Stern B. William., (1957). Foreign Law in the Courts: Judicial Notice and Proof, California Law Review, Volume 45, Issue 1 29,30. (In English)
3. Mccomish J., (2007). Pleading and proving foreign law in Australia. Melbourne University Law Review, 431, 432. (In English)
4. Mccomish J., (2007). Pleading and proving foreign law in Australia. Melbourne University Law Review, 432. (In English)
5. Cheshire, North and Fawcett Private International Law, (2008). Fourteenth Edition, 112,113 <http://eresources.hcourt.gov.au/downloadPdf/2005/HCA/54> (In English)
6. Daves M., (2006). Renvoi and presumptions about foreign law, Melbourne University law review, 331, 370. (In English)
7. Schoeman E., (2006). Renvoi: Throwing (and catching) the Boomerang – Neilson v Overseas Projects Corporation Of Victoria LTD The University of Queensland Law Journal, 203-212. <http://www.austlii.edu.au> (In English)
8. The General Principles of Civil Law of the People's Republic of China http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383941.htm (In English)
9. Perrone P., (2002). aprile, Il problema del rinvio nel diritto internazionale private Diritto&Diritti p.4 <https://www.diritto.it/rinvio-nel-diritto-internazionale-privato/> (In Italian)
10. Rotem Y., (2014). Foreign Law as a Distinctive Fact – To Whom Should the Burden of Proof Be Assigned? Chicago Journal of International Law Vol. 14, 640. (In English)
11. Rogerson P., (2013). Collier's Conflict of Laws, Cambridge University Press, Fourth Edition, 50. (In English)

მესამე პირების წინაშე დირექტორის პასუხისმგებლობის რეგულირება ქართულ საკანონმდებლო სივრცეში

ეთო რუხაძე

დოქტორანტი, თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის მონვეული
ლექტორი, კვ „კორპორაციის საადვოკატო ბიუროს“ ადვოკატი

საკვანძო სიტყვები: დირექტორი, კრედიტორი,
პასუხისმგებლობა

შესავალი

გამართულ კორპორაციულ მართვასა და მომგებიან სამეწარმეო საქმიანობაში უმნიშვნელოვანესი როლი აკისრიათ საზოგადოების დირექტორებს, რადგან სწორედ მათზეა დამოკიდებული საზოგადოებასთან დაკავშირებული გადაწყვეტილებების მიღება და პრაქტიკაში მათი რეალიზაცია.

სამეწარმეო საზოგადოების დირექტორობა მხოლოდ სარეგისტრაციო ორგანოში ასეთად მითითებას არ გულისხმობს, არამედ იგი დაკავშირებულია მრავალფეროვან უფლება-მოვალეობასთან და შესაძლოა პასუხისმგებლობის დაკისრების საფუძველიც გახდეს.

თანამედროვე სამოქალაქო ბრუნვის სწრაფი განვითარების ფონზე დირექტორები მაქსიმალურად ცდილობენ რესურსებისა და შესაძლებლობების გაზრდას, რაც ხშირად გადაკვეთს მესამე პირთა ინტერესებს. ნებისმიერი მოქმედებას თუ უმოქმედობას, რომელიც გარკვეულ უარყოფით შედეგს იწვევს მესამე პირებისათვის, ლოგიკურად უნდა მოჰყვეს სა-

მართლებრივი რეაგირება. თუმცა მხოლოდ სამართლიანობის კრიტერიუმით პასუხისმგებლობის დაწესება არ არის გამართლებული. საჭიროა, არსებობდეს საკანონმდებლო ნორმა, რომელიც ნათლად განსაზღვრავს პასუხისმგებლობის წინაპირობებსა და მოცულობას.

დირექტორთა პასუხისმგებლობის საკითხი იმდენად ფუნდამენტურია, რომ იქმნება მოლოდინი დახვეწილი სამართლებრივი რეგულირებისა და ერთგვაროვანი სასამართლო პრაქტიკის არსებობის შესახებ. მიუხედავად იმისა, რომ დირექტორთა პასუხისმგებლობის საკითხი თანამედროვე სამოქალაქო სამართლისათვის განსაკუთრებით აქტუალური საკითხია, „მენარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონი დირექტორთა პირადი პასუხისმგებლობის საკითხებთან მიმართებით მოკრძალებულია და არ შეიცავს იმპერატიული ხასიათის მიმართულების განმსაზღვრელ ნორმებს. შესაბამისად, იკვეთება ზოგადი ხასიათის ხარვეზები, რაც პრობლემურია, როგორც მესამე პირთათვის მათი უფლებების რეალიზაციის კონტექსტში, ასევე საწარმოს დირექტორთათვის პასუხისმგებლობისაგან თავის არიდების შესაძლებლობისათვის.

1. დირექტორი არსი

კერძოსამართლებრივი თვალსაზრისით, კორპორაცია სრულყოფილად წარმოადგენს იურიდიულ პირს, მაგრამ ფიზიკურად და გონებრივად იგი მოითხოვს ადამიანთა ჩართულობას, რათა განხორციელდეს გარკვეული ქმედებები.¹ კორპორაციული მართვის თანამედროვე სისტემებში კორპორაციის ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს სტრუქტურულ ნაწილს წარმოადგენს დირექტორატი, რადგან მენეჯმენტის დელეგირება სწორედ დირექტორთა საბჭოზე ხდება.²

1 Glasbeek H. J., 1995. More Direct Director Responsibility: Much Ado About ... What?, Canadian Business Law Journal, Vol. 25, 424.
2 Shleifer A., Vishny R. W. 1997. Penn Central: A Case Study of Outside Director Responsibility

ყველა კომპანიას უნდა ჰყავდეს დირექტორი, რადგან კომპანიას, როგორც „ხელოვნურ სუბიექტს“ – იურიდიულ პირს, არ შეუძლია თავად ნების გამოვლენა. შესაბამისად, იურიდიული მოქმედების გამოსახატად საჭიროა სხვა პირის ჩართვა. დირექტორს კანონით ევალება კომპანიის სახელით წარმომადგენლობა მესამე პირებთან და კომპანიის საქმეების მართვა. აღნიშნული ეხება კაპიტალური ტიპის ნებისმიერ საწარმოს, მაშინაც კი თუ კომპანიის პარტნიორი მხოლოდ ერთი პირია, რაც წარმოშობს გამიჯვნის შესაძლებლობას.³

ანგლოამერიკული სამართლის მიხედვით, დირექტორად შეიძლება მიჩნეული იქნეს ნებისმიერი პირი, რომლის მიმართაც არსებობს დირექტორის მსგავსი დამოკიდებულება და იგი ფუნქციურადაც ასრულებს დირექტორის მოვალეობებს, თუნდაც კანონმდებლობის შესაბამისად, დადგენილი წესის დაცვით ოფიციალურად არ იყოს დანიშნული შესაბამის პოზიციაზე.⁴ კომპანიათა შესახებ აქტის თანახმად, „ნებისმიერი პირი, რომელიც იკავებს დირექტორის პოზიციას, მოიაზრება „დირექტორის“ ქვეშ, რა დასახელებითაც არ უნდა მოიხსენიებოდეს იგი.“⁵ შესაბამისად, არის თუ არა პირი კომპანიის დირექტორი, დამოკიდებულია არა მის ასეთად მოხსენიებაზე, არამედ კომპანიის საქმიანობასა და გადაწყვეტილების მიღების პროცესში მის როლზე. თანამდებობა „დირექტორის“ არსებობა მიგვითითებს პირის სტატუსზე, თუმცა გადაწყვეტია ფაქტობრივად შესრულებული სამუშაო.⁶

Under the Federal Securities Laws, UMKC Law Review, Vol. 45, Issue 3, 394.
3 Davies J., 2007. A guide to director’s responsibilities under the Companies Act 2006, 10, <https://www.accaglobal.com/content/dam/acca/global/PDF-technical/business-law/tech-tp-cdd.pdf> [06.04.2020].
4 ცერცვაძე ლ., 2016. დირექტორატის მოვალეობები კომპანიების შერწყმისას და საკონტროლო პაკეტის გასხვისებისას, შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი, თბილისი, 26.
5 Companies Act 2006, Paragraph 250, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> [06.04.2020].
6 Davies J., 2007. A guide to director’s responsibilities under the Companies Act 2006, 10-11, <https://

დირექტორატი სამეწარმეო საზოგადოების მართვის აუცილებელი ორგანოა, რომელსაც გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება საზოგადოების საქმიანობის სწორად წარმართვაში.⁷ დირექტორატი „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონით გათვალისწინებულ საწარმოთა აღმასრულებელი ორგანოა, რომელიც ხელმძღვანელობს საწარმოს მიმდინარე საქმიანობას და უფლებამოსილია მესამე პირების წინაშე მინდობილობის გარეშე წარმოადგინოს საწარმო და დადოს ხელშეკრულება.⁸

ანგლოამერიკული სამართლის სისტემისათვის დამახასიათებელია დე იურე (De Jure), დე ფაქტო (De Facto) და ჩრდილში მდგომი (Shadow) დირექტორები.⁹ ქართული კანონმდებლობა და სასამართლო პრაქტიკა დასახელებული ტიპის დირექტორებს არ იცნობს, რის გამოც შესაძლებელია გარკვეული სირთულეები წარმოიშვას პასუხისმგებლობის დაკისრების თვალსაზრისით.¹⁰

დირექტორთა გადაწყვეტილებებსა და მათ სტრატეგიულ მიდგომებზე დიდ გავლენას ახდენს პარტნიორთა კრება, სწორედ ამიტომაც დირექტორატი ბოლო დროს განსაკუთრებულად მნიშვნელოვანია როგორც აკადემიურ წრეებში, ასევე, სასამართლო პრაქტიკაში. შესაბამისად, მათი მინიტორინგი და განხილვა მიმდინარეობს ორივე სიბრტყეზე.¹¹

www.accaglobal.com/content/dam/acca/global/PDF-technical/business-law/tech-tp-cdd.pdf [06.04.2020].

7 ლაზარიშვილი ლ., 2009. ოფიციალური კონტრაქტი კომპანიის დირექტორთან, პარტნიორი და კომპანიის შიდა საქმიანობა, თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები, თბილისი, 309.

8 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2014 წლის 25 მარტის გადაწყვეტილება (№ას-495-471-2013).

9 Davies J., 2007. A guide to director's responsibilities under the Companies Act 2006, 12-13, <<https://www.accaglobal.com/content/dam/acca/global/PDF-technical/business-law/tech-tp-cdd.pdf>> [06.04.2020].

10 ცერცვაძე ლ., 2016. დირექტორატის მოვალეობები კომპანიების შერწყმისას და საკონტროლო პაკეტის გასხვისებისას, შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი, თბილისი, 27.

11 Hillman J. A., Cannella A. A., Paetzold L. R., 2000. The Resource Dependence Role of Corporate

2. მესამე პირთა წინაშე დირექტორის პასუხისმგებლობის აუსცილებლობა

დირექტორებისა და აქციონერების კრედიტორთა საზიანოდ განხორციელებული ქმედებების თავიდან ასაცილებლად მრავალი იურისდიქციის კანონმდებლობამ განავითარა დირექტორთა და აქციონერთა პასუხისმგებლობის დოქტრინა.¹² დირექტორის პასუხისმგებლობასთან დაკავშირებული ზოგადი წესები გაწერილია, როგორც საკანონმდებლო აქტებში, ასევე გვხვდება სასამართლო გადაწყვეტილებებშიც, რაც განპირობებულია კერძოსამართლებრივი თანასწორობისა და მხარეთა უფლებამოსილებების დაბალანსების ინტერესით.¹³

საწარმოს კრედიტორებს, რომლებიც დაინტერესებული არიან დირექტორთა პასუხისმგებლობით, თითქმის ყველა ყველა ქვეყნის საკორპორაციო სამართალში გააჩნიათ დაცვის გარანტიები.¹⁴ გარკვეულ პირობებში, წესდებით ან კანონით კორპორაციის დირექტორს ეკისრება პირადი პასუხისმგებლობა, თუ დარღვეულია შესაბამისი ვალდებულებები. სასურველია, რომ დირექტორის პასუხისმგებლობის ფარგლების შესახებ ინფორმირებული იყვნენ, როგორც კომპანიის პარტნიორები, ასევე მესამე პირებიც.¹⁵

დირექტორს პირადი პასუხისმგებლობა შეიძლება დაეკისროს იმ შემთხვევაში,

Directors: Strategig Adaptation of Board Composition in Response to Environmental Change, Journal of Management Studies, Vol. 37, Issue 2, 235.

12 ბაქაძე ნ., გელტერი მ., ცერცვაძე ლ., ჯუღელი გ., 2019. საკორპორაციო სამართალი, სახელმძღვანელო იურისტებისათვის, თბილისი, 196.

13 Shleifer A., Vishny R. W., 1997. Penn Central: A Case Study of Outside Director Responsibility Under the Federal Securities Laws, UMKC Law Review, Vol. 45, Issue 3, 401.

14 Kraakman R., Davies P., Hansmann H., Hertig G., Hopt K., Kanda H., Rock E., 2004. The Anatomy of corporate Law, A Comparative and Functional Approach, New York, 71.

15 Schneeman A., 2010. The Law of Corporations and other Business Organizations, Fifth Edition, New York, 343.

თუ დაარღვია ერთგულების ან ზრუნვის მოვალეობა, უფლებამოსილების გარეშე განხორციელებული ქმედებისათვის, გაუფრთხილებლობისათვის, თაღლითობის ან სხვა უკანონო მოქმედებისათვის, კანონით დადგენილი წესის დარღვევისათვის.¹⁶ დირექტორებს, მათ შორის de facto და ჩრდილოვან დირექტორებს (shadow directors), შეიძლება პირადი პასუხისმგებლობა დაეკისროთ კრედიტორების ზიანის ზრდისთვის, რომელიც გამომდინარეობს ბორდის გაუფრთხილებლობის ან თაღლითობისგან, მაშინ, როდესაც კომპანია ან გადახდისუუნაროა, ან გადახდისუუნარობასთან ახლოს არის.¹⁷

დირექტორისათვის ზიანის ანაზღაურების ვალდებულების დაკისრება წარმოადგენს იმ არასათანადო მენეჯერული ქცევის საპასუხო იურიდიულ შედეგს, რომლის მეშვეობითაც მიყენებული ზიანი აუნაზღაურდება მესამე პირს. ზიანის ანაზღაურებისას სანქციის ფუნქციის მიღმა იმალება შემაკავებელი ფუნქციაც. საკორპორაციო სამართლისათვის ეს შემაკავებელი ფაქტორი წარმოადგენს შემდგომი ქმედებების ეთიკურობის სტანდარტის განმსაზღვრელს.¹⁸

არსებობს არაერთი გადაწყვეტილება, რომლის მიხედვითაც დირექტორის პირადი პასუხისმგებლობა დადგა მესამე პირთა წინაშე იმ საფუძვლით, რომ მას დარღვეული ჰქონდა პირადი ვალდებულებები და იკვეთებოდა ცალსახა გაუფრთხილებლობა.¹⁹ მსგავსი გადაწყვეტილებებიდან იკვე-

თება, რომ დირექტორმა ეფექტურად უნდა იმოქმედოს, როგორც კომპანიისათვის, ასევე გონივრულობის ფარგლებში გაითვალისწინოს მესამე მხარის პოზიციაც, წინააღმდეგ შემთხვევაში კი, შესაძლოა მას დაეკისროს პასუხისმგებლობა.²⁰

პრაქტიკოსი იურისტები, რომლებიც მუშაობენ საკორპორაციო სამართლის მიმართულებით, როგორც წესი, მხარს უჭერენ მესამე პირთა წინაშე დირექტორთა პირად პასუხისმგებლობას. აღნიშნული მოტივირებულია მოთხოვნის განხორციელების გამარტივებით, თუმცა, გამოკვეთილი მიდგომა პრაქტიკაში რეალიზაციისას მოსაყენებელი მექანიზმის შესახებ არ არსებობს.²¹

3. დირექტორთა პასუხისმგებლობის წინაპირობების მიმოხილვა

დირექტორისათვის პასუხისმგებლობის დაკისრებისას გადამწყვეტია მათი ქმედების შეფასება, რომლითაც გამოიკვეთება ვალდებულების დარღვევა.²² დირექტორისათვის პასუხისმგებლობის დაკისრების აუცილებელ პირობას წარმოადგენს მოვალეობის განზრახ ან დაუდევრობით დარღვევა.²³ ამასთან, მნიშვნელოვანია, რომ მესამე პირმა შეძლოს ფაქტობრივი გარემოებით იმის დადასტურება, რომ სახეზე იყო კონკრეტული ვალდებულება, რომელიც დირექტორმა გაუფრთხილებლობით დაარღვია.²⁴

16 Schneeman A., 2010. The Law of Corporations and other Business Organizations, Fifth Edition, New York, 345.
 17 კრაკმანი რ., არმორი ჯ., დევისი პ., ენრიკესი ლ., ჰანსმანი პ., ჰერტიგი უ., ჰოპტი კ., კანდა პ., პარგენდლერი მ., რინგე ვ., როკი ე., 2019. საკორპორაციო სამართლის ანატომია, შედარებითი და ფუნქციური მიდგომა, მესამე გამოცემა, ქოჩიაშვილი ა., მაისურაძე დ., (მთ.) თბილისი, 194-195.
 18 Winter J., 2018. A Behavioral Perspective on Corporate Law and Corporate Governance, The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance, Ringe W., Gordon J. (Eds.), Oxford, 21.
 19 ob. England and Wales High Court's decision, Sainsbury's Supermarkets Ltd v. Condek Holdings Ltd, EWHC 2016.

20 Stace V., 2016. Directors' liability in negligence to third parties: challenging the assumption of responsibility approach, Oxford University Commonwealth Law Journal, Vol. 16, Issue 1, 183.
 21 Shimojima K., 1981. The Criminal Responsibility and the Personal Liability of the Director in Cases of Corporate Insolvency, International Business Lawyer, Vol. 9, 223.
 22 Davies J., 2007. A guide to director's responsibilities under the Companies Act 2006, 96, <<https://www.accaglobal.com/content/dam/acca/global/PDF-technical/business-law/tech-tp-cdd.pdf>> [06.04.2020].
 23 Loos A., 2016. Directors; Liability, A Worldwide Review, Third Edition, New York, 485.
 24 Stace V., 2016. Directors' liability in negligence

სავალდებულოა დადასტურდეს, რომ დირექტორის ქმედება არ იყო კეთილსინდისიერების ფარგლებში მოქცეული და წარმოადგენდა „უკიდურესად არაგონივრულ“ გადაწყვეტილებას ან ქმედებას. ასევე, საჭიროა არსებობდეს დირექტორის განზრახვა, რომელიც გამოიწვევს ისეთ შედეგს, რომელიც დირექტორის გადაწყვეტილების გარეშე არ დადგებოდა.²⁵ ამასთან, საინტერესოა შემთხვევები, როდესაც ზიანი გამოწვეულია არა კონკრეტული გადაწყვეტილებით, არამედ გადაწყვეტილების მიღების უგულებელყოფით. ამ მხრივ დირექტორის პასუხისმგებლობის შემთხვევა დგება სამართლებრივი სტანდარტის შეუსრულებლობის გამო, რაც იწვევს ეკონომიკურ ზიანს.²⁶

პასუხისმგებლობის დადგენისას სხვადასხვა ქვეყნის პრაქტიკაში გამოიყენება ორსაფეხურიანი ტესტი, რომლის მიხედვითაც, პირველ რიგში, დასტურდება მესამე პირსა და დირექტორს შორის ურთიერთობა, ხოლო შემდგომ განისაზღვრება დირექტორის მოვალეობა. ორივე ეტაპის გავლის შემდეგ დგინდება მოვალეობის დარღვევის საკითხი, რაც დირექტორის პასუხისმგებლობის შესაძლებლობის აუცილებელი წინაპირობაა.²⁷

გასათვალისწინებელია, რომ დირექტორის პასუხისმგებლობის საკითხთან მიმართებით არსებობს განსხვავებული მიდგომები, როგორც სამეცნიერო დოქტრინაში, ასევე პრაქტიკაში.

დირექტორის პასუხისმგებლობა იყოფა ორ კატეგორიად. კერძოდ, სახელშეკრულებო მოლაპარაკებისას ბრალიდან გამო-

მდინარე და დელიქტურ პასუხისმგებლობად.²⁸ ქართულ რეალობაში დირექტორის პირდაპირ უშუალო პასუხისმგებლობას ადგენს უზენაესი სასამართლოს ორი დამფუძნებელი გადაწყვეტილება, რომლითაც დირექტორებს დაეკისრათ პირდაპირი წესით პასუხისმგებლობა კრედიტორების წინაშე.²⁹

4. მესამე პირის წინაშე დირექტორის პასუხისმგებლობის საკორპორაციო-სამართლებრივი საფუძვლების ანალიზი

საკორპორაციო სამართლის წყაროებზე დაყრდნობით საქართველოში დირექტორის პასუხისმგებლობის ნორმატიულ საფუძვლად გვევლინება „მენარმეთა შესახებ“ კანონის მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტი. აღნიშნული ნორმის გამოყენებით მესამე პირების წინაშე პასუხისმგებლობა საჭიროებს დამატებით დოკუმატურ ანალიზს.

„მენარმეთა შესახებ“ კანონის მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტის შესაბამისად, კომპანიის დირექტორს აკისრია ფიდუციური მოვალეობები კომპანიის წინაშე, რომელიც, სხვაგვარად, მოიცავს დირექტორის მოვალეობას, საზოგადოების საქმეებს გაუძღვეს კეთილსინდისიერად. დირექტორის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება შეიძლება იყოს მაღალი რისკის მატარებელიც და მცდარიც. თუმცა სამენარმეთა გადაწყვეტილებების განსჯის წესის პრეზუმფციიდან გამომდინარე, გადაწყვეტილების შედეგებისათვის კომპანიის დირექტორი შესაძლოა დაცული იყოს პირადი პასუხისმგებლობისაგან.³⁰

to third parties: challenging the assumption of responsibility approach, Oxford University Commonwealth Law Journal, Vol. 16, Issue 1, 184.

25 Misawa M., 2005. Shareholders' Action and Director's Responsibility in Japan, Penn State International Law Review, Vol. 24, Issue 1, 32.

26 Brown H. L., 2001. The Corporate Director's Compliance Oversight Responsibility in the post Caremark Era, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 26, Vol. 24.

27 Stace V., 2016. Directors' liability in negligence to third parties: challenging the assumption of responsibility approach, Oxford University Commonwealth Law Journal, Vol. 16, Issue 1, 184.

28 ბურდული ი., 2019. ხელმძღვანელი პირის პასუხისმგებლობის საკითხისთვის (დოკუმატური გააზრების მცდელობა), ჩემი ადვოკატი, №2, 55.

29 იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2015 წლის 6 მაისის გადაწყვეტილება (№ას-1307-1245-2014), ასევე, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2015 წლის 6 მაისის გადაწყვეტილება (№ას-1158-1104-2014).

30 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019

„მენარმეთა შესახებ“ კანონის მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტის მე-3 წინადადების მიხედვით, საზოგადოება ვალდებულია გამოიყენოს დირექტორების წინააღმდეგ ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა, თუკი ის აუცილებელია საზოგადოების კრედიტორების დასაკმაყოფილებლად.³¹ შესაბამისად, დირექტორების წინააღმდეგ მიმართული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის სუბიექტი „მენარმეთა შესახებ“ კანონის მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტის მიხედვით არის საზოგადოება.

შესაბამისად, პასუხისმგებლობის დადგომისათვის აუცილებელია, რომ საზოგადოებამ დირექტორებისაგან მოითხოვოს ზრუნვის მოვალეობის დარღვევით საზოგადოებისათვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურება. დირექტორის პასუხისმგებლობა მესამე პირების მიმართ წარმოადგენს საგარეო პასუხისმგებლობის შემთხვევას, რაც არ მოიცავს დირექტორის პასუხისმგებლობას საზოგადოების მიმართ.³² „მენარმეთა შესახებ“ კანონის მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტი საფუძველზე კრედიტორს არ აქვს უფლება, იგივე მოთხოვნა განახორციელოს დირექტორის მიმართ, რადგან დასახელებული მოთხოვნის სუბიექტი დოგმატურად არ არის კრედიტორი.

ერთ-ერთი მოსაზრების თანახმად, დირექტორთა პასუხისმგებლობა მესამე პირების წინაშე შესაძლებელია დადგეს გამჭოლი პასუხისმგებლობის დოქტრინის ნორმების მიხედვით.³³ გამჭოლი პასუხის-

მგებლობის დოქტრინას, რომელიც საქართველოში „მენარმეთა შესახებ“ კანონის მე-3 მუხლის მე-6 პუნქტშია განწერილი, გააჩნია სპეციალური წინაპირობები და შესაბამისი სუბიექტები. კერძოდ, გამჭოლი პასუხისმგებლობის საფუძველზე სასამართლო ადგენს პარტნიორის პასუხისმგებლობას, თუკი კომპანია შეიძლება მიჩნეულ იქნეს, როგორც პარტნიორის მეორე მე, ანუ ე.წ alter ego, ანუ როდესაც საზოგადოება და პარტნიორი იმდენად მჭიდროდ არიან ერთმანეთთან დაკავშირებული, რომ საზოგადოების, როგორც ცალკე სუბიექტის აღქმა ძალიან რთულია. მეორე შემთხვევაში, შეზღუდული პასუხისმგებლობის გამოყენება შეიძლება განხილულ იქნეს, როგორც თაღლითობის სანქცირება ან უსამართლობის წახალისება.³⁴ მოყვანილი ფაქტების დადასტურების შემთხვევაში სასამართლო „მენარმეთა შესახებ“ კანონის მე-3 მუხლის მე-6 პუნქტის საფუძველზე არღვევს იმ კორპორატიულ საფარველს, რომლითაც პარტნიორთა პირადი პასუხისმგებლობა არის დაცული და პირდაპირ და უშუალოდ მათ აკისრებს პასუხისმგებლობას.

კრედიტორისათვის პირდაპირ დირექტორებისაგან მოითხოვნის დაკმაყოფილება, სამეცნიერო დოქტრინაში გამართლებულია გარემოებით, რომ დირექტორის მიმართ პასუხისმგებლობის დაყენების მოთხოვნა შესაძლოა უშედეგო და აშკარად არაპერსპექტიული ამოცანა გახდეს.³⁵ გერმანული სააქციო კანონი ასეთი შემთხვევისათვის ითვალისწინებს კრედიტორის უფლებას, დირექტორისაგან პირდაპირ მოითხოვოს დაკმაყოფილება, მაგრამ საქართველოს კანონი „მენარმეთა შესახებ“ ამგვარ შესაძლებლობას არ იცნობს.³⁶

ნლის 23 იანვრის გადაწყვეტილება (№ას-727-695-2016).

31 ჭანტურია ლ., ზარანდია თ., ცერცვაძე გ., ზოიძე თ., ჩიტაშვილი ნ., 2017. საქართველოს სამოქალაქო სამართლის საფუძვლები ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში, თბილისი, 271, <https://www.tsu.ge/data/file_db/faculty-law-public/gadawyvetilebebis%20krebuli.pdf?fbclid=IwAR2IyaZT0miaYQIcViLxzoJJGbSBRCnTT6GfpQZQt511WjGbbIH_Ow7wU> [01.03.2020].

32 Damsté S. M., Director's liability in securitization entities: a comparison between Luxembourg, Germany and China, 19, <https://www.academia.edu/11411599/Director_s_liability_in_securitization_entities_a_comparison_between_Luxembourg_Germany_and_China> [15.03.2020].

33 Shimojima K., 1981. The Criminal Responsibility and the Personal Liability of the Director in Cases

of Corporate Insolvency, International Business Lawyer, Vol. 9, 223.

34 Gevurtz A. F., 2000. Corporation Law, Second Edition, California, 70.

35 Schneeman A., 2010. The Law of Corporations and other Business Organizations, Fifth Edition, New York, 343.

36 ჭანტურია ლ., ზარანდია თ., ცერცვაძე გ., ზოიძე თ., ჩიტაშვილი ნ., 2017. საქართველოს სამოქალაქო სამართლის საფუძვლები ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში, თბილისი, 271, <https://www.tsu.ge/data/file_db/faculty-law-public/

გერმანულ იურიდიულ ლიტერატურაში მიიჩნევა, რომ „მენარმეთა შესახებ“ კანონის მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტის ანალოგი არ გახლავთ კრედიტორის სასარგებლოდ დამცავი კანონი. გერმანიაში მიიჩნევენ, რომ კრედიტორის სასარგებლოდ აღნიშნული ნორმის მხოლოდ რეფლექსური ხასიათი აქვს. შესაბამისად, იგივე უნდა ითქვას „მენარმეთა კანონის“ მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტზეც.³⁷

გამჭოლი პასუხისმგებლობის დოქტრინის გამოყენება გამართლებულია კრედიტორთა დაცვის ინტერესებით, თუმცა ამ შემთხვევაში გამჭოლი პასუხისმგებლობის სამიზნე არის საზოგადოების პარტნიორი, რომელსაც შეუძლია შეზღუდული პასუხისმგებლობა გამოიყენოს ბოროტად.³⁸ შესაბამისად, ხსენებული ნორმის სუბიექტი არის პარტნიორი, რომელიც საზოგადოებისაგან განცალკევებული სამართალსუბიექტობით და პასუხისმგებლობით სარგებლობს. ამგვარად, აღნიშნული ნორმის გამოყენება დირექტორთან მიმართ არცერთ შემთხვევაში არ უნდა იქნეს გამართლებული, რადგან დოგმატურად ხსენებული ნორმა ამის შესაძლებლობას არ იძლევა.

„მენარმეთა შესახებ“ კანონის მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტის მიხედვით, კრედიტორმა შესაძლოა საზოგადოებისაგან მოითხოვოს დირექტორის მიმართ საზოგადოების მოთხოვნის განხორციელება, რათა კრედიტორმა შეძლოს დაკმაყოფილების მიღება. ეს ვარიანტი უფრო მისაღებია, ვიდრე პირდაპირ დირექტორისაგან ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლების მინიჭება.³⁹

gadawyvetilebebis%20krebuli.pdf?fbclid=IwAR2IyaZT0miaYQIcViLxzoJJGbSBRCcNtT6GfpQZQt511WjGbbqIHi_Ow7wU> [01.03.2020].

37 ბურდული ი., 2019. ხელმძღვანელი პირის პასუხისმგებლობის საკითხისთვის (დოგმატური გააზრების მცდელობა), ჩემი ადვოკატი, №2, 57.

38 გულაშვილი ნ., 2011. კორპორაციული საფარველის გაჭოლვა, როგორც კრედიტორთა დაცვის განსაკუთრებული ღონისძიება მშობელ-შვილობილ კომპანიათა ურთიერთობის კონტექსტში (ამ-შ-სა და ქართული საკორპორაციო სამართლის მიხედვით), საკორპორაციო სამართლის კრებული I, თბილისი, 72.

39 ჭანტურია ლ., ზარანდია თ., ცერცვაძე გ., ზოიძე თ., ჩიტაშვილი ნ., 2017. საქართველოს სამოქალაქო სამართლის საფუძვლები ქართულ სასა-

დირექტორის პასუხისმგებლობისას მისი ქმედების კვალიფიკაციისათვის აღნიშნულ ნორმას საქართველოს უზენაესი სასამართლო ძალიან ფართო განმარტებას აძლევს, რადგან მიიჩნევენ თვითკმარ საფუძვლად მესამე პირის წინაშე ზიანის ანაზღაურებისათვის.⁴⁰

სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, „მენარმეთა შესახებ“ კანონის მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტის შინაარსი და მის თანახმად დირექტორთა პასუხისმგებლობის საფუძვლების ანალიზი არ იძლევა პასუხისმგებლობის იმ შემადგენლობას, რომელიც საზოგადოების კრედიტორს დირექტორებისაგან ზიანის პირდაპირი მოთხოვნის შესაძლებლობას მიანიჭებს. ამასთან, ვერც ე.წ. გამჭოლი პასუხისმგებლობის დოქტრინის ამოქმედება ვერ მოხდება, რადგან ამ წესის საფუძველზე პასუხისმგებლობის სუბიექტი არ არის დირექტორი. შესაბამისად, დამფუძნებელ გადაწყვეტილებებში მოყვანილ მსჯელობას ერთგვარ სამართლებრივ გაუგებრობამდე მივყავართ, რადგან „მენარმეთა შესახებ“ კანონის მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტი პირდაპირი წესით კრედიტორების წინაშე პასუხისმგებლობას არ მოიცავს. შესაბამისად, შეიძლება ითქვას, რომ ამ გადაწყვეტილებით სასამართლო გასცდა ნორმის ფარგლებს.

5. მესამე პირის წინაშე დირექტორის დელიქტური პასუხისმგებლობის საფუძვლები

როგორც წესი, დირექტორის ვალდებულება ვრცელდება კორპორაციის წინაშე პასუხისმგებლობაზე იმ შემთხვევებში, როდესაც ვერ ასრულებს თავის მოვალეობას და ზიანს აყენებს კორპორაციას,

მართლო პრაქტიკაში, თბილისი, 271, <https://www.tsu.ge/data/file_db/faculty-law-public/gadawyvetilebebis%20krebuli.pdf?fbclid=IwAR2IyaZT0miaYQIcViLxzoJJGbSBRCcNtT6GfpQZQt511WjGbbqIHi_Ow7wU> [01.03.2020].

40 ბურდული ი., 2019. ხელმძღვანელი პირის პასუხისმგებლობის საკითხისთვის (დოგმატური გააზრების მცდელობა), ჩემი ადვოკატი, №2, 55.

ხოლო კორპორაციის კრედიტორებსა და აქციონერებთან პასუხისმგებლობისათვის საჭიროა არსებობდეს რაიმე შესაბამისი კანონი, რომლითაც განისაზღვრება სპეციალური დებულებები, რათა უზრუნველყოფილი იქნეს პასუხისმგებლობა.⁴¹

სამეცნიერო დოქტრინაში არსებული მოსაზრების მიხედვით, კრედიტორებს გააჩნიათ პირდაპირი და არაპირდაპირი ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლება, რაც ცნობილია, როგორც სპეციალური დელიქტური პასუხისმგებლობის თეორია.⁴²

იმის გათვალისწინებით, რომ „მენარმეთა შესახებ“ კანონი მესამე პირთა მიმართ პასუხისმგებლობასთან დაკავშირებით სპეციალური ნორმას არ ითვალისწინებს, მართებულია მისი დელიქტური სამართლის ნორმებში მოძიება. ის ფაქტი, რომ „მენარმეთა შესახებ“ კანონი გამჭოლი პასუხისმგებლობის ანალოგიურ ნორმას დირექტორებთან მიმართებით არ ადგენს, კიდევ ერთხელ ამყარებს დელიქტური პასუხისმგებლობის წარმოშობის შესაძლებლობას.

მსგავს მოწესრიგებას ვხვდებით ლუქსემბურგის კანონმდებლობაშიც, სადაც დირექტორის მიმართ მესამე პირს მოთხოვნა ზიანის ანაზღაურების შესახებ ემყარება სამოქალაქო კოდექსის 1382-ე მუხლს.⁴³ შესაბამისად, დირექტორთა დელიქტური პასუხისმგებლობა მესამე პირთა წინაშე უცხო არ არის სხვა ქვეყნების კანონმდებლობებისათვისაც.

თუკი „მენარმეთა შესახებ“ კანონის მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტი დირექტორებისაგან ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლე-

ბას მხოლოდ საზოგადოებას ანიჭებს, სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლი ასეთ შეზღუდვას არ ითვალისწინებს. შესაბამისად, ნორმის წინაპირობების დადასტურების შემთხვევაში, შესაძლებელია მესამე პირმა, როგორც კრედიტორმა დირექტორებისაგან ზიანის ანაზღაურება მოითხოვოს სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლის საფუძველზე.⁴⁴ თუმცა დელიქტის შემთხვევაში, სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლის თანახმად, პირი, რომელიც ზიანს აყენებს სხვა პირს მსგავს ვითარებაში არის თავად შპს, რომლის ორგანულსამართლებრივი წარმომადგენლობითი კომპეტენციის მატარებელია დირექტორი. შესაბამისად, დირექტორი ცალკე აღებული პირდაპირ ვერ უნდა იყოს ზიანის მიმყენებელი კრედიტორისთვის. დირექტორი ზიანს აყენებს საზოგადოებას, რის გამოც კრედიტორის მოთხოვნის დაკმაყოფილება საეჭვოა. სწორი დოგმატური გააზრების პირობებში კრედიტორის მხრიდან მოხდებოდა საზოგადოების მიერ განუხორციელებელი მოთხოვნის დაგირავება, თუმცა აღნიშნულიც იმ შემთხვევაში, როდესაც ხელმძღვანელი პირი საზოგადოების წინაშე პასუხისმგებელი.⁴⁵ შესაბამისად, ძირითად შემთხვევებში დირექტორი დაცულია ზოგადი პრეტენზიისგან თუმცა აღნიშნული წესი არ ვრცელდება მოვალეობების გაზრახ უხეშ დარღვევებზე.⁴⁶

ზემოთ განხილულ, დამფუძნებელ გადაწყვეტილებებში სახეზე იყო ზიანის მიყენების ფაქტი, პასუხისმგებლობის დაუწესებლობის შემთხვევაში არ გვეყოლებოდა არც პასუხისმგებლობის სუბიექტი, ასევე,

41 Shimojima K., 1981. The Criminal Responsibility and the Personal Liability of the Director in Cases of Corporate Insolvency, International Business Lawyer, Vol. 9, 222.
42 Shimojima K., 1981. The Criminal Responsibility and the Personal Liability of the Director in Cases of Corporate Insolvency, International Business Lawyer, Vol. 9, 223.
43 Damsté S. M., Director's liability in securitization entities: a comparison between Luxembourg, Germany and China, 19, <https://www.academia.edu/11411599/Director_s_liability_in_securitization_entities_a_comparison_between_Luxembourg_Germany_and_China> [15.03.2020].

44 ჭანტურია ლ., ზარანდია თ., ცერცვაძე გ., ზოიძე თ., ჩიტაშვილი ნ., 2017. საქართველოს სამოქალაქო სამართლის საფუძვლები ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში, თბილისი, 272, <https://www.tsu.ge/data/file_db/faculty-law-public/gadawyvetilebebis%20krebuli.pdf?fbclid=IwAR2IyaZT0miaYQlcViLxzoJGsbSRCCnTT6GfpQZQt5I1WjGbbqIHj_Ow7wU> [01.03.2020].
45 ბურდული ი., 2019. ხელმძღვანელი პირის პასუხისმგებლობის საკითხისთვის (დოგმატური გააზრების მცდელობა), ჩემი ადვოკატი, №2, 56.
46 Schneeman A., 2010. The Law of Corporations and other Business Organizations, Fifth Edition, New York, 347.

ზიანის ანაზღაურება ვერ მოხდება ქონებისაგან დაცლილი იურიდიული პირისაგან. სწორედ ამიტომ ამართლებენ გერმანელები ხელმძღვანელ პირთა პირდაპირ პასუხისმგებლობას დელიქტური სამართლის საფუძველზე.⁴⁷ მსგავს შემთხვევებში დირექტორის პირადი პასუხისმგებლობა გაუფრთხილებელი ქმედებებისთვის ემყარება ზოგად წესს, რომლის მიხედვითაც პასუხისმგებლობა ეკისრება ყველას, ვინც არღვევს თავის უფლებამოსილებას ან უგულებელყოფს მის მოვალეობას.⁴⁸

სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლის შესაბამისად ხელმძღვანელი პასუხისმგებელი შეიძლება იყოს, როდესაც იგი საკუთარი ქმედებით პირადად ასრულებს დელიქტით გათვალისწინებულ შემადგენლობას. შესაბამისად, დამოუკიდებლად „მენარმეთა შესახებ“ კანონის მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტის ანალოგის გამოყენებაც გერმანულ სამართალში დოგმატურად გაუმართლებელია. დასახელებული ნორმა მხოლოდ შემგსები დანიშნულების მატარებელია ხელმძღვანელის ფიდუციარული მოვალეობის დარღვევის განსაზღვრის კონტექსტში. ლიტერატურაში ხშირად მოჰყავთ სასამართლო პრაქტიკიდან მაგალითი, როდესაც ხელმძღვანელი პასუხს აგებს მესამე პირის წინაშე იმ ზიანისთვის, რომელიც მან ამ უკანასკნელს მიაყენა თავისი პირადი არამართლზომიერი ქმედებით და, შესაბამისად, ეს ექვემდებარება დელიქტით გათვალისწინებულ ზოგადი ხასიათის პასუხისმგებლობას.⁴⁹

ხელმძღვანელის პირადი პასუხისმგებლობა მესამე პირის წინაშე შეიძლება დადგეს დელიქტური ნორმითა და დამცავი კანონით დადგენილი შესაბამისი ნორმის დარღვევის შემთხვევაში.

6. დირექტორთა პირადი პასუხისმგებლობის სავარაუდო გავლენა კორპორაციულ მართვაზე

საკითხის ამგვარი აქტუალურობა გამოწვეულია სწორედ დირექტორის პასუხისმგებლობის კორპორაციულ მართვაზე შესაძლო გავლენის არსებობითა და მესამე პირთა ინტერესების დაბალანსების მცდელობით.

დირექტორის პირადი პასუხისმგებლობის დადგომა საჭიროებს შესაბამის ფაქტობრივ გარემოებებსა და იურიდიულ წინამძღვრებს, რაც პრაქტიკაში საკმაოდ რთული პროცედურაა, თუმცა ამის მიუხედავად, პირადი პასუხისმგებლობის რისკი არსებობს.⁵⁰ დებატები პასუხისმგებლობის სისტემის გარშემო, უმეტესწილად, შთაგონებულია იმ შეხედულებით, რომ მსხვილი კორპორაციები ხშირად აშკარად არღვევენ კანონს, რადგან ეს მათთვის ეკონომიკურად გამართლებულია. მსგავსი პრობლემის გადასაჭრელად აქტუალურია პასუხისმგებლობის მიღწევადობის საკითხი და სხვადასხვა სახის სანქციის დაწესების შესაძლებლობა, რათა დირექტორს ახალი მოვალეობების დაკისრების გზით დამატებით შეექმნას მართებული ქცევის სტანდარტის დაცვის სურვილი.⁵¹

დღეისათვის ხელმისაწვდომი არ არის მონაცემი იმის შესახებ, თუ რამდენად ხშირად აგებენ დირექტორები პასუხს პირადად. თუმცა გონივრულია ვივარაუდოთ, რომ მსოფლიოში ყოველწლიურად არსებობს ათობით სარჩელი, რომელიც მიმართულია დირექტორების გარე პასუხისმგებლობის დადგომისაკენ.⁵² თუმცა სამეცნიერო დოქტრინაში გავრცელებული მოსაზრების თანახმად, დირექტორთა

47 ბურდული ი., 2019. ხელმძღვანელი პირის პასუხისმგებლობის საკითხისთვის (დოგმატური გააზრების მცდელობა), ჩემი ადვოკატი, №2, 56.

48 Schneeman A., 2010. The Law of Corporations and other Business Organizations, Fifth Edition, New York, 44.

49 ბურდული ი., 2019. ხელმძღვანელი პირის პასუხისმგებლობის საკითხისთვის (დოგმატური გააზრების მცდელობა), ჩემი ადვოკატი, №2, 57.

50 Cheffins B. R., Black B. S., 2006. Outside Director Liability Across Countries, Texas Law Review, Vol. 84, 1388.

51 Glasbeek H. J., 1995. More Direct Director Responsibility: Much A do About ... What?, Canadian Business Law Journal, Vol. 25, 444.

52 Cheffins B. R., Black B. S., 2006. Outside Director Liability Across Countries, Texas Law Review, Vol. 84, 1394.

გარე პასუხისმგებლობა უკიდურეს ღონისძიებადაა მიჩნეული.⁵³

დირექტორისათვის კანონის დაცვის იძულება პასუხისმგებლობის გამკაცრების გზით რთულია, ვიდრე ერთი შეხედვით ჩანს. ამგვარი მიზნის იძულებითი მექანიზმი სავარაუდოდ გამოიწვევს სამენარმეო საქმიანობის ნაკლებ ეფექტიანობას, ვიდრე ნდობის გაუმჯობესებას.⁵⁴ ამდენად, პირველ რიგში, გასათვალისწინებელია ის, რომ საწარმოს ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობის ზრდამ შესაძლოა ხელმძღვანელი პირები იმდენად დააფრთხოს, რომ კომერციული რისკებისაგან თავის შეკავებისაკენ უბიძგოს. შესაბამისად, პასუხისმგებლობის გამკაცრებამ არ უნდა ჩამოაყალიბოს ზედმეტად ფრთხილი ხელმძღვანელი, რომელიც სრულყოფილად ვერ შეასრულებს თავის მოვალეობებს, რადგან რისკების გარეშე შეუძლებელია კომერციული წარმატების მიღწევა.⁵⁵

გასათვალისწინებელია, რომ დირექტორზე სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრებამ შესაძლოა გამოიწვიოს დირექტორთა კანდიდატების შემცირება, რადგან კარგი რეპუტაციის მქონე პიროვნებამ შესაძლოა თავი შეიკავოს პასუხისმგებლობის დაკისრების რისკის გათვალისწინებით.⁵⁶

დასკვნა

დირექტორთათვის არასათანადო მენეჯერული ქცევის საპასუხოდ პასუხისმგებლობის დაკისრების შესაძლებლობის საჭიროება ექვგარეშედ არსებობს.

53 ჭანტურია ლ., 2006. კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 70.
54 Glasbeek H. J., 1995. More Direct Director Responsibility: Much Ado About ... What?, Canadian Business Law Journal, Vol. 25, 444.
55 ჭანტურია ლ., 2006. კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 69-70.
56 Glasbeek H. J., 1995. More Direct Director Responsibility: Much Ado About ... What?, Canadian Business Law Journal, Vol. 25, 447.

როგორც ნაშრომში აღინიშნა, დირექტორის პასუხისმგებლობის საფუძვლის მოძიება თავდაპირველად საკორპორაციო სამართლის წყაროებში უნდა დავიწყოთ. სამწუხაროდ, „მენარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონი დირექტორთა პირადი პასუხისმგებლობის საკითხთან მიმართებით მოკრძალებულია და მესამე პირების წინაშე დირექტორთა პირადი პასუხისმგებლობის მარეგულირებელ ნორმას არ გვთავაზობს. კორპორატიული მართვისათვის უმთავრესია ხელმძღვანელ პირებსა და პარტნიორებს შორის ურთიერთთანამშრომლობის საკითხი. თუმცა ყურადღების მიღმა არ უნდა დარჩეს პასუხისმგებლობის დადგომის სხვა შესაძლებლობები.

საკორპორაციო სამართლის წყაროებზე დაყრდნობით საქართველოში დირექტორის პასუხისმგებლობის ნორმატიულ საფუძვლად გვევლინება „მენარმეთა შესახებ“ კანონის მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტი. აღნიშნული ნორმა პირდაპირი წესით კრედიტორების წინაშე პასუხისმგებლობას არ მოიცავს, რადგან დასახელებული ნორმით პასუხისმგებლობა დგება უშუალოდ საზოგადოების წინაშე და არა კრედიტორთა წინაშე. შესაბამისად, შეიძლება ითქვას, რომ მესამე პირთა მიმართ დირექტორთა პასუხისმგებლობის დამაფუძნებელ გადაწყვეტილებებში სასამართლო გასცდა ნორმის ფარგლებს.

ქართულ კანონმდებლობაში საგამონაკლისო ნორმა, როგორც ეს სახეზეა პარტნიორთა პასუხისმგებლობასთან მიმართებით „მენარმეთა კანონის“ მე-3 მუხლის მე-6 პუნქტის სახით, არ არსებობს დირექტორთა მიმართ. შესაბამისად, ამ ნორმის საფუძველზე დოგმატურად გამართლებულია მესამე პირის მხრიდან მოთხოვნის დაყენება მხოლოდ პარტნიორის მიმართ.

მესამე პირს დირექტორის მიმართ მოთხოვნის წარდგენა შეუძლია სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლის შესაბამისად. დასახელებული ნორმით ხელმძღვანელი პასუხისმგებელი შეიძლება იყოს, როდესაც იგი საკუთარი ქმედებით პირადად ასრულებს დელიქტით გათვალისწინებულ

ეთორუხაძე

შემადგენლობას. თუმცა ამ შემთხვევაში დაზარალებულ მესამე პირს სრულად აქვს დელიქტის შემადგენლობის მტკიცების ვალდებულება.

საგამონაკლისო ნორმის არარსებობის პირობებში, გამართლებულია მესამე პირის მხრიდან მოთხოვნის დაგირავების მიმართულებით წასვლა. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, მოთხოვნის დაყენება პარტნიორის მიმართ გამჭოლი პასუხისმგებლობის მიუხედავად, მართებული იქნებოდა საზოგადოების სახელით დირექტორისათვის ზიანის ანაზღაურება, ხოლო თუ პარტნიორის მხრიდან ეს მოქმედება არ ხორციელდება, გამართლებული იქნება მოთხოვნის მესამე პირის სასარგებლოდ დაგირავება. მით უმეტეს, იმ შემთხვევაში, თუ ცალსახად დადასტურებულია, რომ პარტნიორს არ შეუძლია დერივაციული სარჩელის აღძვრა.⁵⁷

დასკვნის სახით უნდა ითქვას, რომ ბალანსის შენარჩუნება კრედიტორთა მიმართ დირექტორის პასუხისმგებლობის დადგენისას სასიცოცხლოდ აუცილებელია. თუმცა გასათვალისწინებელია ის გარემოება, რომ დირექტორმა შესაძლოა კეთილსინდისიერად მოქმედებისას გულწრფელად დაუშვას შეცდომა. ამიტომ ნებისმიერი სახის ვალდებულება, რაც დირექტორებს დაეკისრება, რეალისტური უნდა იყოს.⁵⁸

57 ბურდული ი., 2019. ხელმძღვანელი პირის პასუხისმგებლობის საკითხისთვის (დოკუმატური გააზრების მცდელობა), ჩემი ადვოკატი, №2, 56.

58 ცერცვაძე ლ., 2016. დირექტორატის მოვალეობები კომპანიების შერწყმისას და საკონტროლო პაკეტის გასხვისებისას, შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი, თბილისი, 291.

REGULATION OF DIRECTORS LIABILITY TO THE THIRD PARTIES IN GEORGIAN LEGISLATIVE FRAMEWORK

Eto Rukhadze

*Ph.D. Candidate, Visiting Lecturer of the TSU Faculty of Law,
Attorney at LP Kordzadze Law Office*

KEYWORDS: Director, Creditor, Liability

RESUME

All companies are required to have at least one director. This is because companies, as “artificial” legal entities, can not act themselves – they need to act through other persons. In most cases, the actions of a director will be treated as being the actions of the company itself. The present article is dedicated to directors personal responsibility to the third parties.

Directors can be personally responsible to the third parties in respect of negligent conduct on their part. The aim of the present article is to study the grounds and judicial practices of directors personal responsibility to the third parties.

The discussion provided in the article is based on analysis of legislation and practice of various countries. According to the research, the legislative basis of the director's liability is controversial. The recent decisions of the Supreme Court of Georgia confirm that to impose the responsibility on the director is possible, but there are certain flaws. However, the cases give us an opportunity to re-examine directors liability to third parties. The article examines the basis of directors personal liability related judicial practice. The article generally discusses present flaws of the present practice in Georgia and provides some recommendations. Afterwards, the article scrutinizes possible effects on corporate governance.

NOTES:

1. Glasbeek H. J., 1995. More Direct Director Responsibility: Much Ado About ... What?, Canadian Business Law Journal, Vol. 25, 444-447. (In English)
2. Shleifer A., Vishny R. W. 1997. Penn Central: A Case Study of Outside Director Responsibility Under the Federal Securities Laws, UMKC Law Review, Vol. 45, Issue 3, 394. (In English)
3. Davies J., 2007. A guide to director's responsibilities under the Companies Act 2006, 10-13,
4. <<https://www.accaglobal.com/content/dam/acca/global/PDF-technical/business-law/tech-tp-cdd.pdf>> [06.04.2020]. (In English)
5. Tsertsvadze L., 2016. Directorate obligations on merging of companies and acquiring control packet, Tbilisi, 26-27. (In Georgian)
6. Companies Act 2006, Paragraph 250,
7. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>> [06.04.2020]. (In English)
8. Lazarashvili L., 2009. Labor Contract with the Company Director. Partner and Director in Internal Relations of the Company, Theoretical and Practical Issues of Modern Corporate Law, Tbilisi, 209. (In Georgian)
9. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 25 March 2014. (Neas-495-471-2013) (In Georgian)
10. Hillman J. A., Cannella A. A., Paetzold L. R., 2000. The Resource Dependence Role of Corporate Directors: Strategig Adaptation of Board Composition in Response to Environmental Change, Journal of Management Studies, Vol. 37, Issue 2, 235. (In English)
11. Bakakuri N., Gelter M., Tsertsvadze L., Jugeli G., 2019. Corporate Law (Handbook for Lawyers), Tbilisi, 196. (In Georgian)
12. Kraakman R., Davies P., Hansmann H., Hertig G., Hopt K., Kanda H., Rock E., 2004. The Anatomy of corporate Law, A Comparative and Functional Approach, New York, 71. (In English)
13. Schneeman A., 2010. The Law of Corporations and other Business Organizations, Fifth Edition, New York, 343-347. (In English)
14. Kraakman R., Armour J., Davies P., Enriques L., Hansmann H., Hertig G., Hopt K., Kanda H., Pargendler M., Ringe W., Rock E., 2019. The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach, III Edition, Translation, 2019, Kochiashvili A., Maisuradze D., (Translator) Tbilisi, 194-195. (In Georgian)
15. Winter J., 2018. A Behavioral Perspective on Corporate Law and Corporate Governance, The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance, Ringe W., Gordon J. (Eds.), Oxford, 21. (In English)
16. See England and Wales High Court's decision, Sainsbury's Supermarkets Ltd v. Condek Holdings Ltd, EWHC 2016. (In English)
17. Stace V., 2016. Directors' liability in negligence to third parties: challenging the assumption of responsibility approach, Oxford University Commonwealth Law Journal, Vol. 16, Issue 1, 183-184. (In English)
18. Shimojima K., 1981. The Criminal Responsibility and the Personal Liability of the Director in Cases of Corporate Insolvency, International Business Lawyer, Vol. 9, 222-223. (In English)
19. Loos A., 2016. Directors; Liability, A Worldwide Review, Third Edition, New York, 485. (In English)
20. Misawa M., 2005. Shareholders' Action and Director's Responsibility in Japan, Penn State International Law Review, Vol. 24, Issue 1, 32. (In English)

21. Brown H. L., 2001. The Corporate Director's Compliance Oversight Responsibility in the post Caremark Era, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 26, Vol. 24. (In English)
22. Burduli I., 2019. The responsibility of the managing person (Attempts in dogmatic understanding), My Advocate, №2, 55-57. (In Georgian)
23. See Judgment of the Supreme Court of Georgia of 6 May 2015. (№as-1307-1245-2014) (In Georgian)
24. See Judgment of the Supreme Court of Georgia of 6 May 2015. (№as-1158-1104-2014) (In Georgian)
25. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 23 January May 2019. (№as-727-695-2016) (In Georgian)
26. Chanturia L., Zarandia T., Tsertsvadze G., Zoidze T., Chitashvili N., 2017. Grounds of Civil Law of Georgia in Georgian Court Practice, Tbilisi, 271-272,
27. <https://www.tsu.ge/data/file_db/faculty-law-public/gadawyvetilebebis%20krebuli.pdf?fbclid=IwAR2lyaZT0miaYQlcViLxz oJJGbSBRCCnTT6GfpQZQt5l1WjGbqIHl_Ow7wU> [01.03.2020]. (In Georgian)
28. Damsté S. M., Director's liability in securitization entities: a comparison between Luxembourg, Germany and China, 19,
29. <https://www.academia.edu/11411599/Director_s_liability_in_securitization_entities_a_comparison_between_Luxembourg_Germany_and_China> [15.03.2020]. (In English)
30. Gevurtz A. F., 2000. Corporation Law, Second Edition, California, 70. (In English)
31. Gulashvili N., 2011. Piercing Corporate Veil as the Special Measure for the Protection of Creditors in the Context of Relationship of Parent-subsidary Corporations (according US and Georgian corporate law), Collection of Articles in Corporate Law, I, Tbilisi, 72. (In Georgian)
32. Cheffins B. R., Black B. S., 2006. Outside Director Liability Across Countries, Texas Law Review, Vol. 84, 1388-1394. (In English)
33. Chanturia L., 2006. Corporate governance and Responsibilities in Corporate Law Tbilisi, 69-70. (In Georgian)

ამ ჟურნალის ელექტრონული ვერსია შეგიძლიათ
იხილოთ ჟურნალის ვებგვერდზე: www.lawandworld.ge
ელ. ფოსტა: info@lawandworld.ge
გურამიშვილის გამზირი 76. თბილისი. 0141
ტელეფონი: (+995 32) 2 000 171 (116); (+995 91) 952 024

The online version of the journal is available on the website:
www.lawandworld.ge
E-mail: info@lawandworld.ge
76 Guramishvili ave. Tbilisi. 0141
Phone: (+995 32) 2 000 171 (116); (+995 91) 952 024